

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-5
II. DÉPLORABLE LONGUEUR DES DÉLAIS DE JUSTICE EN LA PRÉSENTE AFFAIRE	6-18
1. Retards de procédure	6-13
2. <i>Justitia longa, vita brevis</i>	14-18
III. COMPÉTENCE: SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE EN TANT QUE TRAITÉ RELATIF AUX DROITS DE L'HOMME	19-49
1. Arguments des Parties sur l'applicabilité, antérieurement au 27 avril 1992, des obligations prévues par la convention sur le génocide	19-21
2. Continuité de l'application de la convention sur le génoc- cide (RFSY et RFY)	22-23
3. Continuité de l'administration et des représentants de l'Etat (RFSY et RFY)	24-25
4. Droit régissant la succession des traités relatifs aux droits de l'homme: succession <i>ipso jure</i> à la convention sur le génocide	26-33
5. Le comportement de la RFY atteste qu'elle a succédé automatiquement à la convention sur le génocide et que la Convention lui était applicable antérieurement au 27 avril 1992	34-36
6. <i>Venire contra factum proprium non valet</i>	37-41
7. La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme dans la pratique des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies	42-49
IV. L'ESSENCE DE LA PRÉSENTE AFFAIRE	50-54
1. Les arguments des Parties au litige	50-52
2. Appréciation générale	53-54
V. SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE ET CONTINUITÉ DES OBLIGATIONS DÉCOULANT DE CELLE-CI EN TANT QU'IMPÉRATIF D'HUMANITÉ	55-84
1. La convention sur le génocide et l'impératif d'humanité	55-64

2. Le principe d'humanité au sens large	65-72
3. Le principe d'humanité dans l'héritage de la pensée jus-naturaliste	73-76
4. Reconnaissance judiciaire du principe d'humanité	77-82
5. Observations finales	83-84
VI. LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE ET LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT	85-95
1. Historique de l'adoption de la Convention (article IX)	85-91
2. Raison d'être, but et objet de la Convention	92-95
VII. CRITÈRES D'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME	96-124
1. Question émanée d'un membre de la Cour: l'évolution de la jurisprudence en la matière	97-99
2. Jurisprudence de la CIDH	100-115
<i>a)</i> Affaires révélant un ensemble de violations graves et systématiques des droits de l'homme	100-112
<i>b)</i> Affaires dans lesquelles la charge de la preuve pèse sur l'Etat mis en cause, étant donné la difficulté pour le demandeur d'obtenir des éléments de preuve	113-115
3. Jurisprudence de la CEDH	116-121
4. Analyse générale	122-124
VIII. LE CRITÈRE D'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX	125-148
1. Déduire l'intention à partir d'indices (jurisprudence du TPIR et du TPIY)	126-130
2. Critère d'établissement de la preuve: contestations d'un niveau de preuve élevé	131-138
<i>a)</i> Affaire <i>Karadžić</i> (2013)	131-133
<i>b)</i> Affaire <i>Tolimir</i> (2012)	134-136
<i>c)</i> Affaire <i>Milošević</i> (2004)	137-138
3. Analyse générale	139-148
IX. CAMPAGNE DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALISÉE: ÉTABLISSEMENT DES FAITS ET JURISPRUDENCE	149-194
1. Rapports de l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1992-1993)	150-158
2. Rapports d'enquête de la Commission d'experts du Conseil de sécurité des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1993-1994)	159-175
<i>a)</i> Premier rapport intérimaire (10 février 1993)	160-161

<i>b)</i> Rapport du 10 janvier 1993 sur un charnier proche de Vukovar	162-163
<i>c)</i> Deuxième rapport intérimaire (6 octobre 1993)	164-165
<i>d)</i> Rapport final (27 mai 1994)	166-175
3. Répercussions de ces événements sur la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993)	176-179
4. Reconnaissance judiciaire des attaques généralisées et/ou systématiques contre la population civile croate — La jurisprudence du TPIY	180-194
<i>a)</i> Affaire <i>Babić</i> (2004)	181
<i>b)</i> Affaire <i>Martić</i> (2007)	182-186
<i>c)</i> Affaire <i>Mrkšić, Radić et Sljivančanin</i> (2007)	187-190
<i>d)</i> Affaire <i>Stanišić et Simatović</i> (2013)	191-194
X. CAMPAGNE DE DESTRUCTION GÉNÉRALE ET SYSTÉMATIQUE: MEURTRES DE MASSE, TORTURE ET SÉVICES PHYSIQUES, EXPULSION SYSTÉMATIQUE DES LOGEMENTS ET EXODE MASSIF, ET DESTRUCTION DE LA CULTURE DU GROUPE	195-241
1. Attaques sans discrimination contre la population civile	196-205
2. Meurtres de masse	206-216
3. Actes de torture et sévices physiques	217-226
4. Expulsion systématique des logements et exode massif, et destruction de la culture du groupe	227-236
5. Appréciation générale	237-241
XI. CAMPAGNE DE DESTRUCTION GÉNÉRALE ET SYSTÉMATIQUE: VIOLS ET AUTRES VIOLENCES SEXUELLES COMMIS DANS DIFFÉRENTES MUNICIPALITÉS	242-276
1. Descriptions de viols systématiques	243-249
<i>a)</i> Les griefs de la Croatie	243-248
<i>b)</i> La réplique de la Serbie	249
2. Campagne de viols systématiques dans différentes municipalités	250-258
3. La nécessité et l'importance d'une analyse par sexe	259-276
XII. ENSEMBLE DE DISPARITIONS SYSTÉMATIQUES DE PERSONNES NON RETROUVÉES À CE JOUR	277-319
1. Moyens des Parties relatifs aux personnes disparues et non retrouvées	277-283
2. Réponses des Parties aux questions du juge	284-290
3. Les questions non résolues et l'obligation qu'ont les Parties d'établir le sort des personnes disparues	291-294
4. La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire	295-309
5. Appréciation générale	310-319

XIII. PAS EXACTEMENT UNE GUERRE, PLUTÔT UNE CAMPAGNE DE DÉVASTATION, DANS LE CADRE D'UNE ENTREPRISE DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALISÉE	320-421
1. Le plan de destruction: composante idéologique	320-353
a) Moyens des Parties	321-328
b) Examen par le TPIY des dépositions des experts	329-335
c) L'incitation idéologique et le début des hostilités	336-353
2. L'obligation de porter un ruban blanc	354-358
3. Le sort réservé aux corps	359-374
4. L'existence de charniers	375-389
5. Nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins	390-394
6. Déplacement forcé de personnes et privation de domicile	395-406
7. Destruction de biens culturels	407-421
a) Moyens des Parties	408-414
b) Appréciation générale	415-421
XIV. ÉLÉMENT MATÉRIEL (<i>ACTUS REUS</i>) DU GÉNOCIDE: VOLONTÉ DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALE — VIOLENCES EXTRÊMES ET ATROCITÉS DANS CERTAINES MUNICIPALITÉS	422-458
1. Observations méthodologiques préliminaires	423-426
2. La campagne d'actes de destruction systématiques	427-428
3. Le meurtre de membres de la population croate (<i>litt. a</i>) de l'article II)	429-439
4. Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe (<i>litt. b</i>) de l'article II)	440-448
5. Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle (<i>litt. c</i>) de l'article II)	449-454
6. Appréciation générale des déclarations de témoins et conclusions	455-458
a) Déclarations de témoins	455-456
b) Conclusions	457-458
XV. ÉLÉMENT MORAL (<i>MENS REA</i>) DU GÉNOCIDE: PREUVE DE L'INTENTION GÉNOCIDAIRE PAR DÉDUCTION	459-471
1. Jurisprudence internationale relative à l'élément moral (<i>mens rea</i>)	461-466
2. Appréciation générale	467-471
XVI. LA NÉCESSITÉ DE RÉPARATIONS: QUELQUES RÉFLEXIONS	472-485
XVII. LA DIFFICILE VOIE DE LA RÉCONCILIATION	486-493
XVIII. OBSERVATIONS FINALES: LA NÉCESSITÉ DE S'ATTAQUER GLOBALEMENT À TOUS LES ASPECTS DU GÉNOCIDE EN VERTU DE LA CONVENTION DE 1948	494-524

1. Appréciation des éléments de preuve et détermination des faits	497-507
2. Cadre théorique et raisonnement juridique	508-524
XIX. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATIF	525-547

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de ne pouvoir souscrire à la position de la majorité de la Cour ni sur la qualification des faits et le raisonnement conduisant aux trois points du dispositif de l'arrêt qu'elle a rendu ce 3 février 2015 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, ni sur la conclusion qu'exprime le point n° 2 du dispositif. Ma dissidence concerne la méthode suivie, l'approche retenue, l'intégralité du raisonnement sur les questions d'appréciation des preuves et le fond, et enfin la conclusion sur la requête du demandeur. Dans ces conditions, j'ai tenu à consigner par écrit les fondements de ma position dissidente, en raison de l'importance considérable que j'attache aux questions intéressant l'interprétation et l'application de la convention de 1948 sur le génocide soulevées par la Croatie et la Serbie au cours de la procédure, et sachant que le règlement du différend en cause est inextricablement lié, selon moi, à l'impératif de *réalisation de la justice*.

2. C'est donc avec un soin tout particulier que, animé du zèle le plus respectueux et le plus loyal pour l'exercice de la fonction judiciaire internationale et guidé avant tout par l'objectif ultime de *réalisation de la justice*, j'exposerai les fondements de ma position entièrement dissidente sur certains aspects de la matière traitée par la Cour dans l'arrêt qu'elle vient d'adopter. Pour cela, j'analyserai les aspects du différend dont était saisie la Cour qui font l'objet du présent arrêt, avec l'espoir de clarifier les questions qui ont été soulevées et de contribuer au développement progressif du droit international, particulièrement en ce qui concerne le règlement judiciaire international par la Cour d'une affaire aussi importante que celle-ci, sous le régime de la convention sur le génocide et à la lumière des considérations fondamentales d'humanité.

3. A titre préliminaire, j'examinerai d'abord la déplorable longueur des délais de justice dans la présente affaire; puis, en rapport avec la compétence, la question de la succession automatique à la convention de 1948 sur le génocide en sa qualité de traité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme et la question de la continuité des obligations découlant de cette convention en tant qu'impératif humanitaire (principe d'humanité). Une fois l'essence de la présente espèce mise en évidence, j'examinerai la question de la responsabilité de l'Etat selon la convention sur le génocide. La suite de mes considérations concernera principalement le régime de la preuve dans la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme et des tribunaux pénaux internationaux.

4. Je passerai ensuite en revue les enquêtes et la jurisprudence sur le contexte factuel de l'espèce, qui révèlent une campagne de destruction générale et systématique sous forme de : *a*) massacre, torture et sévices, expulsion systématique des foyers et exode massif, et destruction de la culture d'un groupe; *b*) viols et autres violences sexuelles commis dans plusieurs municipalités; *c*) disparitions forcées ou autres de personnes. Puis j'examinerai cette entreprise de dévastation (qui n'était pas exactement une guerre) sous ses différents aspects, à savoir : *a*) plan de destruction (sa teneur idéologique); *b*) obligation de porter des rubans blancs; *c*) traitement des dépouilles mortelles; *d*) existence de fosses communes; *e*) nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins; *f*) déplacement forcé de personnes et privation de domicile; *g*) destruction de biens culturels.

5. Ensuite j'examinerai successivement, sous l'angle de la convention sur le génocide, la détermination de l'*actus reus* du génocide dans cette campagne de destruction générale et systématique (violences extrêmes et atrocités) et plus particulièrement dans quelques-unes des municipalités dévastées, puis la détermination de la *mens rea* (preuve par déduction de l'intention de commettre un génocide). Cet examen conduira, *last but not least*, à des considérations sur la nécessité de réparations et sur la difficile voie de la réconciliation, à quelques observations finales sur l'appréciation des preuves, l'établissement des faits, le cadre conceptuel et le raisonnement juridique, et, enfin, à un épilogue (récapitulation).

II. DÉPLORABLE LONGUEUR DES DÉLAIS DE JUSTICE EN LA PRÉSENTE AFFAIRE

1. Retards de procédure

6. Rétrospectivement, je ne peux m'empêcher de déplorer la longueur considérable des délais de justice dans la présente affaire *Croatie c. Serbie*. La requête introductive d'instance a été déposée le 2 juillet 1999. Les premières dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire des Parties ont été fixées par la Cour au 14 mars 2000 et au 14 septembre 2000¹ respectivement. Par lettre du 25 février 2000, la Croatie a prié la Cour de proroger de six mois le délai pour le dépôt de son mémoire. La Serbie ne s'est pas opposée à cette prorogation et a demandé que le délai fixé pour le dépôt de son contre-mémoire soit prorogé de la même manière. Les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire ont ainsi été reportées au 14 septembre 2000 et au 14 septembre 2001².

7. Par lettre du 26 mai 2000, la Croatie a demandé à la Cour de proroger une nouvelle fois de six mois le délai fixé pour le dépôt de son mémoire.

¹ Ordonnance du 14 septembre 1999 (*C.I.J. Recueil 1999 (II)*), p. 1015).

² Ordonnance du 10 mars 2000 (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 3).

La Serbie ne s'est pas opposée à cette nouvelle prorogation et a demandé à bénéficier de la même prorogation pour le dépôt de son contre-mémoire. La Cour a donc reporté au 14 mars 2001 la date de dépôt du mémoire et au 16 septembre 2002 celle du contre-mémoire³. La Croatie a déposé son mémoire le 14 mars 2001 dans le délai ainsi prorogé.

8. Le 11 septembre 2002, dans le délai prorogé pour le dépôt de son contre-mémoire, la Serbie a présenté des *exceptions préliminaires* portant sur la compétence de la Cour pour connaître de l'affaire et sur la recevabilité de la requête. La procédure sur le fond a été suspendue en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement de la Cour, et celle-ci a fixé au 29 avril 2003⁴ la date d'expiration du délai pour la présentation, par la Croatie, d'un exposé écrit sur les exceptions préliminaires. Des audiences publiques sur ces exceptions préliminaires ont été tenues du 26 au 30 mai 2008, soit cinq ans plus tard. Le 18 novembre 2008, la Cour a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires dans lequel elle concluait notamment que, sous réserve de ce qu'elle avait déclaré concernant la deuxième exception préliminaire soulevée par la Serbie, elle avait compétence, sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, pour connaître de la requête de la Croatie.

9. La Serbie a demandé alors, pour déposer son contre-mémoire, à bénéficier du même délai de dix-huit mois qui avait été accordé à la Croatie pour déposer son mémoire. La date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire a été fixée au 22 mars 2010⁵. Déposé le 4 janvier 2010, dans le délai prescrit, le contre-mémoire de la Serbie contenait des demandes reconventionnelles. Au cours d'une réunion avec le président de la Cour tenue le 3 février 2010, la Croatie a indiqué qu'elle n'entendait pas soulever d'objections à la recevabilité des demandes reconventionnelles, mais désirait pouvoir y répondre au fond dans une réplique. La Serbie a exposé que, dans ce cas, elle souhaitait déposer une duplique.

10. Compte tenu de l'absence d'objections de la Croatie à la recevabilité des demandes reconventionnelles de la Serbie, la Cour n'a pas estimé devoir à ce stade se prononcer définitivement sur la question de savoir si lesdites demandes satisfaisaient aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Elle a considéré par ailleurs que le dépôt d'une réplique et d'une duplique était nécessaire, et, pour assurer une stricte égalité entre les Parties («égalité des armes»), elle a réservé le droit, pour la Croatie, de s'exprimer une seconde fois par écrit sur les demandes reconventionnelles de la Serbie, dans une pièce additionnelle. Elle a fixé au 20 décembre 2010 et au 4 novembre 2011, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt de la réplique de la Croatie et de la duplique de la Serbie⁶.

³ Ordonnance du 27 juin 2000 (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 108).

⁴ Ordonnance du 14 novembre 2002 (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 610).

⁵ Ordonnance du 20 janvier 2009 (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 54).

⁶ Ordonnance du 4 février 2010 (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 3).

11. La Croatie a déposé sa réplique et la Serbie sa duplique dans les délais prescrits. La réplique et la duplique contenaient des conclusions sur les demandes principale et reconventionnelles. La Cour a autorisé la Croatie à présenter une pièce additionnelle sur les demandes reconventionnelles de la Serbie et a fixé au 30 août 2012 la date d'expiration du délai pour le dépôt de cette pièce, qui a été déposée dans le délai prescrit⁷. Dans ces conditions, les audiences sur le fond ont été programmées — et se sont tenues — du 3 mars au 1^{er} avril 2014.

12. Les faits parlent d'eux-mêmes pour dénoncer la longueur déplorable des délais de justice en la présente affaire, en particulier pour ceux qui demandent justice. Malheureusement, comme je l'ai fait observer à la Cour en plusieurs occasions récentes, *le temps de la justice n'est pas le même que celui des victimes*. Dans mon opinion dissidente en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009)*, je faisais valoir ce qui suit :

«L'heure des victimes ne semble assurément pas être celle de la justice humaine. L'être humain n'a que peu de temps à vivre sur cette terre (*vita brevis*), du moins trop peu pour réaliser pleinement son projet de vie. La brièveté de la vie humaine a été maintes fois commentée au fil des siècles : dans un ouvrage intitulé *De brevitae vitae*⁸, Sénèque fit observer que, à quelques exceptions près, la plupart de ses contemporains disparaissaient alors qu'ils s'apprêtaient tout juste à vivre. Or, la justice humaine s'éternise, prenant souvent bien plus de temps qu'une vie humaine, dont elle paraît dédaigner la fragilité et la fugacité, même face à l'adversité et à l'injustice. La justice semble, en somme, faire fi du temps dont les êtres humains disposent pour concrétiser leurs besoins et leurs aspirations.

Certes, le temps chronologique n'est pas le temps biologique. Les événements ne s'égrènent pas au même rythme que la vie humaine, bien plus fugace. *Tempus fugit*. Cela dit, l'heure biologique n'est pas l'heure psychologique non plus. Ceux qui survivent à la cruauté perdent, dans les moments de profonde souffrance et d'humiliation, tout ce qu'ils pouvaient attendre de la vie ; en un instant, les plus jeunes perdent à jamais leur innocence et les aînés leur confiance dans leurs semblables, sans parler des institutions. Leurs vies deviennent vides de sens, et il ne leur reste que leur foi en la justice humaine. Pourtant, l'heure de la justice humaine ne paraît pas être celle des victimes.» (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 182, par. 46-47.)

13. Peu de temps après, dans mon opinion dissidente en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010)*, j'ai jugé opportun de rappeler,

⁷ Ordonnance du 23 janvier 2012 (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 3).

⁸ Ecrit entre 49 et 62 après J.-C.

au sujet des conditions inhumaines auxquelles étaient soumis les prisonniers de guerre astreints aux travaux forcés, que

«[n]on seulement ces victimes subirent un traitement inhumain et dégradant, mais elles arrivèrent par la suite au bout de leur vie ingrate après avoir assisté à l'impunité, sans obtenir de réparation et dans une situation d'injustice flagrante. Le temps de la justice humaine n'est décidément pas celui des êtres humains.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 375, par. 118.)

On pourrait en dire autant aujourd'hui au sujet de l'affaire *Croatie c. Serbie*, qui concerne de graves violations du droit international et dans laquelle les déplorables délais de justice susmentionnés se sont prolongés sur une période de temps virtuellement sans précédent, de 1999 à 2015, soit plus de trois lustres, malgré la *vita brevis* des humains.

2. *Justitia longa, vita brevis*

14. Paradoxalement, plus les violations du droit international sont graves, plus il semble long et difficile de rendre la justice. Pour commencer, quiconque naît dans ce monde se trouve rapidement confronté à une immense énigme dont il ne lui suffira pas de toute une vie pour relever le défi ; ce défi, c'est celui de comprendre que *le temps passe* et d'apprendre à vivre *dans ce passage*. A la fin du VIII^e siècle ou au début du VII^e siècle av. J.-C., dans l'*Iliade*, Homère évoquait ainsi ce mystère dans lequel nous sommes tous plongés :

«Il en est de la race des humains comme des feuilles.
Le vent a beau les coucher sur le sol, il en vient d'autres,
Dans les bois verdoyants, dès que s'annonce le printemps.
Ainsi les hommes tour à tour naissent, puis disparaissent.»⁹

15. Et comme si cette énigme ne suffisait pas, nous en avons une autre à résoudre, qui est celle de l'extrême violence et de la brutalité qui ont caractérisé les relations entre humains au fil des siècles :

«Je m'y connais parfaitement en combats et carnages,
Et sais mouvoir de tout côté mon bouclier de peau de bœuf séchée
Qui me permet de guerroyer en homme invulnérable.
Je sais bondir aussi dans le fracas des chars rapides.
Je sais danser du pied la danse du cruel Arès...¹⁰
Mais mille chances de mort nous enveloppent,
Et il n'est point permis à l'homme vivant de les éviter ni de les
fuir...¹¹

⁹ Homère, *L'Iliade*, chant VI, versets 146-149, traduit par Frédéric Mugler.

¹⁰ *Ibid.*, chant VII, versets 237-241.

¹¹ *Ibid.*, chant XII, versets 326-327.

Un preux vient-il à succomber, il faut l'ensevelir,
 D'un cœur impitoyable, après l'avoir pleuré un jour.
 Mais tous ceux qui ont survécu à l'affreuse bataille
 Doivent songer à manger et à boire, afin de mieux
 Se battre avec les ennemis, sans trêve, obstinément.
 ... pauvres humains
 qui, pareils à des feuilles, tantôt vivent pleins d'éclat
 Et mangent les fruits que fournit la terre labourée,
 Tantôt retombent au néant.¹²...

Mes fils agonisants, toutes mes filles enlevées,
 Mes appartements dévastés, mes pauvres petits-fils
 Précipités contre le sol dans l'atroce carnage...
 Un jeune guerrier mort,
 Déchiré par le bronze aigu, ne perd rien de sa grâce :
 Tout ce qui apparaît de lui, même mort, reste beau.
 Mais quand les chiens outragent le front blanc, la barbe blanche
 Et jusqu'à la virilité d'un vieux qu'on vient d'abattre,
 Est-il rien de plus désolant pour les pauvres humains?¹³»

16. Le tableau que peint Homère de la cruauté des hommes semble éternellement contemporain, tout particulièrement à la lumière des tragédies qui ont suivi. C'est la marque d'un vrai classique. Homère pourrait tout aussi bien décrire les horreurs de notre temps, ou d'un temps récent, par exemple les guerres sur le territoire de l'ex-Yougoslavie pendant les années 1990. *L'Iliade* regorge de meurtres, violences, torture, sévices, disparitions forcées, pillage et humiliations; l'affaire *Croatie c. Serbie* regorge de meurtres, violences, torture, sévices, disparitions forcées, pillage et humiliations; de la fin du VIII^e siècle avant J.-C. à la fin du XX^e siècle après J.-C., la propension des humains à se traiter les uns les autres avec la plus extrême violence est restée la même, et parfois s'est aggravée.

17. C'est à croire que les générations qui se sont succédé de siècle en siècle n'ont rien appris des souffrances subies par celles qui les ont précédées. A en juger par la présente affaire *Croatie c. Serbie*, la propension au mal dont font preuve les humains les uns à l'égard des autres les a accompagnés depuis le temps de *L'Iliade* jusqu'à l'époque contemporaine, en passant par les tragédies d'Eschyle, de Sophocle et d'Euripide au IV^e siècle av. J.-C. Il y a, bien entendu, une certaine distance entre l'épopée et la tragédie, mais la première a ouvert la voie à la seconde, la tragédie a ensuite trouvé son propre mode d'expression, et depuis elle n'a jamais quitté le devant de la scène. La tragédie a puisé son inspiration dans les récits épiques et leur a ajouté une dimension nouvelle: le sentiment, la volonté de vivre et la condition humaine. La tragédie a accompagné la condition humaine au fil des siècles.

¹² Homère, *L'Iliade*, chant XIX, versets 228-233; chant XXI, versets 463-466.

¹³ *Ibid.*, chant XXII, versets 62-64 et 71-76.

18. Elle est montée sur la scène pour ne plus la quitter, traversant les siècles de théâtre en théâtre jusqu'à nos jours. La guerre des Balkans telle que l'illustre la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie en porte témoignage: elle est tragique dans la dévastation qu'elle a semée. Or la tragédie — qui a donné une dimension nouvelle à l'épopée — ne mettait pas exclusivement en scène la destruction et les leçons à en tirer, mais aussi la *soif de justice*. On citera à ce propos les trois pièces d'Eschyle composant l'*Orestie*, et en particulier le chœur dans les *Euménides*. De même que le passage du temps n'a nullement diminué la noire propension des humains à infliger le mal à leur prochain, il n'a rien ôté à leur soif de justice, comme le montre notre affaire. Depuis les âges les plus reculés jusqu'à nos jours, telle est malheureusement la loi de l'humaine condition: pérennité du mal, *vita brevis; justitia longa, vita brevis*.

III. COMPÉTENCE: SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE EN TANT QUE TRAITÉ RELATIF AUX DROITS DE L'HOMME

1. *Arguments des Parties sur l'applicabilité, antérieurement au 27 avril 1992, des obligations prévues par la convention sur le génocide*

19. Dans la requête introductive d'instance qu'elle a déposée en 1999, la Croatie a fondé la compétence de la Cour sur le fait que la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) était partie à la convention sur le génocide et que la Serbie était liée par cette convention en tant qu'Etat successeur de la RFSY¹⁴. Toujours selon la Croatie, les deux Parties étaient liées par la convention sur le génocide en tant qu'Etats successeurs de la RFSY¹⁵. La RFSY était partie à la Convention depuis le 29 août 1950. A la lumière de l'arrêt de 2008 dans lequel la Cour a conclu que sa compétence en l'espèce naissait de la succession plutôt que de l'adhésion à la convention sur le génocide¹⁶, la Croatie a souligné que cette compétence se fondait par conséquent sur une obligation qui existait déjà et non sur une obligation nouvellement contractée¹⁷. Elle a soutenu que la convention sur le génocide conférait donc compétence à la Cour pour statuer sur les agissements de la Serbie antérieurs au 27 avril 1992; et, à titre subsidiaire, que la Cour serait compétente pour connaître des actes antérieurs au 27 avril 1992 sur le fondement de la déclaration de la Serbie portant cette date¹⁸.

20. De son côté, la Serbie a admis qu'elle avait succédé à la convention sur le génocide avec effet au 27 avril 1992; suite à l'arrêt de 2008, elle a

¹⁴ Requête introductive d'instance, par. 28.

¹⁵ Affaire relative à l'*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. 424, par. 37 (ci-après «l'arrêt de 2008»).

¹⁶ Arrêt de 2008, par. 111.

¹⁷ CR 2014/12, p. 34, par. 4.

¹⁸ *Ibid.*, p. 36, par. 9.

déclaré qu'elle était liée par la convention sur le génocide depuis le 27 avril 1992, mais non avant cette date¹⁹. Elle a soutenu que les actes et omissions antérieurs au 27 avril 1992 ne sauraient engager sa responsabilité internationale puisqu'elle n'a vu le jour qu'à cette date et que, par conséquent, elle ne pouvait être liée par la convention sur le génocide avant ladite date. A titre subsidiaire, elle a fait valoir que la Croatie n'a vu le jour que le 8 octobre 1991 et ne saurait former des demandes fondées sur des faits survenus avant sa naissance²⁰.

21. Il convient de rappeler qu'en 2008 la Cour a limité son examen à l'effet de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (auxquelles elle a attribué l'effet d'une notification de succession aux traités), et qu'elle n'a pas estimé devoir examiner la question plus générale de l'application à l'espèce du droit général de la succession d'Etats ou celle des règles du droit international régissant la succession d'Etats aux traités (y compris la question de la succession *ipso jure* à certains traités multilatéraux)²¹. Son interprétation de la déclaration du 27 avril 1992 a suffi à la Cour pour trancher la question de savoir si le défendeur était lié par la convention sur le génocide (y compris son article IX) à la date d'introduction de l'instance. Quoi qu'on puisse penser de sa décision, la question se pose maintenant, au stade de l'examen au fond, de savoir si la convention sur le génocide s'applique aux faits antérieurs au 27 avril 1992.

2. Continuité de l'application de la convention sur le génocide (RFSY et RFY)

22. Lorsqu'elle a décidé, dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires, que la Serbie était liée par la Convention à compter du 27 avril 1992²², la Cour a renvoyé à la phase du fond la question de l'applicabilité à la République fédérale de Yougoslavie (RFY) antérieurement au 27 avril 1992 des obligations découlant de la Convention²³. A ce sujet, la Serbie a soutenu, pendant l'audience sur le fond, que la Cour avait décidé, au stade des exceptions préliminaires, que cet Etat «n'était devenu lié par cet instrument qu'en avril 1992»²⁴. Or la Cour n'avait examiné que la question de savoir si les conditions prévues à l'article 35 de son Statut pour que la RFY ait qualité pour participer à une procédure devant elle étaient remplies à la date de la requête, c'est-à-dire au 2 juillet 1999²⁵.

23. La question a été tranchée non pas en décidant si la Serbie avait succédé ou non à la convention sur le génocide *ipso jure*, mais uniquement

¹⁹ CR 2014/14, p. 16, par. 4.

²⁰ Contre-mémoire de la Serbie, par. 206, 357-387.

²¹ Arrêt de 2008, par. 101.

²² *Ibid.*, par. 117.

²³ *Ibid.*, par. 129.

²⁴ CR 2014/14, p. 14, par. 26.

²⁵ Arrêt de 2008, par. 60, 67, 69, 71, 78 et 95.

sur la base des données historiques et de la déclaration et de la note du 27 avril 1992²⁶. Etant d'avis que les questions de compétence et de recevabilité soulevées par l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie constituaient, en la présente affaire, «deux questions indissociables», la Cour a expressément choisi de laisser ouverte la question de l'applicabilité à la RFY antérieurement au 27 avril 1992 des obligations découlant de la convention sur le génocide, et d'en renvoyer l'examen à la phase du fond²⁷.

3. Continuité de l'administration et des représentants de l'Etat (RFSY et RFY)

24. Bien que la RFY n'ait officiellement vu le jour comme Etat que le 27 avril 1992, cette proclamation n'a fait qu'officialiser une situation concrète qui avait émergé *de facto* pendant la dissolution de la RFSY. La Serbie considère que, jusqu'à la proclamation de la dissolution de la RFSY, les actes accomplis par des personnes au nom de celle-ci *ne peuvent être attribués qu'à cette entité et à elle seule*. Cependant, dans son avis n° 1, la commission Badinter a officiellement constaté que, depuis la mi-1991, la RFSY avait cessé de fonctionner comme un Etat viable et qu'elle était engagée dans un «processus de dissolution». Selon l'avis n° 8 de ladite commission, cette dissolution a été un long processus qui est arrivé à son terme le 4 juillet 1992. Cela implique que, bien avant avril 1992, le territoire de l'ex-Yougoslavie avait déjà été divisé et que les dirigeants serbes avaient pris le contrôle effectif des principaux organes de l'ex-RFSY. Cette constatation du contrôle exercé sur l'appareil politique et militaire pendant toute la période considérée est donc pertinente.

25. La Serbie ne saurait se défaire de sa responsabilité sur un Etat défunt, pour la bonne raison que les personnes qui contrôlaient les organes pertinents de ce dernier pendant la période intérimaire ont ensuite assumé des fonctions similaires dans le gouvernement de la nouvelle RFY. Ce sont les mêmes dirigeants serbes qui, à partir d'octobre 1991 — c'est-à-dire lorsque les organes de gouvernement et autres autorités fédérales compétentes de la RFSY ont cessé de fonctionner —, sont devenus *de facto* les organes et autorités de la nouvelle RFY sous direction serbe. Les anciens représentants de la RFSY ressemblaient fort aux représentants de la Serbie-et-Monténégro (RFY). La Serbie ne conteste pas qu'il s'agissait des mêmes personnes et qu'elles appliquaient les mêmes politiques. Sur ce point, la Croatie a fourni une liste de dirigeants politiques et militaires qui illustre *la continuité depuis 1991, parmi les autorités serbes de Belgrade, des personnels chargés des politiques et des pratiques*²⁸. La Serbie n'a pas contesté cette liste de dirigeants politiques et militaires qui atteste la continuité et le maillage des personnels considérés²⁹.

²⁶ Arrêt de 2008, par. 101.

²⁷ *Ibid.*, par. 129-130.

²⁸ Mémoire de la Croatie, appendice 8.

²⁹ On pourrait mentionner sept des dix-sept dirigeants politiques et militaires dont la liste figure à l'appendice 8 du mémoire de la Croatie.

4. *Droit régissant la succession des traités relatifs aux droits de l'homme : succession ipso jure à la convention sur le génocide*

26. La conduite de la Serbie, contrairement à ce qu'elle prétend, conforte la thèse de l'opposabilité de la convention sur le génocide à la RFY antérieurement au 27 avril 1992. Il importe ici de rappeler, en premier lieu, le droit qui régit la succession d'Etats aux traités relatifs aux droits de l'homme. En effet, abstraction faite de la succession d'Etats aux traités *classiques*, il est généralement admis que certaines catégories de traités, comme les traités relatifs aux droits de l'homme, restent en vigueur sans solution de continuité en raison de leur caractère particulier. On est fondé à soutenir, à cet égard, que l'application à la RFY *in statu nascendi*, c'est-à-dire antérieurement au 27 avril 1992, de la convention sur le génocide est justifiée — pour paraphraser l'avis consultatif de 1951 de la Cour sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (p. 23) — par le but particulièrement important visé par la Convention, qui est de «sanctionner les principes de morale les plus élémentaires», sans considération des questions formelles de succession.

27. Il convient à ce propos de rappeler l'interprétation que fait la Cour de l'objet et du but de la Convention dans ce célèbre avis consultatif :

«Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ces fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (préambule de la Convention).»³⁰

28. La Cour a donc, dans cet avis consultatif, souligné que la Convention vise un but particulièrement important qui est de «sanctionner les principes de morale les plus élémentaires»³¹. Elle y déclare que les prin-

³⁰ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.*

³¹ *Ibid.*

cipes qui sont à la base de la Convention obligent les Etats «même en dehors de tout lien conventionnel», et que la Convention elle-même a été voulue «comme une convention de portée nettement universelle». Dans son arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour n'invoque pas moins de trois fois le caractère particulier de la convention sur le génocide en tant que traité relatif aux droits de l'homme pour fonder sa compétence. Certains de ses membres se sont montrés conscients de la nécessité de protéger les segments concernés de la population et ont soulevé la question de la succession automatique à la Convention³².

29. Aujourd'hui, alors que près de deux décennies se sont écoulées, le moment est venu de pousser plus loin l'analyse. Il est évident que la convention sur le génocide n'est pas un contrat synallagmatique dans le cadre duquel un Etat partie se lierait à un autre; elle ne se contente pas de créer des droits et des obligations entre les Etats parties sur une base bilatérale. En tant que traité relatif aux droits de l'homme, elle met en place un système de *garantie collective*³³. A mon avis, il ne suffit pas d'affirmer (ou de confirmer) comme la Cour l'a fait il y a près de vingt ans que la convention sur le génocide est un traité relatif aux droits de l'homme: encore faut-il en tirer les conséquences juridiques (voir ci-après).

30. Dans la présente *Croatie c. Serbie*, le comportement pertinent est celui de la JNA (Armée populaire yougoslave) ou des forces placées sous sa direction et son contrôle, et la JNA était *de facto* un organe de l'Etat serbe naissant. Il serait extrêmement artificiel de prétendre que la Convention a continué à lier la RFSY jusqu'à ce que celle-ci disparaisse officiellement³⁴, ce qui la dispensait d'avoir à répondre de ses manquements à ses obligations internationales. Une telle interruption dans la protection accordée par la convention sur le génocide est incompatible avec son objet, qui est de préserver l'existence même de certains groupes humains, en application des principes de morale les plus élémentaires.

31. Cela vaut à plus forte raison dans une situation où la dissolution d'un Etat donne lieu à des violences. Car les effets des graves violations du droit international commises dans ce cadre continueront, dans la plupart des cas, de se faire sentir sur les groupes humains qui en sont les victimes, même après la date de la succession d'Etats, et plus encore quand ces groupes sont menacés de violences. Dans de telles circonstances, il serait injuste pour les victimes que personne ne puisse être appelé

³² Affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), opinions individuelles des juges Shahabuddeen et Weeramantry, p. 634-637 et 645-655 respectivement.

³³ Sur le concept de *garantie collective* propre aux traités relatifs aux droits de l'homme, voir A. A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre (Brésil), S. A. Fabris Ed., 1999, p. 47-53.

³⁴ En fait, en 1991 et 1992, la RFSY ne dirigeait ni ne contrôlait plus la JNA et elle était déjà engagée dans un irréversible processus de dissolution.

à répondre des faits internationalement illicites qui ont été commis et de leurs conséquences à long terme³⁵. Prétendre que la responsabilité s'éteint avec la dissolution de l'Etat concerné ôterait toute pertinence à la convention sur le génocide. Un fait internationalement illicite et ses conséquences ne sauraient rester impunis et échapper à toute réparation.

32. La convention sur le génocide en tant que traité relatif aux droits de l'homme (qualité qui lui est généralement reconnue) met en cause la responsabilité non seulement des personnes, mais aussi de l'Etat. On ne saurait ignorer que les traités relatifs aux droits de l'homme ont leur herméneutique propre (voir ci-après) et sont assortis d'un mécanisme de garantie collective. De surcroît, la convention sur le génocide implique que chaque Etat partie s'engage à se comporter envers les Etats successeurs comme s'il était acquis que ceux-ci assuraient, à compter de leur indépendance, la continuité des obligations et de la qualité d'Etat partie à la Convention qu'avait leur Etat prédécesseur.

33. Il convient de rappeler, dans le contexte de la présente espèce, que la commission Badinter a souligné que tous les traités relatifs aux droits de l'homme auxquels la RFSY était partie devaient rester en vigueur sur l'ensemble de ses territoires³⁶. Je suis d'avis que la succession d'Etats aux traités universels relatifs aux droits de l'homme³⁷ est automatique et que la Serbie a succédé à la convention sur le génocide (selon le droit coutumier) sans qu'une confirmation formelle de son adhésion en qualité d'Etat successeur ait été nécessaire. Compte tenu du caractère déclaratoire de la convention sur le génocide et de la nécessité de garantir une protection effective des droits qui y sont prévus, les organes *de facto* de la Serbie naissante étaient liés par ladite convention antérieurement au 27 avril 1992.

5. *Le comportement de la RFY atteste qu'elle a succédé automatiquement à la convention sur le génocide et que la Convention lui était applicable antérieurement au 27 avril 1992*

34. Le comportement de la Serbie atteste que lui étaient applicables les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie à la date de sa dissolution; il découle de son comportement même qu'elle restait liée par ces conventions. Dans les circonstances de l'espèce, la RFY a prétendu

³⁵ Voir par exemple, sur ce point, P. Dumberry, *State Succession in International Responsibility*, Leyde, Nijhoff, 2007, p. 278, 283-284, 297, 366, 409, 411, 424-425 et 428.

³⁶ Commission d'arbitrage présidée par Robert Badinter, Conférence pour la paix en Yougoslavie, avis n° 1 du 29 novembre 1991, *Revue générale de droit international public*, tome XCVI, 1992, p. 264-266.

³⁷ Sur les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, voir les résolutions 1993/23, 1994/16 et 1995/18 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies; le rapport du Secrétaire général de l'ONU publié sous la cote E/CN.4/1995/80, p. 4; et l'observation générale 26/61 du Comité des droits de l'homme publiée sous la cote CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1. Voir aussi, sur la succession de la Bosnie-Herzégovine au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la décision adoptée par le Comité des droits de l'homme le 7 octobre 1992 et le débat correspondant dans *Documents officiels du Comité des droits de l'homme*, 1992-1993, vol. I, p. 15.

dès 1992 posséder la qualité d'Etat partie à la convention sur le génocide; dans sa déclaration du 27 avril 1992³⁸, elle affirmait en effet que

«[I]a République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international».³⁹

35. Il s'ensuit que, en se déclarant liée par toutes les obligations assumées par la RFSY, la Serbie (RFY) a expressément adopté une position voulant que les obligations de fond découlant de la convention sur le génocide, comme les autres obligations assumées par la RFSY, étaient restées en vigueur sans solution de continuité, y compris avant le mois d'avril 1992. Il importe de noter que, dans sa déclaration, la RFY n'a ni expressément ni implicitement exclu l'intention d'être liée par la Convention avant la date de la déclaration (27 avril 1992). Elle a plutôt, par son attitude, revendiqué la continuité à toutes les dates pertinentes, y compris à l'égard des obligations découlant de la convention sur le génocide. Il n'est pas inutile dans ce contexte de souligner que, dans sa note officielle du même jour (27 avril 1992), la RFY a déclaré ce qui suit :

«Dans le strict respect de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré.»⁴⁰

³⁸ Au stade des exceptions préliminaires en la présente affaire, la Serbie avait contesté que la déclaration du 27 avril 1992 constituât une notification de succession. La Cour a rejeté ses arguments et conclu que la Serbie avait succédé à la convention sur le génocide le 27 avril 1992 :

«La Cour considère que, dans la présente affaire, compte tenu de la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001, il convient d'attribuer précisément à ces documents l'effet qu'ils étaient, selon elle, censés avoir d'après leur libellé, à savoir que, à compter de cette date, la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie au moment de sa dissolution, à moins, bien sûr, que celle-ci n'eût formulé de manière régulière des réserves limitant ses obligations.» (Arrêt de 2008, par. 117.)

Le conseil de la Serbie l'a reconnu à l'audience sur le fond (CR 2014/14, p. 23, par. 4).

³⁹ Déclaration commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro adoptée le 27 avril 1992, Nations Unies, doc. A/46/915, annexe II.

⁴⁰ Note adressée au Secrétaire général en date du 27 avril 1992, *ibid.*

36. Il ressort de ces deux documents (la déclaration et la note adressée au Secrétaire général de l'ONU en 1992) qu'il y a eu succession immédiate et automatique, dans le cadre de laquelle la Serbie (RFY) considérait qu'elle serait l'Etat successeur de la RSFY et qu'elle assumerait toutes les obligations de cette dernière, y compris les obligations découlant de la convention sur le génocide. Autrement dit, la Serbie (RFY), par sa déclaration du 27 avril 1992, a pris clairement l'engagement de succéder à la RFSY comme Etat partie à la convention contre le génocide. Cela implique qu'elle était déjà liée par les obligations découlant de la Convention à l'égard des événements survenus avant la date de sa déclaration de 1992.

6. Venire contra factum proprium non valet

37. Ainsi donc, dans les circonstances de l'espèce, la Cour devrait garder à l'esprit que la Serbie (RFY) elle-même a admis qu'elle s'était engagée à continuer de participer aux traités internationaux que l'ex-Yougoslavie avait ratifiés ou auxquels elle avait adhéré. Cette déclaration contraignante de la RFY constitue un puissant argument en faveur de l'opposabilité à l'Etat serbe naissant, antérieurement au 27 avril 1992 et sans solution de continuité, des obligations découlant de la Convention. On peut faire valoir en outre que la Cour semble avoir réglé ce problème dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires⁴¹. En décidant que «la déclaration et la note de 1992 ont eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide», la Cour semble avoir admis la continuité des obligations conventionnelles entre la RFSY et la RFY.

38. Une décennie plus tard cependant, une notification d'adhésion de la RFY à la convention sur le génocide, datée du 6 mars 2001 et déposée auprès du Secrétaire général le 12 mars 2001, après un renvoi à la déclaration de 1992 et à l'admission ultérieure de la RFY à l'ONU en qualité de nouveau membre, déclarait que

«la République fédérale de Yougoslavie n'a succédé ni le 27 avril 1992 ni à aucune autre date ultérieure à la République fédérative socialiste de Yougoslavie en sa qualité de partie à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et dans ses droits et obligations découlant de cette convention en postulant qu'elle aurait continué d'être membre de l'Organisation des Nations Unies et qu'elle aurait assuré la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie...».⁴²

La notification d'adhésion comportait la réserve suivante :

«La République fédérale de Yougoslavie ne se considère pas liée par l'article IX de la Convention... ; c'est pourquoi, pour qu'un dif-

⁴¹ Arrêt de 2008, par. 117.

⁴² *Ibid.*, par. 116.

férend auquel la République fédérale de Yougoslavie est partie puisse être valablement soumis à la Cour internationale de Justice en vertu dudit article, son consentement spécifique et exprès est nécessaire dans chaque cas.»⁴³

39. Quoi qu'il en soit, cette démarche contredisait la qualité d'Etat partie à la convention sur le génocide que la Serbie (RFY) prétendait avoir depuis sa déclaration de 1992. A la fin des années 1990, il ne faisait plus aucun doute que la RFY avait assumé toutes les obligations internationales souscrites par la RFSY, y compris en matière de respect des droits de l'homme⁴⁴. On notera également que la RFY n'a jamais soutenu devant la Cour, dans des procédures antérieures, qu'elle *n'était pas* partie à la convention sur le génocide.

40. Ce n'est que lorsque la RFY, renonçant à sa prétention à succéder à la RFSY comme Etat membre de l'ONU, a été admise à l'Organisation en 2000 qu'elle a soutenu le point de vue opposé, d'abord dans les exposés écrits contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*⁴⁵. Or nul n'est admis à soutenir une position *a contrario sensu* de celle qu'il soutenait antérieurement, en vertu d'un principe fondamental qui remonte au droit romain classique: *venire contra factum proprium non valet*. De toute façon, la Cour, ayant conclu au stade des exceptions préliminaires que la RFY était partie à la convention sur le génocide, a considéré qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur l'effet juridique de la notification par la Serbie de son adhésion en date du 6 mars 2001 à la Convention.

41. A la lumière de ce qui précède, selon mon interprétation, le changement d'attitude de la Serbie n'emporte aucun effet sur la compétence de la Cour. A cet égard, citant sa propre jurisprudence constante, la Cour a rappelé en 2008 que, s'il est démontré qu'un titre de compétence existait à la date de l'introduction de l'instance, la caducité de l'instrument établissant sa juridiction ou le retrait dont il peut ultérieurement faire l'objet sont sans effet sur cette compétence⁴⁶. En conséquence, par sa déclaration

⁴³ Arrêt de 2008, par. 116.

⁴⁴ La déclaration du 27 avril 1992 proclamant la naissance de la RFY «est l'acte qui a dans toutes ses dispositions insisté sur la continuité avec la RFSY. Son contenu souligne que le pays garde la subjectivité juridique et politique de l'ancien Etat et promet de respecter strictement ses obligations internationales.» M. Sahović, «Le droit international et la crise en ex-Yougoslavie», 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1999, p. 392.

⁴⁵ La RFY priait la Cour de statuer sur sa compétence à la lumière du fait qu'elle «n'a[vait] pas assuré la continuité de la personnalité juridique de l'ex-Yougoslavie ni de sa qualité de partie à la Convention avec pour conséquence, en particulier, que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas liée par la convention sur le génocide avant d'y adhérer (avec une réserve à l'article IX) en mars 2001».

⁴⁶ *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua*

de 1992, la RFY s'était liée en qualité d'Etat successeur de la RFSY ; la déclaration entraînait succession automatique. La Serbie restait liée par la convention sur le génocide pour les actes et omissions survenus antérieurement au 27 avril 1992. La compétence que la Cour tient de la Convention s'étend à ces actes et omissions, et les demandes de la Croatie à leur sujet sont recevables.

7. *La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme dans la pratique des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies*

42. Dès le début des années 1990, alors que la dévastation s'abattait sur les Balkans, la thèse de la succession automatique des Etats successeurs aux traités relatifs aux droits de l'homme et de l'opposabilité ininterrompue de ces derniers bénéficiait du ferme soutien des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies. Ainsi, dans sa résolution 1993/23 du 5 mars 1993, l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies déclarait que «les Etats successeurs, en ce qui concerne les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats prédécesseurs étaient parties, devront prendre la succession des Etats prédécesseurs et continueront d'assumer les responsabilités ainsi contractées»⁴⁷. Après avoir engagé les Etats successeurs à continuer de s'acquitter «des obligations qui incombaient aux Etats prédécesseurs au titre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme»⁴⁸, la Commission leur demandait instamment d'«adhérer aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels leurs Etats prédécesseurs n'étaient pas parties ou de les ratifier»⁴⁹.

43. L'année suivante, dans sa résolution 1994/16 du 25 février 1994, la Commission des droits de l'homme évoquait «les décisions du Comité des droits de l'homme et du comité pour l'élimination de la discrimination raciale relatives à la question de la succession en ce qui concerne les obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme»⁵⁰. Elle se félicitait de la recommandation formulée en 1993 par la deuxième confé-

c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 28, par. 36; et affaire relative à l'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. 445, par. 95. En ce sens, comme la Cour l'a noté dans ses arrêts de 2004 en les affaires relatives à la Licéité de l'emploi de la force, «l'importance de cette évolution survenue en 2000 tient au fait qu'elle a clarifié la situation juridique, jusque-là indéterminée, quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies» (p. 1191, par. 78).

⁴⁷ Alinéa 3 du préambule.

⁴⁸ Alinéa 5 du préambule.

⁴⁹ Point 3 du dispositif.

⁵⁰ Alinéa 2 du préambule. Cet aspect de la pratique de la Commission des droits de l'homme et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale pendant les années 1990 fait l'objet d'un commentaire dans A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, op. cit. infra note 67, p. 472-475.

rence mondiale sur les droits de l'homme dans la déclaration et le programme d'action de Vienne «en vue d'encourager et de faciliter la ratification des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et des protocoles s'y rapportant»⁵¹. Dans le dispositif de cette même résolution 1994/16, après avoir souligné «la nature particulière des traités qui visent à assurer la protection des droits de l'homme»⁵², la Commission priait les organes conventionnels compétents «d'examiner plus avant la possibilité, pour les Etats successeurs, de continuer à appliquer les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de les aider à s'acquitter de leurs obligations»⁵³.

44. A nouveau, dans sa résolution 1995/18 du 24 février 1995, la Commission des droits de l'homme a évoqué les décisions et recommandations pertinentes du Comité des droits de l'homme et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, ainsi que la recommandation susmentionnée de la déclaration et du programme d'action de Vienne (1993)⁵⁴. A nouveau encore, elle a souligné «la nature particulière des traités qui visent à assurer la protection et la promotion des droits de l'homme»⁵⁵ et prié les organes conventionnels d'examiner plus avant «la possibilité, pour les Etats successeurs, de continuer à appliquer les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de les aider à s'acquitter de leurs obligations»⁵⁶.

45. Il ne pouvait guère en être autrement. Le «caractère particulier» que revêtent les traités relatifs aux droits de l'homme — catégorie à laquelle appartient la convention sur le génocide — exige qu'ils s'appliquent sans solution de continuité, quelles que soient les incertitudes de la succession d'Etats. Les Etats eux-mêmes ont reconnu le caractère particulier des traités relatifs au droit humanitaire et aux droits de l'homme et n'ont pas élevé d'objection contre le principe, consacré par les organes conventionnels des droits de l'homme des Nations Unies, de leur *opposabilité sans solution de continuité, ipso jure*, aux Etats successeurs. Il importe en effet que les populations locales ne soient pas soudainement privées de toute protection au moment où elles en ont le plus besoin, dans les cas de dissolution difficile d'un Etat, quand les considérations d'humanité doivent l'emporter sur les invocations de la souveraineté de l'Etat.

46. Dans son rapport du 19 octobre 1994 à l'Assemblée générale sur l'application effective des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme⁵⁷, le Secrétaire général a rappelé que, peu de temps après

⁵¹ Alinéa 4 du préambule.

⁵² Point 2 du dispositif.

⁵³ Point 3 du dispositif.

⁵⁴ Alinéas 2 et 3 du préambule.

⁵⁵ Point 2 du dispositif.

⁵⁶ Point 3 du dispositif.

⁵⁷ Nations Unies, doc. A/49/537 du 19 octobre 1994, p. 1-14.

la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 14-25 juin 1993), la quatrième réunion des présidents d'organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme avait décidé de mettre au point «des mesures d'alerte rapide et des procédures d'urgence afin d'empêcher que de graves violations des droits de l'homme ne se produisent ou ne se répètent»; ces présidents se sont par ailleurs félicités de la création du poste de Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme (rapport, par. 12).

47. Dans le même rapport, le Secrétaire général a rendu compte de la cinquième réunion des présidents, au cours de laquelle ceux-ci ont déclaré que «les instruments internationaux des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme étaient universels par leur nature et dans leur application» (par. 13) et souligné que «l'exécution intégrale et effective des obligations assumées dans [c]es instruments ... est un élément essentiel d'un ordre international fondé sur la primauté du droit» (par. 17). Le Secrétaire général a ajouté que les présidents s'étaient félicités de l'initiative qu'il avait prise d'engager les Etats «à [devenir] parties, par ratification, adhésion ou succession, aux principaux instruments relatifs aux droits de l'homme» (par. 16).

48. Les présidents ont fait savoir que les travaux visant à faciliter la prévention des violations graves des droits de l'homme par le biais, notamment, de mesures d'alerte rapide et de procédures d'urgence, se poursuivaient (par. 26-29). Le Secrétaire général a jugé important de rapporter que les présidents étaient d'avis que

«les Etats successeurs sont automatiquement liés par les obligations découlant d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à partir de la date de leur accession à l'indépendance et que le respect de leurs obligations ne devrait pas être subordonné à une déclaration de confirmation faite par le nouveau gouvernement de l'Etat successeur» (par. 32).

49. De son côté et plus tôt encore, dans sa résolution 47/121 du 18 décembre 1992, l'Assemblée générale, commentant la «situation caractérisée par des violations constantes, flagrantes et systématiques des droits de l'homme» créée par les guerres dans l'ex-Yougoslavie, avec leurs «camps de concentration» et les «expulsions massives de civils sans défense de leurs foyers», prenait acte de ce que «le «nettoyage ethnique» ne semblait pas être la conséquence de la guerre mais bien son but». L'Assemblée générale ajoutait que «l'ignoble politique de «nettoyage ethnique» était «une forme de génocide»⁵⁸. Dans la même résolution, l'Assemblée générale demandait instamment au Conseil de sécurité de recommander la constitution d'un tribunal international spécial — qui devait devenir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie — pour juger et châtier les personnes responsables de atrocités qui étaient commises⁵⁹.

⁵⁸ Alinéas 7 et 9 du préambule.

⁵⁹ Point 10 du dispositif.

IV. L'ESSENCE DE LA PRÉSENTE AFFAIRE

1. *Les arguments des Parties au litige*

50. Un examen attentif des arguments développés par les parties au litige, tant dans la phase écrite que dans la phase orale de la procédure sur le fond en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, révèle que celles-ci ont prêté infiniment plus attention à la matière de l'espèce (c'est-à-dire au fond proprement dit, en rapport avec la *demande principale* de la Croatie) qu'aux questions de compétence et de recevabilité, ce qui n'a rien de surprenant. Ces dernières questions n'occupent qu'une petite partie des documents déposés par les parties: *a*) dans le mémoire de la Croatie, un chapitre sur huit, soit sept pages (p. 317-323) sur 414; *b*) dans le contre-mémoire de la Serbie, un chapitre sur quatorze, soit 50 pages (p. 85-134) sur 478; *c*) dans la réplique de la Croatie, un chapitre sur douze, soit 26 pages (p. 243-269) sur 473; et *d*) dans la duplique de la Serbie, un chapitre sur huit, soit 55 pages (p. 39-93) sur 322.

51. Le même tableau vaut pour la phase orale de la procédure sur le fond. Les arguments des Parties sur les questions de compétence et de recevabilité étaient plutôt brefs, comme on pouvait s'y attendre; la vaste majorité des arguments visait plutôt la matière du cas d'espèce (c'est-à-dire le fond proprement dit, en rapport avec la *demande principale* de la Croatie). On se rappellera que les audiences publiques devant la Cour ont duré plus d'un mois, du 3 mars au 1^{er} avril 2014. Pendant le premier tour de plaidoiries, la Croatie n'a pas consacré plus d'une fraction d'une journée à la question spécifique de la compétence⁶⁰, et pendant le deuxième tour, elle n'a consacré qu'une petite partie de son temps à réfuter les arguments de la Serbie sur cette question⁶¹.

52. Quant à la Serbie, pendant le premier tour des plaidoiries elle a formulé le gros de ses arguments sur les questions de compétence en une seule audience⁶² et, pendant le deuxième tour, elle ne leur a consacré elle aussi qu'une petite partie de son temps⁶³. Il ressort de cet examen des plaidoiries des parties que la vaste majorité de leurs arguments portaient sur des questions relevant du fond de l'espèce; elles n'ont consacré qu'une petite part de leurs plaidoiries (environ deux séances chacune) à la question de la compétence.

⁶⁰ Voir principalement CR 2014/12, p. 37-55; CR 2014/5, p. 23-31; et CR 2014/10, p. 32-49.

⁶¹ Voir principalement CR 2014/20, p. 63-67; et CR 2014/21, p. 10-33.

⁶² Voir principalement CR 2014/14, p. 10-69.

⁶³ Voir principalement CR 2014/22, p. 16-47.

2. *Appréciation générale*

53. Il résulte de ce qui précède que les parties au litige, parvenues dans la présente affaire au stade de l'examen au fond, n'ont pas jugé bon, pendant la phase écrite de la procédure, de consacrer plus qu'une petite partie de leurs arguments aux questions de compétence et de recevabilité. Elles se sont concentrées à juste titre sur le fond. De même, pendant la phase orale, la Croatie et la Serbie ont toutes deux fait porter leurs plaidoiries essentiellement sur les questions *matérielles*; ce faisant, elles ont parfaitement saisi l'essence de la présente affaire, qui concerne l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide, et non la succession d'Etats.

54. C'est la Cour qui semble avoir fait fausse route ici, en accordant à nouveau une attention considérable, en ce stade final de la procédure en l'espèce, à la question de la compétence, qui aurait dû être tranchée il y a plusieurs années. Dans son arrêt sur le fond en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, la Cour a consacré pas moins de cinquante paragraphes à cette question, ce qui n'est pas une mince proportion.

V. SUCCESSION AUTOMATIQUE À LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE ET CONTINUITÉ DES OBLIGATIONS DÉCOULANT DE CELLE-CI EN TANT QU'IMPÉRATIF D'HUMANITÉ

1. *La convention sur le génocide et l'impératif d'humanité*

55. Puisque la Cour en a fait autant dans le présent arrêt, je me sens tenu, dans cet exposé de mon opinion dissidente, d'exposer les fondements de ma position personnelle en faveur de la succession automatique à la convention sur le génocide (*supra*). Il est généralement admis que la convention sur le génocide est un traité relatif aux droits de l'homme : il en découle une conséquence juridique, qui est la succession automatique à ladite convention et la continuité des obligations qui en découlent.

56. Comme l'a fait observer la Cour dans son célèbre avis consultatif de 1951, les Etats parties à la convention de 1948 sur le génocide n'ont pas d'intérêts propres; ils sont seulement *tous et chacun* guidés par les fins supérieures et les considérations élémentaires d'humanité qui ont poussé l'Assemblée générale à condamner et punir le crime international de génocide, qui «bouleverse la conscience humaine ... inflige de grandes pertes à l'humanité ... et est ... contraire à l'esprit et aux fins des Nations Unies»⁶⁴. Les principes qui sont à la base de la Convention «oblig[ent] les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel». Le préambule de la Convention rappelle que la condamnation du génocide a

⁶⁴ Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, adoptée le 11 décembre 1946.

un « caractère universel » et que « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux la coopération internationale est nécessaire » (voir *supra*).

57. Tout cela explique qu'il y ait succession automatique à la convention sur le génocide et la continuité des obligations qui en découlent; en effet, la responsabilité internationale née du préjudice grave infligé à certains segments de la population survit à la désintégration et à la succession des Etats. Prétendre qu'il n'en est rien serait militer contre le but et l'objet de la convention sur le génocide et la priver de son effet utile; ce serait priver de toute protection les « groupes humains » visés au moment où ils en ont le plus besoin et ouvrir dans la protection dont ils bénéficient une brèche qui risquerait de réduire la Convention à l'état de lettre morte.

58. Le *corpus juris gentium* qui assure la sauvegarde des droits de la personne humaine sur le plan international est constitué par des modèles convergents de protection issus du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés⁶⁵. Les droits qui y sont protégés en toutes circonstances ne se réduisent pas aux droits « accordés » par l'Etat; ce sont des droits *inhérents à la personne humaine*, que l'Etat est par conséquent tenu de respecter. Ces droits protégés sont *supérieurs et antérieurs à l'Etat* et doivent donc être respectés par celui-ci, ainsi que par tous les Etats, même en cas de désintégration et de succession. Il a fallu aux générations successives des souffrances et ces sacrifices immenses pour apprendre cette leçon. Le *corpus juris gentium* précité est axé sur les personnes et sur les victimes, et absolument pas sur les Etats.

59. La convention de 1948 sur le génocide est *axée sur les personnes* et non centrée sur les Etats: elle est centrée sur les groupes humains qu'elle entend protéger. Comme le montre l'histoire contemporaine, en cas de dissolution d'un Etat, les populations locales concernées deviennent particulièrement vulnérables; c'est à ce moment précis où elles ont le plus besoin de la protection offerte par les traités relatifs aux droits de l'homme, parmi lesquels la convention sur le génocide (à laquelle leur Etat est partie). Le fait est que le *corpus juris gentium* de la protection internationale des droits de la personne humaine, essentiellement axé sur les victimes, a été constitué et consolidé au fil des dernières décennies (sur près de soixante-dix ans) pour être mis au service des humains considérés individuellement (comme par la convention sur le statut des réfugiés de 1951, le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965) ou collectivement (comme par la convention sur le génocide de 1948, qui protège des « groupes »).

60. Ce *corpus juris gentium*, qui constitue, à mon avis, l'acquis le plus important de la pensée juridique internationale du XX^e siècle, doit être à l'abri des vicissitudes de la succession d'Etats. La population — qui est le

⁶⁵ Voir A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario — Aproximaciones y Convergencias*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), 2000, p. 1-66.

plus précieux des éléments constitutifs de l'Etat — ne devrait pas être exposée à ces vicissitudes quand une succession d'Etats s'accompagne des pires violences. C'est dans ces situations de désintégration de l'Etat que la population concernée a le plus grand besoin d'être protégée, notamment par les conventions qui se trouvent au cœur du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés.

61. C'est aller contre la lettre et l'esprit de ces conventions que de prétendre retirer à des humains considérés individuellement ou collectivement la protection qu'elles leur assurent et de les rendre de ce fait extrêmement vulnérables, voire sans défense. De plus, avec la convention sur le génocide, nous nous trouvons non seulement dans le domaine du droit international conventionnel, mais aussi dans celui du droit international général ou coutumier. Comme la Cour le soulignait judicieusement dans son avis consultatif de 1951, les principes qui sont à la base de la convention sur le génocide «oblig[ent] les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel»⁶⁶. Et il ne saurait en être autrement, car, selon moi, la *conscience juridique universelle* est la source *matérielle* ultime du droit international, du *jus gentium*⁶⁷.

62. C'est en vérité aux époques de désintégration violente de l'Etat — comme celle qu'a connue l'ex-Yougoslavie — que les individus et les groupes humains ont le plus grand besoin de protection. Il importe de rappeler que les Etats existent pour les humains et non le contraire. Priver les humains de la protection internationale quand ils en ont le plus besoin saperait les fondements mêmes du droit international contemporain, tant conventionnel que coutumier, et ferait abstraction du *principe d'humanité* qui imprègne ce droit. Je me permets ici de réaffirmer que le *corpus juris gentium* de la protection des humains en toutes circonstances est essentiellement axé sur les victimes, tandis que le régime de la succession d'Etats est inextricablement et strictement centré sur l'Etat.

63. Il ne faut surtout pas laisser ce régime de la succession d'Etats prévaloir en cas de désintégration violente d'un Etat, car ce serait introduire une discontinuité dans la protection au moment où celle-ci est le plus nécessaire. La succession automatique à la convention sur le génocide est un *impératif d'humanité*. Le *corpus juris gentium* de la protection de la personne humaine garantit des droits qui sont *antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat*. Ces droits sont énoncés, entre autres instruments, dans les grandes conventions des Nations Unies (les deux pactes internationaux de 1966; les conventions internationales sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1965 et 1979; la convention contre la torture de 1984; et la

⁶⁶ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.*

⁶⁷ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd. rév., Leyde/La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2013, chap. VI, p. 139-161.

convention relative aux droits de l'enfant de 1989). De plus, au cours des dernières décennies, la doctrine juridique internationale s'est efforcée d'identifier un *noyau dur* de droits de l'homme universels ne souffrant aucune dérogation et n'admettant aucune restriction, à savoir les droits fondamentaux à la vie et à l'intégrité physique et l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

64. Le droit international contemporain est particulièrement sensible à l'impérieuse nécessité de traiter les personnes avec humanité en toutes circonstances, et par conséquent de proscrire les traitements inhumains pour l'ensemble de l'humanité, de façon à garantir la protection de tous, et à plus forte raison de ceux qui se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité. L'*humanité* doit guider les comportements humains en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de troubles et de conflit armé. Le *principe d'humanité* imprègne tout le *corpus juris* de la protection de la personne humaine, comme le montre la proximité ou la convergence de ses branches simultanément distinctes et complémentaires (à savoir le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés); et ce principe se manifeste aussi bien au plan herméneutique qu'aux plans normatif et opérationnel⁶⁸.

2. Le principe d'humanité au sens large

65. Selon moi, le principe d'humanité doit être entendu au sens large: il s'applique dans les circonstances les plus différentes, en temps de conflit armé comme en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et toutes les personnes relevant de la juridiction de l'Etat concerné. Ce principe est d'autant plus important que ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité ou plus grande adversité, voire *sans défense*, ainsi qu'on le voit dans les dispositions pertinentes des traités constituant le droit international des droits de l'homme⁶⁹.

66. La Charte elle-même proclame la volonté des Nations Unies de faire respecter les droits de l'homme partout dans le monde. Adoptée pendant l'un des rares moments de lucidité du siècle dernier, elle déclare dès son préambule:

«Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre ..., à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ..., à créer les conditions nécessaires

⁶⁸ Voir, par exemple, sur ce point A. A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario — Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. supra note 65, p. 1-66.

⁶⁹ Voir, par exemple, au niveau des Nations Unies, la convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, art. 17, par. 1; la convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, art. 37, litt. b). Des dispositions similaires se trouvent dans les traités relatifs aux droits de l'homme conclus au niveau des organisations régionales, comme la convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 5, par. 2) et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 5).

au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ..., avons décidé d'associer nos efforts pour réaliser ces desseins.»

67. Et la Charte d'inclure, parmi les buts des Nations Unies, ceux de résoudre les problèmes d'ordre humanitaire et de développer et encourager le respect des droits de l'homme pour tous (art. 1, par. 3). Elle déclare que l'Assemblée générale provoquera des études et fera des recommandations en vue de faciliter à tous la jouissance des droits de l'homme (art. 13, par. 1 *b*)). Elle déclare encore que, «en vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales», les Nations Unies favoriseront «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion» (art. 55, par. *c*)).

68. Il est manifeste que le *principe d'humanité* imprègne le droit des Nations Unies. Il embrasse l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine, composé des branches convergentes du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme et du droit international des réfugiés. Certes, quand on parle du principe d'humanité, on a tendance à le placer dans le cadre du droit international humanitaire. Ainsi, il ne fait pas de doute que, dans ce cadre, les civils et les personnes hors de combat doivent être traités avec humanité⁷⁰. Or ce principe est généralement considéré comme étant aussi un principe du droit international coutumier⁷¹.

69. S'inscrivant dans le droit fil de la réflexion sur le droit naturel, le principe d'humanité est une émanation de la conscience humaine qui se projette sur le droit conventionnel et sur le droit international coutumier. Le traitement à accorder aux humains en toutes circonstances devrait respecter le *principe d'humanité*, lequel imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine qui comprend le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, conventionnel aussi bien que coutumier, au plan mondial des Nations Unies comme au plan des organisations régionales. Le principe d'humanité, habituellement invoqué dans le domaine du droit international humanitaire, s'étend ainsi au domaine du droit international des droits de l'homme⁷².

⁷⁰ L'article 3 commun aux quatre conventions et, respectivement, leurs articles 12, par. 1, 13 et 5, et 27, par. 1; et les articles 75, par. 1, et 4, par. 1, respectivement, des protocoles additionnels I et II.

⁷¹ On trouvera une étude approfondie de la question dans *Customary International Humanitarian Law* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), CICR, Genève/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, vol. I, *Rules*, p. 3-621; vol. II, part. I, *Practice*, p. 3-1982; vol. II, part. II, *Practice*, p. 1983-4411.

⁷² Voir à ce sujet le commentaire général n° 31 de 2004 du Comité des droits de l'homme, par. 11; et les commentaires n° 9, par. 3, de 1982 et n° 21, par. 4, de 1992. On se rappellera que, peu après la seconde guerre mondiale, la déclaration universelle des droits

70. Par fidélité à mes idées, j'ai jugé utile de joindre à un certain nombre de décisions de la Cour (et précédemment de la Cour interaméricaine des droits de l'homme) quelques réflexions formulées sur la base du principe d'humanité *lato sensu*. Je l'ai fait, par exemple, aux paragraphes 24-25 et 61 de mon opinion dissidente en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009)*; aux paragraphes 116, 118, 125, 136-139 et 179 de mon opinion dissidente⁷³ en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I))*; et aux paragraphes 67 à 96 et 169 à 217 de ma longue opinion individuelle jointe à l'avis consultatif donné par la Cour le 22 juillet 2010 sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (ibid., p. 403)*. J'ai de même commenté le principe d'humanité au sens large aux paragraphes 93 à 106 et 107 à 142 de ma longue opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond*.

71. La Cour a récemment laissé entendre, à ce qu'il me semble, qu'elle serait disposée à tenir compte du principe d'humanité. Ainsi, lorsqu'elle a décidé dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 18 juillet 2011 en l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* d'instituer, entre autres mesures, une zone démilitarisée provisoire autour du temple (qui fait partie du patrimoine culturel et spirituel mondial) et de ses abords, elle a étendu sa protection (comme je l'ai signalé aux paragraphes 66 à 113 de mon opinion individuelle), non seulement au territoire en cause, mais encore à ses habitants, conformément au *principe d'humanité* dans le cadre du nouveau *jus gentium* contemporain (par. 114 à 117). Le territoire et ses habitants vont de pair.

72. Plus tard, dans la récente affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)* (arrêt du 16 avril 2013), les Parties ont exprimé elles-mêmes devant la Cour leur préoccupation à l'égard, notamment, des populations nomades ou semi-nomades et donné l'assurance que celles-ci ne seraient pas affectées par le tracé de la frontière. Là encore, j'ai signalé dans mon opinion individuelle (par. 90, 99, 104 et 105) que le *principe d'humanité* semblait avoir guidé la Cour dans son traitement de l'affaire.

de l'homme de 1948 a proclamé que «[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» (article premier).

⁷³ Dans cette longue opinion dissidente, mes idées concernant le principe d'humanité sont exposées plus particulièrement dans les paragraphes 112 à 123 de la partie XII, qui portent sur les humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et sur les écueils du volontarisme étatique; dans les paragraphes 126 à 146 de la partie XIII, qui portent sur l'incidence du *jus cogens*; et dans les paragraphes 178 et 179 des conclusions.

3. Le principe d'humanité dans l'héritage de la pensée jusnaturaliste

73. Il convient peut-être de noter ici que le principe d'humanité s'inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste. Il sous-tend la réflexion classique sur ce qui fait qu'un traitement est humain (plutôt qu'inhumain) et sur les relations sociales, y compris au plan international. Les qualités d'humanité ont pris une importance encore plus grande lorsqu'il s'est agi du traitement à accorder aux personnes *vulnérables*, ou même *sans défense*, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être considéré par ses «pères fondateurs» (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme régissant une communauté internationale constituée par les humains organisés socialement en Etats (qui émergeaient alors) et coïncidant avec l'humanité tout entière, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*.

74. Le *jus gentium* ainsi conçu était inspiré par le principe d'humanité *lato sensu*. La conscience humaine prime sur la volonté des Etats pris individuellement. La personne humaine doit être respectée dans l'intérêt du bien public⁷⁴. Cette conception humaniste de l'ordre juridique international s'inscrivait alors — comme elle le fait aujourd'hui — dans *une perspective axée sur la personne* et privilégiant *les fins d'humanité de l'Etat*. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé sur la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse, particulièrement face à l'indifférence et au pragmatisme du droit d'étatistes «stratégiques», si nombreux dans la profession juridique de nos jours. Le principe d'humanité peut être considéré comme l'expression de la *raison d'humanité* imposant des limites à la *raison d'Etat*⁷⁵.

75. Les Etats, créés par des êtres humains réunis en société, doivent protéger et non opprimer ceux qui relèvent de leur juridiction. C'est là le minimum éthique aujourd'hui universellement requis par la communauté internationale. On ne pouvait guère prévoir que l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948, un jour après l'adoption de la convention sur le génocide, allait être à l'origine d'un processus historique de généralisation de la protection internationale des droits de l'homme à une échelle véritablement universelle⁷⁶. Les Etats sont tenus de protéger l'intégrité de la personne humaine contre la violence systématique et les traitements discriminatoires et arbitraires.

⁷⁴ A. A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte (Brésil), Ed. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

⁷⁵ A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 67, p. 150-152 et 275-285.

⁷⁶ Pendant plus de soixante-dix ans d'une projection historique remarquable, cette déclaration a progressivement acquis une autorité que ses auteurs n'auraient pu envisager. Cela s'explique principalement par le fait que des générations successives d'êtres humains, appartenant à diverses cultures et à toutes les régions du monde, l'ont reconnue comme «l'idéal commun à atteindre» (ce qu'elle avait d'ailleurs été proclamée à l'origine), correspondant à leurs aspirations les plus profondes et les plus légitimes.

76. La notion de droits fondamentaux et inaliénables est profondément ancrée dans la conscience juridique universelle; malgré des variantes dans sa présentation ou dans sa formulation, cette notion est présente dans toutes les cultures et dans l'histoire de la pensée de tous les peuples⁷⁷. La déclaration universelle de 1948 rappelle que «la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité» (deuxième alinéa du préambule); elle affirme qu'«il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression» (troisième alinéa du préambule). De plus, elle considère que «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde» (premier alinéa du préambule).

4. Reconnaissance judiciaire du principe d'humanité

77. Je passerai maintenant, si brièvement que ce soit, à la question de la reconnaissance du principe d'humanité dans la jurisprudence des juridictions internationales contemporaines. Il est incontestable que le principe fondamental d'humanité a été pleinement reconnu sur le plan judiciaire⁷⁸. Cette reconnaissance est manifeste, par exemple, dans la jurisprudence constante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), qui tient que le principe d'humanité s'applique avec encore plus de force lorsqu'une personne se trouve dans une «*situation exacerbée de vulnérabilité*»⁷⁹. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu le 29 avril 2004 par la CIDH en l'affaire relative au *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, j'ai consacré une section entière de mon exposé (partie III, par. 9-23) à la reconnaissance judiciaire du principe d'humanité dans la jurisprudence récente de cette Cour et dans celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

⁷⁷ Voir par exemple A. A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* [Traité de droit international des droits de l'homme], vol. I, 1^{re} édition, Porto Alegre (Brésil), S. A. Fabris Ed., 1997, p. 31-57; et (divers auteurs), *Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy), Strasbourg/Kehl, N. P. Engel Verlag, 1990, p. 45, 57, 103, 138, 143 et 155.

⁷⁸ Voir A. A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, vol. 19 (2008), p. 289-328, en particulier p. 295 et p. 308-316.

⁷⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Maritza Urrutia c. Guatemala*, du 27 novembre 2003, par. 87; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, du 7 juin 2003, par. 96; *Cantoral Benavides c. Pérou*, du 18 août 2000, par. 90; et *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, du 25 novembre 2000, par. 150. Voir aussi une étude plus récente de la question de la protection des personnes vulnérables dans A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)* [La protection des personnes vulnérables comme legs de la deuxième conférence mondiale des droits de l'homme (1993-2013)], Fortaleza (Brésil), IBDH, 2014, p. 13-356.

78. J'y ai fait valoir que la primauté du principe d'humanité était la finalité même et le but ultime du droit et de l'ordre juridique tout entier, national et international, parce que ce principe reconnaît le caractère inaliénable de tous les droits naturels de la personne humaine (*Massacre de Plan de Sánchez*, opinion individuelle, partie III, par. 17). Ce même principe d'humanité — ai-je conclu dans cette opinion individuelle — a également des incidences dans le domaine du droit international des réfugiés, comme le montrent les faits de l'espèce, où étaient en cause des massacres et la pratique par l'Etat d'une politique de la *tierra arrasada* consistant à détruire et à incendier les habitations, qui a entraîné des déplacements massifs de populations (*ibid.*, par. 23).

79. Le TPIY a lui aussi prêté attention au principe d'humanité dans ses décisions, par exemple dans les affaires *Mucić et consorts* (2001) et *Celebići* (1998). Dans son arrêt du 20 février 2001 en l'affaire *Mucić et consorts*, il affirme que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme «procèdent d'un souci de la dignité humaine, qui est à la base d'une série de règles humanitaires fondamentales» (par. 149)⁸⁰.

80. Auparavant, dans son jugement du 16 novembre 1998 en l'affaire *Celebići*, le TPIY avait considéré qu'un *traitement inhumain* était un acte, ou une omission, intentionnel ou délibéré qui cause de graves souffrances mentales ou physiques, ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine; ainsi, ajoutait le TPIY, «les traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité; ils constituent une catégorie dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les Conventions⁸¹». Par la suite, dans son jugement du 3 mars 2000 en l'affaire *Blaškić*, le TPIY a réaffirmé cette position⁸².

81. De même, dans son jugement du 10 décembre 2003 en l'affaire *Obrenović*, le TPIY a déclaré que «la gravité de ce crime contre l'humanité [la persécution] tient à l'odieuse intention discriminatoire qui l'inspire» (par. 65). Rappelant l'opinion qu'il avait exprimée dans son arrêt du 7 octobre 1997 en l'affaire *Erdemović*, il ajoute qu'«en raison de leur ampleur et de leur caractère odieux», les crimes contre l'humanité

«constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité. Ils touchent, ou devraient toucher, par

⁸⁰ En fait, le principe d'humanité peut s'entendre de plusieurs façons: premièrement, on peut voir en lui un principe qui sous-tend l'interdiction du traitement inhumain établie à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949; deuxièmement, il peut être invoqué par référence à l'humanité tout entière, relativement à des questions d'intérêt commun, général et direct; et, troisièmement, il peut servir à qualifier tel ou tel comportement d'«humain».

⁸¹ Jugement, par. 543.

⁸² *Ibid.*, par. 154.

conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent» (par. 65)⁸³.

82. De son côté, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a rappelé, dans son jugement du 2 septembre 1998 en l'affaire *J.-P. Akayesu*, que le concept de crimes contre l'humanité a été reconnu bien avant le tribunal de Nuremberg (1945-1946). La clause Martens y a contribué; en fait, des expressions voisines de celle de «crime contre l'humanité» sont apparues bien plus tôt dans l'histoire pour évoquer le fait que ce genre de crime atteint, au-delà de ses victimes directes, l'humanité dans son ensemble⁸⁴. Le TPIR a également rappelé, dans son jugement du 4 septembre 1998 en l'affaire *J. Kambanda*, que le crime de génocide a, tout au long de l'histoire, infligé de grandes souffrances à l'humanité, et que ses victimes sont non seulement les personnes massacrées, mais également l'humanité elle-même (cela valant aussi bien pour les actes de génocide que pour les crimes contre l'humanité)⁸⁵.

5. Observations finales

83. Pour résumer, il existe dans le droit international contemporain, aussi bien conventionnel que général, une conscience aujourd'hui plus aigüe, à une échelle virtuellement universelle, du principe d'humanité. Les violations graves des droits de l'homme, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, constituent des infractions aux interdictions absolues du *jus cogens*. Le sentiment d'*humanité* imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international contemporain. J'ai qualifié cette évolution de processus historique d'*humanisation* du droit international, notamment au paragraphe 35 de l'opinion concordante que j'ai jointe à l'avis consultatif du 1^{er} octobre 1999 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*. La primauté du principe d'humanité est le but ultime du droit et de l'ordre juridique tant national qu'international.

84. En vertu de ce principe fondamental, toute personne a droit au respect (de son honneur et de ses convictions) du simple fait qu'elle appartient à l'humanité et en toutes circonstances. Parce qu'il s'applique dans les circonstances les plus différentes, en temps de conflit armé comme en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et les personnes relevant de la juridiction de l'Etat considéré, le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine (qui comprend le droit international

⁸³ Ce passage du paragraphe 65 du jugement du TPIY en l'affaire *Obrenović* est en fait repris du paragraphe 21 de l'opinion individuelle commune que les juges McDonald et Vohrah ont jointe à l'arrêt en l'affaire *Erdemović* précitée (1997).

⁸⁴ Jugement, par. 565-566.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 15-16. On trouve un raisonnement similaire dans le jugement du même tribunal en l'affaire *J.-P. Akayesu* précitée et au paragraphe 15 du jugement du 5 février 1999 en l'affaire *O. Serushago*.

humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés)⁸⁶, conventionnel aussi bien que coutumier⁸⁷. Et au-delà, il s'est projeté sur le droit des organisations internationales, et en particulier celui des Nations Unies.

VI. LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE ET LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

1. *Historique de l'adoption de la Convention (article IX)*

85. Je passerai maintenant à la convention sur le génocide de 1948, dont les travaux préparatoires montrent que la responsabilité de l'Etat à raison de violations de ladite convention a été en fait envisagée au cours de la rédaction de ce qui devait devenir l'article IX. Il s'agissait à ce moment-là de compenser certains amendements au projet de convention qui semblaient avoir affaibli des propositions antérieures sur la responsabilité des chefs d'Etat. L'insertion d'une référence à la responsabilité de l'Etat semble aussi avoir été une réponse au rejet, pendant les débats des travaux préparatoires, d'une formule plus vigoureuse de responsabilité de l'Etat pour fait de génocide, qui avait été envisagée dans ce qui était alors le projet d'article V et qui est devenu l'article IV de la Convention.

86. On se rappellera qu'à l'origine le projet d'article X établi par le Comité spécial du génocide ne contenait pas la référence à la responsabilité de l'Etat pour génocide qui devait être insérée ultérieurement dans ce qui devait devenir l'article IX de la Convention⁸⁸. L'article IX de la convention sur le génocide dans sa rédaction actuelle trouve son origine dans un amendement commun proposé par la Belgique et le Royaume-Uni à ce qui était alors l'article X. Le texte de cet amendement commun était le suivant :

« Tout 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, sera soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Haute Partie contractante. »⁸⁹

87. Les motifs qui ont présidé à cette insertion sont exposés dans les comptes rendus analytiques des débats sur l'amendement commun qui

⁸⁶ Voir *supra* par. 58, 60, 64, 69 et 79.

⁸⁷ *Supra* par. 60 et 68-69.

⁸⁸ L'article X du projet de convention rédigé par le Comité spécial du génocide se lisait comme suit :

« Les différends qui s'élèveraient entre les Hautes Parties contractantes concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention seront soumis à la Cour internationale de Justice, sous réserve qu'aucun différend ne sera soumis à la Cour internationale de Justice s'il implique une question qui a été déférée à un tribunal international compétent, est pendante devant ce tribunal, ou a déjà été jugée par lui. » (Nations Unies, doc. E/794, p. 38.)

⁸⁹ Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 1 (les italiques sont de moi).

ont eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le représentant du Royaume-Uni, M. Fitzmaurice, a rappelé que le Royaume-Uni et la Belgique avaient toujours déclaré que la Convention serait incomplète si elle ne traitait pas de la responsabilité des Etats dans les actes de génocide et autres actes punissables énumérés dans la Convention⁹⁰. En opposition à cet amendement, l'URSS et la France avaient proposé un amendement commun qui ne prévoyait pas la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice à l'égard de la Convention, mais envisageait seulement un renvoi facultatif.

88. Le représentant de la France, M. Chaumont, a déclaré ne pas s'opposer au principe de la responsabilité internationale des Etats, du moment qu'il s'agissait de responsabilité non pas d'ordre pénal mais uniquement d'ordre civil⁹¹. Le représentant de l'Egypte, M. Rafaat, a déclaré que sa délégation approuverait la notion de responsabilité civile de l'Etat, à défaut d'une organisation générale de la répression internationale du génocide⁹². Le projet d'amendement s'est cependant heurté à l'opposition de quelques délégations⁹³. En outre, le représentant du Canada, M. Lapointe, a demandé au représentant du Royaume-Uni ce qu'il entendait par « responsabilité d'un Etat » : s'agissait-il de la responsabilité civile ou de la responsabilité pénale ou des deux à la fois, sachant que, lors de la discussion de l'article V à sa 93^e séance, la Commission avait rejeté l'idée de la responsabilité pénale de l'Etat⁹⁴. Le représentant de la Bolivie, M. Medeiros, a secondé l'amendement du Royaume-Uni et de la Belgique, qu'il estimait nécessaire⁹⁵.

⁹⁰ Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 430.

⁹¹ *Ibid.*, p. 431.

⁹² *Ibid.* Le représentant de la Grèce, M. Spiropoulos, s'est interrogé sur la notion de responsabilité de l'Etat, étant donné que, dans nombre de cas, on aboutirait à la situation suivante : l'Etat responsable du génocide devrait indemniser ses propres ressortissants, alors qu'en droit international le vrai titulaire d'un droit, c'est l'Etat et non les particuliers ; l'Etat s'indemniserait donc lui-même (*ibid.*, p. 433).

⁹³ Le représentant des Philippines, M. Ingles, a rappelé l'hostilité de sa délégation à toute responsabilité pénale de l'Etat (comme il l'avait fait au sujet de l'article V) ; il a fait valoir que, si l'amendement commun ne précisait pas qu'il s'agissait de responsabilité pénale, il était permis de l'induire de la nature même de la Convention, dont l'objet était la répression du génocide. Enfin, il a refusé d'accepter l'idée qu'on stigmatise un Etat tout entier pour des actes dont, seuls, ses gouvernants ou ses fonctionnaires étaient responsables, et non l'Etat lui-même, dont la responsabilité ne peut se concevoir (*ibid.*, p. 433). Le représentant du Pakistan a dit douter de l'opportunité d'introduire la responsabilité de l'Etat dans un instrument international qui portait uniquement sur une matière criminelle ; il préférerait à l'expression « responsabilité d'un Etat » les termes employés dans l'article V visant les gouvernements constitutionnellement responsables (*ibid.*, p. 438). Le représentant de l'URSS a soutenu que le projet d'amendement commun n'était qu'une tentative pour soumettre, sous une autre forme, un amendement à l'article V et introduire l'idée de la responsabilité pénale des Etats dans les actes de génocide (*ibid.*, p. 441).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 438-439. Le représentant du Royaume-Uni lui a répondu que la responsabilité envisagée dans l'amendement commun était la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la Convention et qu'il s'agissait d'une responsabilité civile et non pénale.

⁹⁵ « D'autant plus nécessaire que la Commission a refusé [à sa 97^e séance] d'accepter le principe d'une juridiction internationale » (*ibid.*, p. 439).

89. De son côté, la délégation haïtienne a proposé une addition consécutive à l'amendement commun précité, qui ajouterait à la fin du texte les mots «ou de toutes victimes du crime de génocide (groupes ou individus)». Cet amendement s'est heurté à l'opposition de quelques délégations, qui ont fait valoir qu'il imposerait de modifier le Statut de la CIJ. En revanche, le représentant syrien a considéré qu'il n'était nullement contraire au Statut de la Cour, rien n'empêchant en effet, selon lui, que, les Etats signataires confient également aux individus et aux groupes le soin de saisir la Cour des cas de génocide dont ils auraient été victimes. A l'appui de sa proposition, la délégation haïtienne a notamment affirmé que l'Etat coupable ne pouvait être responsable civilement qu'envers les victimes du crime de génocide, et qu'il serait illogique que l'Etat demandeur exige des dommages-intérêts sans que les victimes elles-mêmes en bénéficient⁹⁶.

90. Quelques délégations, dont celles de l'URSS et de la Pologne, se sont déclarées préoccupées par un amendement qui renvoyait devant la Cour internationale de Justice des différends relatifs à la responsabilité des Etats aux termes de la convention sur le génocide. Elles craignaient que le projet d'article X (dans la formulation proposée) n'ait pour but d'empêcher un Etat de soumettre une plainte pour génocide à l'Assemblée générale⁹⁷ ou au Conseil de sécurité. Le représentant du Royaume-Uni a répondu que le fait de soumettre à la Cour internationale de Justice une affaire de génocide ne saurait empêcher le renvoi des cas de génocide devant l'un des organes compétents des Nations Unies⁹⁸. Il a conclu qu'il était indispensable, pour faire effectivement respecter la convention sur le génocide, de prévoir que la Cour internationale de Justice serait compétente en matière de responsabilité des Etats pour les violations de ladite Convention, compte tenu en particulier du fait que, du point de vue pratique, il était extrêmement difficile de traduire en justice des gouvernants et des chefs d'Etat⁹⁹.

91. L'amendement commun a été adopté par 23 voix contre 13, avec 8 abstentions¹⁰⁰. L'article X ancien, avec d'autres amendements, a été adopté par 18 voix contre 2, avec 15 abstentions; il se lisait comme suit :

«Tout 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

⁹⁶ Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 436.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 444.

⁹⁸ *Ibid.* En réponse à l'argument voulant qu'il serait inutile de soumettre les cas de génocide à la CIJ car celle-ci agirait trop tard, le représentant du Royaume-Uni a fait observer que les actes de génocide ne se produisaient généralement pas subitement mais étaient progressifs, et que, si un génocide était en voie de perpétration, toute partie à la Convention pouvait en saisir la CIJ.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 447.

Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»¹⁰¹

Cette version de l'ancien article X est devenue, après avoir subi quelques modifications mineures, l'article IX définitif de la convention sur le génocide, qui se lit comme suit :

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, 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. »

2. *Raison d'être, but et objet de la Convention*

92. L'établissement de la responsabilité de l'Etat aux termes de la convention sur le génocide est solidement fondé non seulement parce qu'il répond à l'intention des rédacteurs de la Convention, comme il ressort de ses travaux préparatoires (*supra*), mais encore parce qu'il correspond à la raison d'être, au but et à l'objet de ladite Convention. Aujourd'hui, soixante-six ans après son adoption, la Convention compte 146 Etats parties; et les Etats qui n'y ont pas encore adhéré ou ne l'ont pas encore ratifiée savent que l'interdiction du génocide fait également partie du droit international général ou coutumier. Elle n'est pas remise en question par les aléas de la souveraineté de l'Etat ou les vicissitudes de la succession d'Etats; c'est une interdiction absolue qui relève du *jus cogens*.

93. La convention sur le génocide entend prévenir et réprimer le crime de génocide — qui est contraire à l'esprit et aux buts des Nations Unies — afin de délivrer l'humanité d'un fléau aussi abominable. Six décennies et demie après son adoption, on en sait beaucoup plus sur ce crime odieux. Dans plusieurs branches du savoir humain, les études sur le génocide se sont constituées en discipline autonome, tout en s'inscrivant dans une perspective multidisciplinaire (voir ci-après la partie XI). Ces études ont montré que, dans l'histoire moderne, des génocides ont été commis en exécution de politiques d'Etat.

94. Essayer de soustraire les Etats à l'application de la convention sur le génocide risque d'aboutir à ce que, vidée de son sens, celle-ci devienne lettre morte; cela finirait aussi par créer une situation où les crimes exorbitants de certains Etats, équivalents au génocide, resteraient impunis — d'autant plus qu'il n'existe pas actuellement de convention internationale sur les crimes contre l'humanité. Le génocide est en fait un crime exorbitant commis sous la direction ou avec la complicité bienveillante de l'Etat

¹⁰¹ Nations Unies, doc. A/C.6/269, p. 1. Voir aussi l'article IX définitif, Nations Unies, doc. A/760, p. 11-12.

et de son appareil¹⁰². Contrairement à ce que croyait le Tribunal de Nuremberg dans son célèbre jugement (partie 22, p. 447), les Etats ne sont pas des «entités abstraites»; ils ont participé concrètement, avec des exécuteurs qui sont des individus (leurs ressources prétendent «humaines», agissant au nom de l'Etat), à des actes de génocide en divers lieux et à divers moments de l'histoire.

95. C'est ensemble que les individus et les Etats portent la responsabilité de ces actes odieux. Dans ce contexte, la responsabilité des individus et celle de l'Etat sont complémentaires l'une de l'autre. Pour résumer, en matière d'interprétation et d'application de la convention sur le génocide, on ne peut se dispenser d'établir la responsabilité de l'Etat. Lorsqu'elle est appelée à statuer sur une affaire comme la présente espèce (*Croatie c. Serbie*), la CIJ devrait garder à l'esprit l'importance que revêt la Convention en tant que traité fondamental relatif aux droits de l'homme, avec toutes les implications et les conséquences juridiques que cela emporte. Elle devrait aussi garder à l'esprit le caractère historique de la Convention aux yeux de l'humanité.

VII. CRITÈRES D'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME

96. La jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme revêt une importance cruciale pour ce qui est d'établir la responsabilité des Etats (plutôt que des individus) dans les graves violations des droits de l'homme, et elle ne saurait être passée sous silence dans une affaire comme celle-ci (*Croatie c. Serbie*). Elle ne peut donc être ignorée par la CIJ dans la mesure où, comme les juridictions internationales des droits de l'homme, elle est appelée à se prononcer sur la responsabilité de l'Etat et non sur la responsabilité (pénale) d'individus.

1. Question émanée d'un membre de la Cour: l'évolution de la jurisprudence en la matière

97. Or, au cours de la procédure orale en la présente espèce, les Parties n'ont évoqué que la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux (qui traitent de la responsabilité *individuelle*), jusqu'à ce qu'à l'audience du 5 mars 2014 j'estime devoir leur poser à toutes deux la question suivante, qui portait aussi sur la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme:

«Ma question concerne la responsabilité pénale internationale des personnes ainsi que celle des Etats en matière de génocide. Jusqu'à

¹⁰² Selon les témoignages d'experts recueillis par le TPIY, dans l'affaire *Milošević* par exemple, l'histoire montre que les autorités de l'Etat sont toujours responsables d'un processus génocidaire (voir ci-après la partie XIII du présent exposé de mon opinion dissidente).

maintenant, il n'a été fait référence qu'à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux (TPIY et TPIR), laquelle ne concerne que la responsabilité individuelle en droit pénal international. A votre avis, la jurisprudence des tribunaux internationaux chargés de la protection des droits de l'homme doit-elle être considérée comme pertinente en ce qui concerne la responsabilité internationale des Etats en matière de génocide, du point de vue du critère d'établissement de la preuve et de l'attribution?»¹⁰³

Dès lors, la Croatie et la Serbie ont commencé à évoquer également, comme il se devait, la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme¹⁰⁴, pour qui l'établissement de la responsabilité de l'Etat est une question pertinente.

98. Outre les arguments présentés par les Parties au cours des audiences en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, il existe un volume considérable d'informations pertinentes sur l'établissement de la preuve (et le renversement de la charge de la preuve) qu'il importe d'exploiter ici. Il s'en trouve notamment dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), et en particulier dans les affaires révélant une campagne de violations flagrantes, systématiques et généralisées des droits de l'homme, pour lesquelles la CIDH a eu recours à des présomptions de fait.

99. De surcroît, la CIDH a jugé que c'est à l'Etat mis en cause qu'il incombe de produire les éléments de preuve, étant donné d'une part que le demandeur est mal placé pour les obtenir et d'autre part que le mis en cause y a accès. Il existe également des indications en ce sens dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Vu la pertinence de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme pour l'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat, on ne saurait l'ignorer dans l'examen de l'espèce, dans la mesure où la question primordiale du critère d'établissement de la preuve est concernée. Je vais par conséquent la passer en revue.

2. Jurisprudence de la CIDH

a) *Affaires révélant un ensemble de violations graves et systématiques des droits de l'homme*

100. La jurisprudence de la CIDH est particulièrement riche d'enseignements sur le critère d'établissement de la preuve dans des affaires qui mettent en évidence un ensemble de violations graves et systématiques des droits de l'homme. Dans son arrêt du 7 juin 2003 en l'affaire *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, par exemple, la CIDH a d'abord constaté l'existence dans

¹⁰³ Question posée par le juge Cançado Trindade, CR 2014/8, p. 59.

¹⁰⁴ Voir les réponses de la Croatie, CR 2014/12, p. 44, par. 20; et CR 2014/20, p. 14-16, par. 8-9; voir la réponse de la Serbie, CR 2014/23, p. 50-52, par. 27-36.

l'Etat mis en cause, pendant les années 1980 et au début des années 1990, d'une campagne systématique de détentions arbitraires, de disparitions forcées et d'exécutions sommaires ou extrajudiciaires par les forces militaires (CIDH, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, arrêt du 7 juin 2003, par. 70 1) et 96-97), à laquelle appartient le cas d'espèce (*ibid.*, par. 80).

101. La CIDH en a *déduit*, alors même que faisaient défaut les preuves directes, que la victime avait subi des traitements cruels et inhumains pendant sa détention (*ibid.*, par. 98)¹⁰⁵, avant que sa dépouille ne fût découverte. Les faits étaient survenus en effet à l'époque de cette campagne de mauvais traitements, torture et exécutions sommaires, ce qui a conduit la CIDH à présumer la responsabilité de l'Etat dans ces violations lorsque les victimes se trouvaient sous la garde des agents dudit Etat (*ibid.*, par. 99)¹⁰⁶. Dans ces conditions, a conclu la CIDH, il appartenait à l'Etat mis en cause de fournir des explications crédibles de ce qui était arrivé à la victime (*ibid.*, par. 100 et 135).

102. On peut rappeler ici d'autres décisions pertinentes de la CIDH¹⁰⁷. Dans son arrêt du 1^{er} juillet 2006 en l'affaire des *Massacres d' Ituango c. Colombie*, par exemple, la CIDH, ayant conclu que la municipalité en question avait été le théâtre de massacres systématiques commis par des groupes paramilitaires en 1996-1997, en a imputé la responsabilité à l'Etat par « omission, acquiescement ou collaboration » des forces publiques (par. 132).

103. La CIDH a conclu en outre que les agents de l'Etat étaient « parfaitement au courant » des activités par lesquelles ces groupes paramilitaires terrorisaient la population locale et que, loin de protéger cette dernière, ils s'abstenaient de le faire, allant même jusqu'à participer à une incursion armée dans la municipalité et au meurtre d'habitants par lesdits groupes (*ibid.*, par. 133 et 135). Dans un tel contexte de violence systématique, la responsabilité de l'Etat mis en cause était engagée à raison des graves violations des droits des victimes reconnus par la convention américaine relative aux droits de l'homme (*ibid.*, par. 136-138).

104. Dans son arrêt du 15 septembre 2005 en l'affaire du *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, la CIDH a fait d'abord observer que, bien que les meurtres en cause eussent été commis à la mi-juillet 1997 par des membres de groupes paramilitaires,

¹⁰⁵ Voir aussi à ce sujet l'arrêt du 25 novembre 2000 de la CIDH en l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, par. 150; l'arrêt du 18 août 2000 en l'affaire *Cantoral Benavides c. Pérou*, par. 83-84 et 89; et l'arrêt du 19 novembre 1999 en l'affaire *Enfants des rues (Villagrán Morales et consorts) c. Guatemala*, par. 162.

¹⁰⁶ Voir aussi, dans le même sens, *op. cit. supra* note 105, les arrêts de la CIDH dans les affaires *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, par. 152-153; et *Enfants des rues (Villagrán Morales et consorts) c. Guatemala*, par. 170.

¹⁰⁷ L'arrêt du 26 septembre 2006 de la CIDH en l'affaire *Almonacid Arellano et consorts c. Chili* (par. 96 et 103-104) offre un autre exemple de présomption d'exécution sommaire ou extrajudiciaire obtenue *par déduction*, dans un contexte de crimes contre l'humanité généralisés et systématiques qui, pendant la période allant de 1973 à 1990, ont fait des milliers de victimes dans la « population civile » du Chili.

«la préparation et l'exécution du massacre n'auraient pu avoir lieu sans la collaboration, l'acquiescement et la tolérance, manifestés par divers actes et omissions, des membres des Forces armées de l'Etat, y compris leurs officiers supérieurs, dans les zones concernées. Certes, la Cour ne dispose pas de preuves documentaires prouvant que l'Etat a ordonné directement de commettre ce massacre ou qu'il existait une relation de subordination entre l'Armée et les groupes paramilitaires, ou une délégation de mission de service public de la première aux secondes.» (CIDH, *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, arrêt du 15 septembre 2005, par. 120.)

105. La CIDH a imputé ensuite à l'Etat mis en cause la conduite tant de ses propres agents que des membres des groupes paramilitaires dans les zones qui se trouvaient «sous le contrôle de l'Etat». L'incursion des groupes paramilitaires, poursuit la CIDH, a été préparée pendant plusieurs mois et exécutée «au su et au vu des forces armées, avec leur aide logistique et leur collaboration»; les forces armées ont facilité le transport des groupes paramilitaires depuis Apartadó et Neclocí jusqu'à Mapiripán «à travers des zones qui étaient sous leur contrôle» et, de surcroît, ont «laissé la population civile sans défense pendant les journées du massacre sous le prétexte fallacieux de déplacer leurs troupes vers d'autres localités» (*ibid.*).

106. La «collaboration des membres des Forces armées avec les paramilitaires» a pris la forme d'un ensemble d'«actes et omissions graves» qui avaient pour but de faciliter la perpétration du massacre et la dissimulation ultérieure des faits de façon à garantir «l'impunité aux responsables [du massacre]» (*ibid.*, par. 121). La CIDH précise que les autorités de l'Etat qui étaient informées de l'intention des groupes paramilitaires de commettre un massacre en vue de terroriser la population avaient «non seulement collaboré aux préparatifs» de ce massacre, mais encore prétendu devant l'opinion publique qu'il avait été commis «à leur insu et sans aucune participation ni tolérance de leur part» (*ibid.*).

107. Après avoir écarté cette prétention et mis en évidence les liens entre les Forces armées et les groupes paramilitaires dans l'exécution du massacre, la CIDH a conclu que «la responsabilité internationale de l'Etat [était] engagée du fait d'un ensemble d'actes et d'omissions d'agents de l'Etat et de particuliers qui [avaient] été commis de façon coordonnée, parallèle ou organisée en vue de perpétrer ledit massacre» (*ibid.*, par. 123).

108. Dans son arrêt du 22 septembre 2006 en l'affaire *Goiburú et consorts c. Paraguay*, la CIDH a fait observer que ladite affaire présentait «une transcendance historique particulière» parce que les faits en cause s'étaient produits «dans un contexte de pratique systématique de la détention arbitraire, de la torture, des exécutions et des disparitions par les services de sécurité et de renseignement de la dictature d'Alfredo Stroessner, et cela dans le cadre de l'opération Condor» (par. 62).

109. Cela signifie que ces faits participaient de la répression flagrante, massive et systématique à laquelle était soumise la population, à une échelle interétatique; en réalité, les services de sécurité des Etats concer-

nés avaient été chargés par leurs gouvernements de mener une action coordonnée à travers les frontières contre leurs populations (CIDH, *Goi-burú et consorts c. Paraguay*, arrêt du 22 septembre 2006, par. 62). La CIDH en a conclu que le contexte dans lequel les faits en question s'étaient produits engageait et mettait en cause la responsabilité de l'Etat, pour manquement à son obligation de respecter et garantir les droits reconnus aux articles 4, 5, 7, 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme (*ibid.*, par. 63).

110. Selon la CIDH, les cas de détention illégale et arbitraire ou d'enlèvement, de torture et de disparition forcée étaient «le produit d'une opération de renseignement policier» organisée, exécutée et dissimulée par les fonctionnaires de la police nationale «au su et sur ordre des plus hautes autorités du gouvernement du général Stroessner, et, au moins pendant les phases initiales de planification des détentions ou des enlèvements, en étroite collaboration avec les autorités argentines» (*ibid.*, par. 87). Tel était le mode opératoire de la pratique systématique et prouvée de la détention illégale et arbitraire, de la torture et de la disparition forcée à l'époque des faits, dans le cadre de l'opération Condor (*ibid.*).

111. La CIDH a dénoncé en outre l'impunité générale dont jouissaient les auteurs de ces graves violations des droits de l'homme et qui empêchait de protéger ces droits. Elle a rappelé l'obligation générale de respecter les droits reconnus dans la Convention américaine des droits de l'homme et d'en garantir l'exercice (art. premier, par. 1), obligation générale dont procède celle d'enquêter sur les violations des droits ainsi garantis.

112. C'est pourquoi la CIDH a dit considérer que, dans les affaires d'exécution extrajudiciaire, de disparition forcée et d'autres graves violations des droits de l'homme, la réalisation d'office et sans délai d'une enquête constituait un élément fondamental pour la garantie des droits menacés, tels que les droits à la vie, à l'intégrité de sa personne et à la liberté (*ibid.*, par. 88). Dans l'espèce en cause, le fait qu'aucune enquête n'ait été diligentée sur les faits constituait, pour la CIDH, un facteur déterminant d'une pratique de violations systématiques des droits de l'homme et favorisait l'impunité des responsables de ces violations (*ibid.*, par. 90).

b) *Affaires dans lesquelles la charge de la preuve pèse sur l'Etat mis en cause, étant donné la difficulté pour le demandeur d'obtenir des éléments de preuve*

113. Dans son arrêt du 29 juillet 1988 en l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, la CIDH s'est penchée sur la question des critères d'établissement de la preuve, en commençant par prendre acte de la prérogative reconnue aux juridictions internationales d'apprécier *librement* les éléments de preuve produits (par. 127). Elle a fait observer que, «pour une juridiction internationale, les critères d'établissement de la preuve sont moins formels que pour les systèmes judiciaires nationaux» (*ibid.*, par. 128). Elle s'est dite consciente qu'il est «particulièrement grave» d'imputer à un Etat partie à la convention américaine relative aux droits de l'homme des violations

de ces droits, telles que des disparitions forcées (CIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, par. 129); cela étant, les preuves directes, testimoniales ou documentaires, ne sont pas les seules sur lesquelles elle puisse s'appuyer. La preuve indiciare et la présomption peuvent aussi être prises en compte, dès lors que la CIDH peut «en déduire des conclusions cohérentes» sur les faits (*ibid.*, par. 130).

114. Les preuves indiciaires, poursuit la CIDH dans ce même arrêt, peuvent revêtir une importance particulière dans des affaires de graves violations des droits de l'homme telles que les affaires de disparition forcée, caractérisées par la volonté d'éliminer «tout indice susceptible de révéler un enlèvement ou le sort des victimes ou le lieu où elles se trouvent» (*ibid.*, par. 131). La CIDH rappelle ensuite qu'«il ne faut pas confondre [la protection internationale des droits de l'homme] et la justice pénale», puisque les Etats ne comparaissent pas devant elle comme sujets d'une action pénale (*ibid.*, par. 134).

115. Le but visé par le droit international des droits de l'homme, continue la CIDH, n'est pas de sanctionner les auteurs de violations de ces droits, mais de réparer le préjudice causé aux victimes par les actions de l'Etat responsable (*ibid.*). Dans les procès pour violations des droits de l'homme, «la défense de l'Etat ne saurait reposer sur l'impossibilité pour le demandeur de faire valoir des preuves qui, dans de nombreux cas, ne peuvent être obtenues sans la coopération de l'Etat lui-même» (*ibid.*, par. 135), car c'est lui qui est «le mieux équipé pour clarifier les faits survenus sur son territoire» (*ibid.*, par. 136)¹⁰⁸.

3. Jurisprudence de la CEDH

116. Comme celle des autres juridictions internationales des droits de l'homme, la jurisprudence de la CEDH repose sur le principe de la *liberté* d'appréciation de la preuve. Depuis quelques années, la démarche suivie par la CEDH se rapproche de celle de la CIDH (*supra*). Ainsi, pendant les premières décennies de son existence et jusqu'à la fin des années 1990, la CEDH a régulièrement invoqué le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable»; mais son interprétation n'en faisait absolument pas un critère aussi exigeant que celui du droit pénal national, en particulier dans les juridictions de *common law*. Le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable», appliqué par la CEDH, s'entendait en un sens *sui generis*, dérivé de la convention européenne des droits de l'homme, et certainement moins rigoureux que celui que les tribunaux pénaux nationaux appliquent à la recevabilité des preuves.

¹⁰⁸ Au paragraphe 134 de son arrêt du 23 juin 2005 en l'affaire *Yatama c. Nicaragua*, la CIDH a jugé utile de rappeler une fois de plus que, dans les affaires portées devant une juridiction internationale des droits de l'homme, il peut très bien arriver que le demandeur se trouve dans l'impossibilité de produire des éléments de preuve «qu'il ne peut obtenir qu'avec la coopération» de l'Etat mis en cause.

117. C'est du banc de la CEDH elle-même, sous la forme d'opinions dissidentes de certains de ses juges, par exemple dans les affaires *Labita c. Italie* (arrêt du 6 avril 2000) et *Veznedaroglu c. Turquie* (arrêt du 11 avril 2000), que sont issues les premières critiques du niveau trop élevé du critère d'établissement de la preuve alors requis par la CEDH. Les juges dissidents ont fait valoir que c'était imposer aux victimes de graves violations de leurs droits une charge de la preuve impossible à supporter que d'attendre d'elles qu'elles prouvent leurs allégations «au-delà de tout doute raisonnable»; un tel critère de la preuve, applicable uniquement à la «culpabilité pénale», ne s'applique pas à d'«autres domaines d'enquête judiciaire», où «le critère de la preuve devrait être proportionné au but visé par la recherche de la vérité»¹⁰⁹.

118. Dans l'opinion commune en partie dissidente qu'ils ont jointe à l'arrêt de la CEDH en l'affaire *Labita c. Italie*, les juges Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall et Zupančič ont fait valoir à juste titre que le critère d'évaluation de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» serait «inadéquat, voire incohérent ou même impossible à utiliser», quand les autorités de l'Etat en cause vont jusqu'à s'abstenir d'identifier les auteurs des graves violations alléguées par les requérants. Ce critère aboutirait, selon ces juges, à limiter indûment la responsabilité de l'Etat. Toujours selon eux, «lorsque les événements litigieux ne peuvent être connus que des autorités ... [o]n peut même considérer alors que la charge de la preuve repose entre les mains des autorités...» (CEDH, *Labita c. Italie*, arrêt du 6 avril 2000, par. 1.)

119. Les juges dissidents poursuivent en opinant que la charge de la preuve qui repose sur le requérant se trouve allégée lorsque les autorités «n'ont pas mené des enquêtes [effectives] dont les résultats puissent être connus de la Cour». Et d'ajouter :

«Il convient enfin de rappeler que le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» est employé dans certains systèmes juridiques, pour les affaires criminelles; or, la Cour est appelée non pas à juger de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu ni à sanctionner les auteurs d'une violation, mais à en protéger les victimes et à réparer les préjudices causés par les actions de l'Etat responsable: le test, la méthode et le niveau de preuve au regard de la responsabilité au titre de la Convention diffèrent de ceux applicables dans les divers systèmes nationaux pour ce qui est de la responsabilité des individus en matière d'infractions pénales.» (*Ibid.*)

120. Ainsi, la nature même de certaines affaires de graves violations des droits de l'homme portées devant la CEDH a mis en évidence qu'un critère d'établissement de la preuve trop exigeant ou trop élevé est déraisonnable quand l'Etat mis en cause exerce un entier contrôle sur les élé-

¹⁰⁹ CEDH, *Veznedaroglu c. Turquie*, arrêt du 11 avril 2000, requête n° 32357/96, opinion en partie dissidente de M. Bonello, par. 12-14.

ments de preuve ou possède une connaissance exclusive des faits, et que les victimes présumées se trouvaient dans une situation de grande vulnérabilité ou sans défense. Comme la CIDH, la CEDH a accepté de transférer, chaque fois que nécessaire, la charge de la preuve à l'Etat mis en cause et de procéder par déduction à partir d'indices et de présomptions de fait, dans l'intérêt de l'équité de la procédure et à la lumière du principe de l'égalité des armes.

121. Dans son arrêt du 18 septembre 2009 en l'affaire *Varnava et autres c. Turquie*, la CEDH a expressément reconnu que, même si l'on part du critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable», il existe des situations où ce critère ne doit pas être appliqué trop rigoureusement et où il se prête à un assouplissement (par. 182). Lorsque les éléments en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, toute blessure, mort ou disparition survenue quand la victime était sous le contrôle des autorités donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse alors sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante (CEDH, *Varnava et autres c. Turquie*, arrêt du 18 septembre 2009, par. 183). Il en est de même quand des personnes sont trouvées blessées ou mortes dans une zone sous le contrôle des seules autorités de l'Etat, les événements en cause étant alors connus exclusivement de ces autorités (*ibid.*, par. 184).

4. Analyse générale

122. Comme je l'ai montré dans le présent exposé de mon opinion dissidente, les juridictions internationales des droits de l'homme n'appliquent pas un critère exigeant ou élevé d'établissement de la preuve dans les affaires de graves violations des droits de l'homme; conscientes de la difficulté de produire les preuves voulues, elles ont eu recours aux présomptions de fait et procédé par déduction, et elles sont allées jusqu'à renverser le fardeau de la preuve. La CIDH procède ainsi depuis le début de sa jurisprudence et la CEDH s'y est mise plus récemment. Ces deux Cours pratiquent la libre appréciation des preuves.

123. Le critère qu'elles appliquent est assurément moins exigeant que le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» des tribunaux pénaux nationaux. Tel est le cas, et à juste titre, dans les affaires de violations flagrantes, systématiques et généralisées des droits de l'homme, où elles s'estiment tenues de procéder encore plus énergiquement par présomptions et déductions, et cela dans l'intérêt ultime des victimes en quête de justice. Cette importante question commence à susciter l'intérêt de la doctrine et des auteurs¹¹⁰.

¹¹⁰ Pour des études récentes sur le sujet, voir, en ce qui concerne la CIDH, A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3^e éd., Belo Horizonte (Brésil), Ed. Del Rey, 2013, p. 60-79 et 137-142; et en ce qui concerne la CEDH, M. O'Boyle et N. Brady, «Investigatory Powers of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 4, 2013, p. 378-391.

124. Il est à regretter que la Cour n'ait tenu compte d'aucune de ces récentes évolutions de la jurisprudence dans le présent arrêt. A mon avis, elle pouvait et devait le faire, car ce sujet a été traité par les Parties dès le moment où, à l'audience, je leur ai adressé à toutes deux la question mentionnée au paragraphe 97 ci-dessus. La Cour a préféré s'en tenir à un critère d'établissement de la preuve exigeant et élevé en la présente affaire *Croatie c. Serbie* (2015), comme elle l'avait fait il y a huit ans dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (arrêt de 2007). Je me permets d'ajouter que la doctrine, en étudiant la complémentarité entre la responsabilité de l'Etat et la responsabilité individuelle dans les crimes internationaux (malgré leurs régimes distincts)¹¹¹, s'est également intéressée aux orientations et aux apports de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme (CIDH et CEDH, *supra*), notamment en ce qui concerne l'administration de la preuve et le transfert de la charge de la preuve¹¹².

VIII. LE CRITÈRE D'ÉTABLISSEMENT DE LA PREUVE DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

125. Je passerai maintenant au critère d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Nous y découvrirons que l'intention de commettre le génocide peut se prouver par déduction en l'absence de preuve directe. De fait, exiger dans tous les cas des preuves directes ou expresses de l'intention génocidaire ne correspond pas à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, outre qu'une telle exigence n'est ni pratique ni réaliste. En l'absence de preuve expresse de l'intention, celle-ci peut se déduire des faits et des circonstances. On en trouvera ci-dessous des exemples, ainsi que des renvois à la jurisprudence pertinente.

1. Déduire l'intention à partir d'indices (jurisprudence du TPIR et du TPIY)

126. La jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a conclu que l'intention de commettre le génocide peut être

¹¹¹ Voir par exemple B. I. Bonafè, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leyde, Nijhoff, 2009, p. 11-255; A. A. Cançado Trindade, «Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited», *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (dir. publ. M. Ragazzi), Leyde, Nijhoff, 2005, p. 253-269; A. Nollkaemper, «Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, p. 615-640.

¹¹² Voir par exemple P. Gaeta, «Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle», *Revue générale de droit international public*, vol. 111, 2007, p. 273-284, en particulier p. 279; P. Gaeta, «On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?», *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 646.

déduite des faits et des circonstances. Ainsi, dans son jugement du 6 décembre 1999 en l'affaire *Rutaganda*, le TPIR a dit considérer que, «en pratique, l'intention est déterminée, au cas par cas, par une déduction tirée des éléments de preuve d'ordre matériel qui lui ont été soumis, y compris ceux qui permettent d'établir l'existence chez l'accusé d'une ligne de conduite délibérée» (par. 61-63)¹¹³. De même, dans son jugement du 15 mai 2003 en l'affaire *Semanza*, il a déclaré que «la *mens rea* peut se déduire des agissements de l'auteur présumé du crime» (par. 313).

127. De plus, et dans le même ordre d'idées, la chambre de première instance du TPIR a conclu, dans son jugement du 7 juin 2001 en l'affaire *Bagilishema*, que

«le contexte de perpétration des actes allégués peut ... aider la Chambre à déterminer l'intention de l'accusé, en particulier lorsque ses propos et ses actes ne font pas apparaître cette intention. La Chambre relève cependant que lorsque l'on a recours au contexte pour déduire l'intention de l'accusé, on doit le faire par référence à la conduite même de l'accusé. La Chambre est d'avis que l'intention de l'accusé devrait se déduire, avant tout, de ses propos et de ses actes, et ressortir clairement d'une ligne de conduite délibérée.» (Par. 63.)

128. Dans un jugement du 2 septembre 1998 en l'affaire *Akayesu* qui a fait date, le TPIR a dit considérer que «l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender» et que, «à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire» des facteurs suivants: *a)* «contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe»; *b)* «échelle des atrocités commises»; *c)* «caractère général des atrocités commises dans une région ou un pays»; *d)* «le fait de délibérement et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier tout en excluant les autres groupes»; *e)* «la doctrine générale du projet politique inspirant les actes incriminés»; *f)* la commission de graves violations contre les membres d'un groupe en leur qualité expresse de membres de ce groupe; *g)* «la répétition d'actes de destruction discriminatoires»; et *h)* «la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tel» et «qui sont commis dans le cadre de la même ligne de conduite» (par. 521 et 523-524).

129. Peu de temps après, dans son jugement du 21 mai 1999 en l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, le TPIR, tout en admettant la difficulté de prouver l'intention de l'auteur, a dit aussi que «son existence peut être établie de manière convaincante à partir des actes de l'auteur, y compris au moyen de preuves indirectes». Il a encore déclaré que «l'intention peut être déduite soit des propos soit des actes de l'auteur, et peut être établie par la mise en évidence d'une ligne de conduite délibérée». Le TPIR a

¹¹³ Voir aussi le jugement en première instance du TPIR du 27 janvier 2000 en l'affaire *Musema*, par. 167.

proposé les indices suivants: a) «le nombre des membres du groupe victimes de l'acte incriminé»; b) «le fait de s'attaquer physiquement au groupe ou à ses biens»; c) «l'usage de termes insultants à l'égard des membres du groupe»; d) «les armes utilisées et la gravité des blessures subies par les victimes»; e) «le caractère méthodique de la planification»; f) «le caractère systématique du crime»; et g) «l'étendue relative de la destruction, ou de la tentative de destruction, du groupe» (TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, jugement du 21 mai 1999, par. 93 et 527).

130. Plus tard, dans son arrêt du 7 juillet 2006 en l'affaire *Gacumbitsi*, le TPIR a déclaré que, «de par sa nature même, l'intention est généralement difficile à établir de façon directe», et que par conséquent elle devait s'inférer des faits et des circonstances de l'affaire, tels que le fait d'avoir commis systématiquement des atrocités contre un groupe donné ou «la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires» (par. 40-41). Dans une veine similaire, le TPIY, dans son arrêt du 5 juillet 2001 en l'affaire *Jelisić*, a formulé l'observation suivante:

«Quant à la preuve de l'intention spécifique, elle peut, à défaut d'éléments de preuve directs et explicites, procéder d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires.» (Par. 47.)

Le TPIY a par ailleurs précisé, dans son arrêt du 19 avril 2004 en l'affaire *Krstić*, que, lorsque l'on se fonde sur la preuve de l'intention d'un accusé obtenue par déduction, «celle-ci doit être la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis» (par. 41).

2. Critère d'établissement de la preuve: contestations d'un niveau de preuve élevé

a) Affaire Karadžić (2013)

131. Dans son arrêt du 26 février 2007 en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour, évoquant les camps de Keraterm à Prijedor, Kazneno-Popravni Dom à Foča et Omarska à Prijedor, a déclaré que, «[a]yant examiné avec attention les affaires portées devant le TPIY ainsi que les décisions de ses chambres», elle avait constaté «qu'aucune des personnes déclarées coupables n'avait été considérée comme ayant agi avec une intention spécifique (*dolus specialis*)» (par. 277). Or la chambre d'appel du TPIY, dans son arrêt du 11 juillet 2013 en l'affaire *Karadžić*, a conclu que «la question de savoir si [Radovan Karadžić] est coupable des crimes de génocide commis dans les municipalités reste ouverte» (par. 116).

132. Dans son arrêt en l'affaire *Karadžić*, la chambre d'appel du TPIY a rétabli le chef 1 (génocide) de l'acte d'accusation; elle a fait référence aux sept municipalités de Bosnie-Herzégovine dont le territoire était revendiqué par les Serbes de Bosnie (par. 57); et elle a mentionné les camps de Keraterm à Prijedor, Kazneno-Popravni Dom à Foča et Omarska à Prijedor (TPIY, *Karadžić*, arrêt du 11 juillet 2013, par. 48). Elle a conclu ainsi :

«[La Chambre d'appel] est convaincue que les éléments de preuve à charge, lorsqu'ils sont appréciés à leur valeur maximale, montrent que les Musulmans et les Croates de Bosnie ont été soumis à des conditions d'existence, notamment le surpeuplement, la privation de nourriture et le manque d'accès aux soins médicaux, susceptibles d'entraîner leur destruction physique.» (*Ibid.*, par. 49.).

133. Toujours dans le même arrêt du 11 juillet 2013, la chambre d'appel du TPIY a fait cette importante déclaration :

«La Chambre d'appel rappelle également que, de par sa nature même, l'intention génocidaire est généralement difficile à établir de façon directe. Comme la Chambre de première instance l'a admis, *en l'absence de preuve directe, l'intention génocidaire peut se déduire d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires ou l'existence d'un plan ou d'une politique.*»¹¹⁴ (*Ibid.*, par. 80.)

Au sujet des «constatations et [de] l'appréciation [des] éléments de preuve», la chambre d'appel du TPIY a rappelé, au paragraphe 94 de son arrêt du 11 juillet 2013 en l'affaire *Karadžić*, qu'elle n'est liée ni par les conclusions tirées par les chambres de première instance du TPIY ou par la CIJ, ni par les appréciations qu'elles portent. Elle a fait savoir clairement qu'elle n'approuvait pas un niveau de preuve élevé.

b) *Affaire Tolimir (2012)*

134. Dans un autre arrêt récent, celui du 12 décembre 2012 en l'affaire *Tolimir*, la chambre d'appel du TPIY a soutenu que

«[f]aute de preuves directes permettant de déterminer si les «conditions d'existence» imposées au groupe visé devaient entraîner sa destruction physique, une Chambre peut tenir compte de «la probabilité objective que ces conditions entraînent la destruction physique d'une partie du groupe» et d'éléments tels que la nature des conditions imposées, la période durant laquelle les membres du groupe y ont été

¹¹⁴ Les italiques sont de moi.

soumis et les caractéristiques du groupe visé, telles que sa vulnérabilité.» (TPIY, *Tolimir*, arrêt du 12 décembre 2012, par. 742.)

135. La chambre d'appel a ensuite fait valoir que «les signes de l'intention génocidaire sont cependant rarement manifestes, et il est donc permis de déduire l'existence d'une telle intention en se fondant sur «tous les éléments de preuve, pris ensemble»». Elle a ajouté que

«[d]ans le cadre de cette analyse, il convient de prendre en compte notamment le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires. L'existence d'un plan ou d'une politique et l'intention formulée dans des discours publics ou lors de réunions avec d'autres personnes peuvent aussi permettre de déduire que l'auteur était animé de l'intention spécifique requise.» (*Ibid.*, par. 745.)

136. Pour résumer, même en l'absence de preuves directes, l'intention génocidaire peut être déduite d'indices et d'un contexte général et systématique d'extrême violence et de destruction. Puis-je ajouter que le souci de la nécessaire protection des personnes et des groupes en situation de vulnérabilité fait partie, depuis une vingtaine d'années déjà, de l'héritage de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, qui s'est tenue en 1993 à Vienne¹¹⁵. On observera qu'il en résulte aujourd'hui une convergence croissante entre le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, ainsi que le droit pénal international, considérés dans leur ensemble.

c) *Affaire Milošević (2004)*

137. Au cours de la procédure en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (2007), la Cour n'a pas voulu censurer le refus par la Serbie de produire les documents non expurgés de son Conseil suprême de défense, apparemment pour ne pas empiéter sur sa souveraineté. Elle a défendu avec insistance son niveau élevé de preuve. Or la chambre de première instance du TPIY, dans sa décision du 16 juin 2004 relative à la demande d'acquiescement en l'affaire *Milošević*, a conclu que

«les éléments de preuve suffisent à établir qu'un génocide a été commis à Brčko, Prijedor, Sanski Most, Srebrenica, Bijeljina, Ključ et Bosanski Novi et ... que l'accusé a participé à une entreprise criminelle commune, avec les dirigeants serbes de Bosnie, dont le but et

¹¹⁵ Voir A. A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)* [La protection des personnes vulnérables comme legs de la deuxième conférence mondiale des droits de l'homme (1993-2013)], *op. cit. supra* note 79, p. 13-356.

l'intention étaient d'exterminer une partie des Musulmans de Bosnie en tant que groupe» (TPIY, *Milošević*, décision du 16 juin 2004, par. 289; voir aussi par. 288).

138. Le jugement définitif en l'affaire *Milošević* n'a pu être rendu en raison du décès de l'accusé. Quant à la décision du 16 juin 2004 de la chambre de première instance du TPIY, bien qu'elle ait été pertinente pour l'arrêt du 26 février 2007 de la CIJ, celle-ci a préféré ne lui accorder aucun poids¹¹⁶. Le niveau de preuve élevé requis par la Cour — et critiqué par une tendance de la doctrine — est certes justifié en matière de responsabilité pénale internationale individuelle, où l'on risque l'incarcération, mais *non* en matière de responsabilité internationale de l'Etat, où n'est recherché qu'une satisfaction ou un jugement déclaratoire pour lesquels une simple *preuve prépondérante* serait appropriée, avec un critère d'établissement de la preuve moins élevé que pour juger les crimes internationaux commis par des personnes¹¹⁷.

3. Analyse générale

139. Il ressort donc clairement de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux que la preuve de l'intention génocidaire peut être déduite des facteurs précités (comme par exemple l'existence d'un plan ou d'une politique de destruction) concernant les faits et les circonstances de l'affaire. Même en l'absence de preuves directes, la découverte de ces facteurs peut permettre d'établir par déduction l'existence d'une intention génocidaire chez les auteurs des actes incriminés. Dans la présente affaire *Croatie c. Serbie*, les parties elles-mêmes ont échangé des arguments sur la question de savoir si l'intention génocidaire pouvait être prouvée par voie de déduction.

140. La Croatie, par exemple, a soutenu que «les Parties semblent être d'accord que la Cour ... peut prouver l'intention génocidaire en la déduisant des faits»¹¹⁸. Elle a soutenu que la Serbie «reconnaît au paragraphe 135 de son contre-mémoire qu'il est difficile de faire apparaître par des preuves directes l'intention de commettre le génocide, élément moral du crime». Le demandeur évoque ensuite «la possibilité ... de s'appuyer sur des indices et de produire des preuves à partir des faits»¹¹⁹.

141. Je me permets de rappeler que, malgré toutes les décisions précitées tirées de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, qui s'ajoutent à la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme, la Cour a soutenu à ce sujet, dans son arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, que

«[l]e *dolus specialis*, l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, doit être établi en référence à des circonstances précises, à

¹¹⁶ Voir D. Groome, *op. cit. infra* note 117, p. 964-965.

¹¹⁷ Voir par exemple D. Groome, «Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?», *Fordham International Law*, vol. 31, 2008, p. 933.

¹¹⁸ Réplique de la Croatie, par. 2.11.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 2.12.

moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante; pour qu'une ligne de conduite puisse être admise en tant que preuve d'une telle intention, elle devrait être telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence.» (Par. 373.)

142. Etant donné la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains sur la question (voir *supra* les sections V et VI), la Cour semble avoir adopté, aux fins de la qualification de génocide, un niveau de preuve trop élevé et qui ne semble pas conforme à la jurisprudence constante des tribunaux pénaux internationaux et des juridictions internationales des droits de l'homme en matière de preuve (voir aussi *infra*). La Cour semble s'être imposée un critère de la preuve trop exigeant pour pouvoir convaincre de complicité de génocide le régime serbe de l'époque de la guerre en Croatie. Or la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains veut qu'en l'absence de preuves directes l'intention puisse être déduite de preuves circonstancielles.

143. En dernier ressort, l'intention ne peut être établie que par voie de déduction, à partir de facteurs tels que l'existence d'un plan ou d'une politique générale, le fait de prendre systématiquement pour cible un groupe humain donné, l'ampleur des atrocités commises, l'emploi de termes dépréciatifs, etc. Les tentatives visant à imposer un critère élevé d'établissement de la preuve de génocide et à discréditer certains moyens de preuve tels que les dépositions de témoins sont très regrettables, car elles finissent par faire du génocide un crime presque impossible à démontrer et à réduire quasiment la convention sur le génocide à l'état de lettre morte. Il ne peut en résulter que l'impunité pour les auteurs de génocide — Etats et individus —, l'abandon de tout espoir d'obtenir justice pour les victimes. C'est remplacer l'état de droit par l'absence de droit.

144. Il me faut ajouter ici une mise en garde contre ce qui semble être une déplorable déconstruction de la convention sur le génocide. Il est inadmissible que l'on puisse se contenter de qualifier une situation de «conflit armé» pour se prémunir contre une accusation de génocide. L'un n'exclut pas l'autre. A ce sujet, on sait pertinemment que les auteurs de génocide prétendent presque toujours qu'ils participaient à un conflit armé et que leurs actes étaient commis «dans le cadre d'un conflit militaire en cours»; or «le génocide peut être un moyen de réaliser des objectifs militaires tout comme un conflit militaire peut être un moyen de planifier un génocide»¹²⁰.

145. Appelée à statuer en la présente affaire, la Cour aurait dû garder à l'esprit l'importance de la convention sur le génocide en tant que traité fondamental relatif aux droits de l'homme, ainsi que son caractère historique pour l'humanité. Une affaire comme celle-ci doit être tranchée non pas sous l'angle de la responsabilité de l'Etat, mais à la lumière de l'impératif de protéger la vie et l'intégrité de groupes humains qui relèvent de la juridic-

¹²⁰ R. Park, «Proving Genocidal Intent: International Precedent and the ECCC Case 002», *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010, p. 169-170 et 150-152.

tion de l'Etat concerné, et ce, d'autant plus lorsque ces groupes se trouvent en situation de grande vulnérabilité, voire sans défense. La vie et l'intégrité des personnes doivent l'emporter sur les arguments invoquant la souveraineté de l'Etat, surtout quand on sait les abus qui sont commis en son nom.

146. L'histoire nous apprend que, malheureusement, des génocides ont été commis en exécution de politiques d'Etat. En rendant presque impossible l'application aux Etats de la convention sur le génocide, on risque de vider celle-ci de son sens. On risque aussi de créer une situation où les crimes exorbitants de certains Etats, équivalents au génocide, resteraient impunis — d'autant plus qu'il n'existe pas actuellement de convention internationale sur les crimes contre l'humanité. Le génocide est en fait un crime exorbitant commis — plus souvent¹²¹ qu'on ne serait naïvement porté à le croire — sous la direction ou avec la complicité bienveillante d'un Etat souverain et de son appareil.

147. Au cours de l'histoire, des massacres et des atrocités récurrents et l'extermination de groupes entiers de population, dans le cadre de plans et de politiques prémédités et froidement mis au point, ont pu s'appuyer sur l'appareil d'Etat et les pouvoirs publics, avec leurs fonctionnaires et leurs ressources matérielles et prétendument «humaines». La science his-

¹²¹ Voir par exemple, entre autres ouvrages, Y. Ternon, *Guerres et génocides au XX^e siècle*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2007, p. 9-379; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 5-233; B. A. Valentino, *Final Solutions — Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2004, p. 1-309; G. Bensoussan, *Europe — Une passion génocidaire*, Paris, Ed. Mille et Une Nuits, 2006, p. 7-460; S. Totten, W. S. Parsons et I. W. Charny (dir. publ.), *Century of Genocide — Eyewitness Accounts and Critical Views*, New York/Londres, Garland Publ., 1997, p. 3-466; B. Kiernan, *Blood and Soil — A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2007, p. 1-697; R. Gellately et B. Kiernan (dir. publ.), *The Specter of Genocide — Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge University Press, 2010 [réimpr.], p. 3-380; D. Olusoga et C. W. Erichsen, *The Kaiser's Holocaust — Germany's Forgotten Genocide*, Londres, Faber & Faber, 2011, p. 1-379; J.-B. Racine, *Le génocide des Arméniens — Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, p. 61-102; R. G. Suny, F. M. Göçek et N. M. Naimark (dir. publ.), *A Question of Genocide*, Oxford University Press, 2013, p. 3-414; G. Chaliand et Y. Ternon, *1915, le génocide des Arméniens*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2006 (rééd.), p. 3-199; I. Chang, *The Rape of Nanking — The Forgotten Holocaust of World War II*, Londres, Penguin Books, p. 14-220; N. M. Naimark, *Stalin's Genocides*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 2012 [réimpr.], p. 1-154; E. Kogon, *L'Etat SS — Le système des camps de concentration allemands [1947]*, [Paris,] Ed. Jeune Parque, 1993, p. 7-447; L. Rees, *El Holocausto Asiático*, Barcelone, Crítica Ed., 2009, p. 13-212; B. Kiernan, *Le génocide au Cambodge (1975-1979)*, Paris, Gallimard, 1998, p. 7-702; B. Allen, *Rape Warfare — The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/Londres, University of Minnesota Press, 1996, p. 1-162; G. Prunier, *Africa's World War — Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford University Press, 2010, p. 1-468; K. Moghalu, *Rwanda's Genocide — The Politics of Global Justice*, New York, Palgrave, 2005, p. 1-236; J.-P. Chrétien et M. Kabanda, *Rwanda — Racisme et génocide — l'idéologie hamitique*, Paris, Ed. Belin, 2013, p. 7-361; S. Leydesdorff, *Surviving the Bosnian Genocide — The Women of Srebrenica Speak*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 2011, p. 1-229; M. W. Daly, *Darfur's Sorrow — A History of Destruction and Genocide*, Cambridge University Press, 2007, p. 1-316.

torique montre que, tout au long du XX^e siècle, une série de génocides et autres atrocités ont été planifiés, organisés et exécutés en tant que politique d'Etat, par des gouvernants qui dissimulaient derrière un discours euphémistique un processus de *déshumanisation* des victimes¹²².

148. Toutes sortes de campagnes de destruction généralisée et systématique se sont déroulées avec en toile de fond une propagande idéologique qui neutralisait le sens moral, glorifiait la brutalité et effaçait tout sens des responsabilités et tout sentiment de culpabilité. Tout était subsumé dans une entité organique et totalitaire. Des massacres ont souvent été commis sans que les membres de la famille des victimes bénéficient de quelque réparation que ce soit¹²³. En plus, ces campagnes d'atrocités massives sont loin d'avoir été toutes portées devant des tribunaux internationaux. Certes quelques-unes l'ont été; mais si, dans une procédure internationale visant à appliquer la convention sur le génocide, on rend les éléments du génocide trop difficiles à prouver, on ne fera que perpétuer l'impunité et créer une situation d'anarchie tout à fait contraire à l'objet et au but de la Convention.

IX. CAMPAGNE DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALISÉE : ÉTABLISSEMENT DES FAITS ET JURISPRUDENCE

149. Je passerai maintenant aux activités d'établissement des faits qui ont été menées et aux rapports qui ont été rédigés à l'époque même où étaient commises ces graves violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, lesquelles constituaient une véritable campagne de destruction systématique. Je me réfère aux activités d'établissement des faits et aux *rapports* du rapporteur spécial de l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1992-1993) et de la Commission d'experts du Conseil de sécurité (1993-1994). Je m'efforcerai d'en dégager les éléments pertinents pour l'examen de la présente affaire.

¹²² Voir la partie XIII ci-après.

¹²³ E. Staub, *The Roots of Evil — The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, 2005 [réimpr.], p. 7-8, 10, 19, 24, 29, 107, 109, 119, 121-123, 129, 142, 151, 183-187, 221, 225, 227 et 264; D. Muchnik et A. Garvie, *El Derrumbe del Humanismo — Guerra, Maldad y Violencia en los Tiempos Modernos*, Buenos Aires/ Barcelone, Edhasa, 2007, p. 36-37, 116, 128, 135-136, 142, 246 et 250. Voir aussi, entre autres ouvrages, V. Klemperer, *LTI — A Linguagem do Terceiro Reich*, Rio de Janeiro, Contraponto Ed. 2009, p. 11-424; D. J. Goldhagen, *Worse than War — Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, Londres, Abacus, 2012 [rééd.], p. 6-564; J. Sémelin, *Purificar e Destruir — Usos Políticos dos Massacres e dos Genocídios*, Rio de Janeiro, DIFEL, 2009, p. 19-532; M. Kullashi, *Effacer l'autre — Identités culturelles et identités politiques dans les Balkans*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 7-246; S. Matton, *Srebrenica — Un génocide annoncé*, Paris, Flammarion, 2005, p. 21-420; P. Mojzes, *Balkan Genocides — Holocaust and Ethnic Cleansing in the Twentieth Century*, Lanham, Rowman & Littlefield Pubs., 2011, p. 34-229.

1. *Rapports de l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1992-1993)*

150. On trouve dans les rapports sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ancienne Yougoslavie du rapporteur spécial de l'ex-Commission des droits de l'homme, M. Tadeusz Mazowiecki, des allégations de crimes contre la population croate commis par des entités officielles ou paramilitaires serbes. Ces rapports mettent en évidence des faits susceptibles d'aider à prouver l'existence d'une campagne de destruction systématique, pendant les attaques lancées en Croatie en particulier. Le rapport du 28 août 1992¹²⁴, par exemple, rapporte la preuve que les magasins et les entreprises appartenant à des Croates ont été brûlés ou pillés (par. 12).

151. Le rapporteur spécial y signale d'autres formes d'intimidation, qui consistent à tirer des coups de feu ou à lancer des explosifs contre des maisons appartenant à des membres des autres groupes ethniques (rapport du 28 août 1992, par. 13). Les attaques d'églises et de mosquées font également partie de la campagne d'intimidation (*ibid.*, par. 16). Une autre tactique «consiste à assiéger une ville, en bombardant les centres habités par la population civile et en coupant l'approvisionnement en denrées alimentaires et autres denrées essentielles» (*ibid.*, par. 16). Des centres culturels sont visés et des tireurs embusqués tirent sur des «civils innocents»; il est aussi «dangereux de se risquer à l'extérieur» (*ibid.*, par. 17-18).

152. La détention de civils est à l'évidence utilisée pour inciter les habitants à quitter le territoire (*ibid.*, par. 23). Le rapporteur spécial fait état de centres de détention clandestins où se trouvent «des dizaines et des centaines de détenus; cette pratique a été signalée «en Croatie, comme dans les territoires bosniaques contrôlés par le Gouvernement, ainsi que dans les territoires contrôlés par les Serbes» (*ibid.*, par. 34). Il poursuit en affirmant qu'«une menace réelle pèse sur la vie des prisonniers en raison de la mauvaise alimentation, du surpeuplement et des mauvaises conditions de détention», et qu'il dispose de «preuves crédibles que certains prisonniers sont morts en Croatie sous la torture et des suites de mauvais traitements» (*ibid.*, par. 39). Le rapporteur spécial dit enfin avoir été informé de cas de disparitions en masse dans les territoires contrôlés par les Serbes; 3000 cas de disparitions ont ainsi été signalés après la chute de Vukovar. Les victimes auraient été détenues pendant un certain temps dans des camps, puis auraient disparu (*ibid.*, par. 41).

153. Dans son rapport suivant daté du 27 octobre 1992¹²⁵, le rapporteur spécial recommande de procéder à des investigations sur des charniers et fosses communes repérés à Vukovar et dans ses environs (par. 18). Ce rapport traite beaucoup plus de la situation en Bosnie-Herzégovine que de celle en Croatie. Le rapport suivant, daté du 17 novembre 1992¹²⁶, porte sur les faits survenus dans les zones protégées par les Nations Unies

¹²⁴ Nations Unies, doc. E/CN.4/1992/S-1/9.

¹²⁵ Nations Unies, doc. E/CN.4/1992/S-1/10.

¹²⁶ Nations Unies, doc. A/47/666-S/24809.

(ZPNU). Le rapporteur spécial y déclare que dans la Krajina, qui faisait partie de la ZPNU du secteur sud, «les meurtres, vols, pillages et autres formes de violence criminelle [sont] souvent associés au nettoyage ethnique» (par. 78). Les habitants non serbes ne sont autorisés à fuir la région que s'ils renoncent à leurs biens. Quant à la ZPNU du secteur est, elle est le théâtre d'une campagne de nettoyage ethnique menée par les milices et les autorités locales serbes, et les habitants non serbes y sont soumis à des formes d'intimidation d'une violence extrême (par. 83). De plus, les églises catholiques y ont été détruites (par. 84).

154. Le rapporteur spécial se déclare particulièrement soucieux de retrouver la trace de 2000 à 3000 personnes qui auraient disparu après la chute de Vukovar en 1991 ; il évoque la présence d'un charnier potentiel près du village d'Ovčara, voisin de cette ville. Quatre squelettes humains y ont été trouvés, affleurant à la surface de ce qui pourrait être un charnier contenant de nombreux autres corps, dont ceux de certains des 175 patients croates évacués de l'hôpital de Vukovar et qui ont disparu par la suite ; il existerait au moins huit fosses communes dans le secteur (par. 86).

155. Plus grave encore peut-être, dans la conclusion de son rapport du 17 novembre 1992, le rapporteur spécial déclare que, «en poursuivant le nettoyage ethnique, on cherche délibérément à créer un fait accompli au mépris flagrant des engagements internationaux souscrits par ceux qui se livrent à cette pratique et qui en tirent des avantages» (par. 135). Il importe de noter que le rapporteur spécial regroupe tous les actes d'extrême violence qu'il a identifiés sous le terme de «politique» (par. 135).

156. Dans son rapport subséquent, du 10 février 1993¹²⁷, le rapporteur spécial dénonce à nouveau la politique de nettoyage ethnique que les milices et les autorités serbes locales continuent de pratiquer dans certaines ZPNU et qui se manifeste par des persécutions constantes contre les non-Serbes qui ne sont pas encore partis, par la destruction d'églises catholiques et par l'installation de réfugiés serbes dans les maisons abandonnées (par. 141). Dans le rapport suivant, du 17 novembre 1993¹²⁸, il affirme que, dans les zones soumises au contrôle de la «République serbe de Krajina», le «nettoyage ethnique» massif et organisé qui visait les Croates est dans une large mesure «un fait accompli» (par. 144) et que les auteurs des crimes commis contre les Croates semblent jouir d'une impunité presque totale (par. 145). Dans la ZPNU du secteur sud et dans les «zones roses», il ne reste plus que 1161 Croates de souche, alors qu'ils étaient au nombre de 44 000 dans la région en 1991. Exécutions, pillage et confiscation de matériel agricole y ont été signalées. Le même rapport fait état de disparitions forcées et de meurtres dans la ZPNU du secteur nord (par. 151-152).

157. Dans la ZPNU du secteur est, selon des chiffres tirés de recensements effectués en 1991 et en 1993, le pourcentage de Croates dans la population du secteur est passé de 46 à 6%, alors que le pourcentage de Serbes augmentait, passant de 36 à environ 73% (par. 157). Les membres

¹²⁷ Nations Unies, doc. E/CN.4/1993/50.

¹²⁸ Nations Unies, doc. E/CN.4/1994/47.

des minorités sont souvent visés par des actes de violence et d'intimidation, parmi lesquels figurent les exécutions, les incendies criminels, les vols à main armée, les pillages, l'enrôlement forcé dans les forces armées et les sévices (par. 158). Toujours dans son même rapport du 17 novembre 1993, le rapporteur spécial se dit préoccupé par le traitement discriminatoire dont sont victimes les Croates sur le plan des soins médicaux et de l'aide alimentaire (par. 159). Il dénonce aussi le « bombardement délibéré et systématique de cibles civiles dans les villes et villages croates » (par. 161).

158. Le rapporteur spécial ajoute que, selon des sources croates, entre avril 1992 et juillet 1993, les « bombardements serbes » ont fait « 187 morts et 628 blessés parmi les civils », et que, entre 1991 et avril 1993, environ 210 000 bâtiments, situés hors des ZPNU, ont été soit gravement endommagés soit détruits, principalement par des bombardements (par. 161). Certaines parties de la côte dalmate

« ont été touchées plusieurs centaines de fois. Il y a eu de nombreux morts et blessés parmi les civils, et des bâtiments civils, notamment des écoles, des hôpitaux, des camps de réfugiés, ainsi que des maisons et des appartements, ont été fortement endommagés » (par. 162).

Des biens de caractère civil, des hôpitaux et des camps de réfugiés « qui n'étaient apparemment pas situés près d'un objectif militaire », ont néanmoins « été délibérément bombardés depuis des positions serbes à portée [visuelle] de tir des cibles » (par. 163). Le rapporteur spécial a reçu des informations selon lesquelles les forces croates ont elles aussi commencé à bombarder délibérément des zones civiles (par. 164). La violence engendre la violence.

2. Rapports d'enquête de la Commission d'experts du Conseil de sécurité des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1993-1994)

159. La Commission d'experts créée par la résolution 780 (1992) du 6 octobre 1992 du Conseil de sécurité a commencé en novembre 1992 sa mission d'établissement des faits sur les crimes internationaux commis pendant la guerre en Croatie. Lorsqu'elle achève ses travaux, à la fin de mai 1994, elle a publié quatre rapports : un rapport intérimaire daté du 10 février 1993, un rapport sur une fosse commune près de Vukovar daté du 10 janvier 1993, un deuxième rapport intérimaire daté du 6 octobre 1993 et un rapport final daté du 27 mai 1994. Chacun de ces rapports, et en particulier le dernier, fait état de la commission de graves violations du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international pénal pendant la guerre en Croatie. Il importe donc de passer en revue les conclusions tirées par la Commission d'experts de son travail d'établissement des faits.

a) *Premier rapport intérimaire (10 février 1993)*

160. Dans la lettre par laquelle il transmet au président du Conseil de sécurité le premier rapport intérimaire de la Commission d'experts, le Secrétaire général de l'ONU, qui était alors Boutros Boutros-Ghali, a jugé bon d'attirer l'attention du Conseil sur un certain nombre de points, parmi lesquels celui-ci :

« Des violations graves et autres violations du droit international humanitaire ont été commises, y compris homicides volontaires, nettoyage ethnique et tueries massives, torture, viols, pillage et destruction de biens civils, destruction de biens culturels et religieux et arrestations arbitraires. »¹²⁹

161. En effet, dans ce premier rapport intérimaire, la Commission d'experts — se guidant sur les seuls instruments conventionnels pertinents¹³⁰ dans son activité d'établissement des faits — fait notamment observer que l'expression « nettoyage ethnique » est relativement nouvelle, et que le nettoyage ethnique est « contraire au droit international » (par. 55). Elle ajoute :

« D'après les nombreux rapports décrivant la politique et les pratiques appliquées dans l'ex-Yougoslavie, le « nettoyage ethnique » se réalise par le meurtre, la torture, l'arrestation et la détention arbitraires, les exécutions extrajudiciaires, le viol et les violences sexuelles, le cantonnement de la population civile dans des ghettos, les déplacements, transferts et déportations de populations civiles contre leur gré, les attaques ou menaces d'attaques délibérées contre des civils dans des zones civiles et la destruction aveugle de biens. Ces pratiques constituent des crimes contre l'humanité et peuvent être assimilées à des crimes de guerre bien définis. Qui plus est, elles pourraient également relever de la convention sur le génocide. » (Premier rapport intérimaire, par. 56.)

La Commission d'experts rapporte ensuite que, tout au long des diverses phases des conflits armés dans l'ex-Yougoslavie, il a été fait état « d'allégations selon lesquelles le viol et d'autres formes de violence sexuelle se pratiqueraient de manière généralisée et systématique » (*ibid.*, par. 58), ainsi que d'exécutions massives, de disparitions et de charniers pendant la guerre en Croatie (*ibid.*, par. 62-63).

¹²⁹ Nations Unies, doc. S/25274 du 10 février 1993, p. 1.

¹³⁰ Les conventions de Genève de 1949 (pour les « violations graves » du droit international humanitaire) et leur protocole additionnel I, la convention de La Haye IV et le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, la convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques et ses protocoles (par. 37, 39 et 47 du premier rapport préliminaire de la Commission d'experts).

b) *Rapport du 10 janvier 1993 sur un charnier proche de Vukovar*

162. Le rapport suivant de la Commission d'experts est centré sur un charnier découvert près de Vukovar. Une exécution massive a eu lieu à cet endroit et «les exécuteurs ont cherché à enterrer leurs victimes clandestinement»; le charnier contenait environ 200 corps (point I). Ce charnier a été découvert par des membres de la police civile (UNCIVPOL) de la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU) et une équipe internationale de médecins légistes, au sud-est du village agricole d'Ovčara, près de Vukovar. La Commission d'experts déclare que «la découverte du site d'Ovčara est en cohérence avec les témoignages faisant état de la disparition d'environ 200 patients et personnels hospitaliers de l'hôpital de Vukovar pendant l'évacuation des patients croates de cet établissement le 20 novembre 1991» (point II).

163. Les soldats de la JNA (armée populaire yougoslave) et des militaires serbes faisaient monter sous les coups un groupe d'une vingtaine d'hommes dans un camion, puis les conduisaient au lieu d'exécution; «environ toutes les quinze ou vingt minutes, le camion revenait vide et un autre groupe y était chargé» (point II). Ces hommes ont été exécutés en masse, puis leurs dépouilles (environ 200 corps) ont été jetées dans un charnier clandestin. La Commission d'experts réaffirme que «l'emplacement isolé de ce charnier donne à penser que les exécuteurs avaient l'intention d'enterrer leurs victimes clandestinement» (point III).

c) *Deuxième rapport intérimaire (6 octobre 1993)*

164. Dans son rapport suivant (Nations Unies, doc. S/26545), la Commission d'experts revient sur l'exécution massive au site du charnier d'Ovčara (par. 78). Au cours de ses missions d'établissement des faits, elle a constaté non seulement des massacres, mais encore des violations généralisées des droits de l'homme dans les centres de détention¹³¹, notamment des coups, tortures et autres formes de mauvais traitements physiques et psychologiques (deuxième rapport intérimaire, par. 84-85). De surcroît, le nombre élevé de viols fait apparaître un «comportement généralisé» (330 viols déclarés) et un certain nombre d'éléments peuvent donner à penser qu'il existe une «politique de viols systématiques»; l'un de ces éléments, poursuit la Commission d'experts,

«est le fait que les actions militaires destinées à déplacer les populations civiles ont coïncidé avec le viol généralisé des mêmes populations. La participation de membres des mêmes unités militaires à des viols semble mettre en cause les officiers responsables, soit qu'ils en aient donné l'ordre, soit qu'ils se soient abstenus d'intervenir. A cet égard, la façon dont ce type de viol a été pratiqué dans de multiples endroits et en un laps de temps relativement court (essentiellement entre mai et décembre 1992) est aussi un élément important. Un autre

¹³¹ Les centres de détention connus étaient au nombre de 353 (par. 35).

élément est le fait que d'autres violations du droit international humanitaire dans une région donnée ont été commises simultanément dans les camps de prisonniers, sur le champ de bataille et dans les zones civiles des régions occupées.» (Deuxième rapport intérimaire, par. 69.)

165. Il existe un cadre général, qui est celui de la destruction, avec des massacres (dans la région de Vukovar), mauvais traitements des prisonniers, violences sexuelles systématiques, «nettoyage ethnique» et destruction de biens (*ibid.*, par. 9-10). Les cas de «violations et d'actes de brutalité présumés» se comptent par milliers (*ibid.*, par. 29), dont les victimes se recrutent principalement dans la population civile (enlèvements, prises d'otages, expulsions sous la contrainte, détention, viols, torture, meurtres) (*ibid.*, par. 32 et 35). Dans la zone de Vukovar, il y a eu l'enlèvement de civils et de membres du personnel de l'hôpital de Vukovar (environ 200 personnes), suivi par leur exécution et leur enterrement dans une fosse commune à Ovčara (*ibid.*, par. 35 et 37). Plus qu'une guerre, c'est une campagne de dévastation.

d) *Rapport final (27 mai 1994)*

166. Dans son rapport final, la Commission d'experts dresse un tableau détaillé des atrocités commises contre les victimes appartenant aux populations ciblées. Le Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali, dans sa lettre de transmission du rapport au Conseil de sécurité, évoque «les cas signalés de violations graves» du droit international humanitaire, «commises à grande échelle», et dont «l'exécution ... [a] été particulièrement cruelle et impitoyable». Il mentionne également «les conclusions [de la Commission] sur les crimes de «nettoyage ethnique», le génocide [et] les autres violations massives des préceptes imprescriptibles de la conscience» (ou principes élémentaires d'humanité)¹³². Il ajoute que le «nettoyage ethnique» et le viol ainsi que les violences sexuelles «ont été pratiqués de façon tellement systématique par certaines des parties qu'il y a tout lieu d'y soupçonner le produit d'une politique». Et encore: «qu'il y ait eu politique peut également s'induire du fait que l'on a invariablement omis de prévenir la perpétration de ces crimes et de poursuivre et punir leurs auteurs»¹³³.

167. Tout au long de son rapport final, la Commission d'experts expose ses conclusions sur les graves violations du droit international humanitaire¹³⁴, principalement en Croatie et en Bosnie-Herzégovine (par. 45, 231, 253 et 311). Elle s'attache à déceler le *caractère systématique* des actes commis, pour établir s'ils relèvent d'une politique de persécution ou de discrimination (rapport final, par. 84). A un certain moment, elle évoque la convention sur le génocide, qui, rappelle-t-elle, «a été adoptée à des fins humanitaires et civilisatrices», dans le but de sauvegarder l'existence même

¹³² Nations Unies, doc. S/1994/674 du 27 mai 1994, p. 1.

¹³³ *Ibid.*, p. 1-2.

¹³⁴ Articles 50, 51, 130 et 147 des conventions de Genève de 1949 et articles 11, par. 4, et 85 du protocole additionnel I de 1977.

de certains groupes humains et d'affirmer «les principes les plus élémentaires d'humanité» (rapport final, par. 88). La Convention, ajoute encore la Commission, a un «caractère évolutif historique» (*ibid.*, par. 89).

168. Les milices paramilitaires ont été largement mises à contribution pour commettre ces graves violations, ce qui a entouré la chaîne de commandement (*ibid.*, par. 114, 120-122 et 128) d'une confusion qui servait à masquer délibérément les responsabilités (*ibid.*, par. 124). Le «nettoyage ethnique» (en vue d'édifier une Grande Serbie) est «une politique délibérée» visant à terroriser la population afin de faire disparaître d'une zone donnée certains groupes ethniques ou religieux; elle est parfois motivée par une «volonté de revanche» (*ibid.*, par. 130-131). Les zones concernées sont des «zones stratégiques qui relient la Serbie proprement dite aux territoires peuplés par des Serbes situés en Bosnie et en Croatie» (*ibid.*, par. 133).

169. Les actes de violence visant à faire disparaître une certaine population civile de ces zones stratégiques sont perpétrés «avec une brutalité et une sauvagerie [extrêmes] destinées à terroriser les populations civiles» afin de les obliger à fuir et à ne jamais revenir. Ils consistent en massacres, torture, viols, mauvais traitements infligés aux prisonniers civils et aux prisonniers de guerre, utilisation de civils comme boucliers humains, meurtres sans discrimination, déplacements forcés, destruction de biens culturels, attaques contre des hôpitaux et autres établissements médicaux, incendie et démolition de maisons à l'explosif, destruction de biens (*ibid.*, par. 134-137).

170. La Commission d'experts établit également la fréquence des bombardements (*ibid.*, par. 188) et conclut qu'il y a eu «bombardement systématique d'objectifs précis» (*ibid.*, par. 189). La politique de «nettoyage ethnique» et ses pratiques sont exécutées par des personnes appartenant à tous les secteurs de la population serbe: membres de l'armée, milices, forces spéciales, police et civils (*ibid.*, par. 141-142)¹³⁵, comme en témoigne la destruction de la ville de Vukovar en 1991 (*ibid.*, par. 45). La Commission d'experts a mis en évidence le siège de Dubrovnik, qui était une ville ouverte: elle conclut que la destruction de biens culturels dans cette ville ne pouvait absolument pas se justifier par des «exigences militaires» (*ibid.*, par. 289 et 293-294). La bataille de Dubrovnik était criminelle «d'un point de vue juridique» (*ibid.*, par. 297); des attaques délibérées ont été dirigées contre des civils et des biens culturels (*ibid.*, par. 299-300).

171. En ce qui concerne les camps de concentration, la Commission d'experts constate que les conditions de vie y étaient «effroyables», avec des exécutions collectives, des viols, de la torture, des meurtres, des passages à tabac et des déportations (*ibid.*, par. 169-171). Les «actes les plus inhumains» sont perpétrés dans ces camps par des gardes, des membres

¹³⁵ La Commission d'experts ajoute que ces comportements ont engendré de nouvelles violences et que les forces croates ont recouru aux mêmes pratiques que les Serbes, mais que les autorités croates ont condamné publiquement ces pratiques, indiquant ainsi qu'elles ne font pas partie intégrante de la politique du gouvernement (par. 147).

de la police ou des forces spéciales et d'autres personnes venues de l'extérieur à cette fin (rapport final, par. 223). Ils sont accompagnés par «l'humiliation et la dégradation délibérée des détenus», qui sont «des pratiques quasi générales dans les camps» (*ibid.*, par. 229-230, al. *d*)).

172. Les hommes considérés comme étant d'«âge militaire» — c'est-à-dire âgés de 16 ans, ou moins, à 60 ans — sont séparés des hommes plus âgés, des femmes et des enfants, et transférés dans des camps plus vastes fortement gardés où les meurtres et les tortures brutales sont habituels (par. 230, al. *i*)). Dans tous les camps, les prisonniers sont victimes de «violences psychologiques et d'humiliations». L'hygiène est inexistante et des épidémies se déclarent rapidement. Les prisonniers sont soumis à un régime de famine; «les prisonniers malades ou blessés sont souvent enterrés vivants dans les fosses communes avec les cadavres de prisonniers tués» (*ibid.*, par. 230, al. *p*)).

173. Passant à la pratique du viol, la Commission d'experts rappelle que ce crime est l'un de ceux qui sont le moins souvent dénoncés par les victimes, à la fois par peur de représailles, par manque de confiance dans la justice et en raison de la flétrissure qui, pour la société, s'attache à la victime (*ibid.*, par. 233-234). Les actes dont il est fait état dans les dépositions recueillies se situent entre l'automne 1991 et la fin de 1993; c'est d'avril à novembre 1992 que les viols ont été le plus fréquents (*ibid.*, par. 237). Les cas de viol dénoncés appartiennent à cinq catégories: *a*) les viols commis par des individus agissant seuls ou en petits groupes comme moyen d'intimidation des groupes visés (*ibid.*, par. 245); *b*) les viols liés à des combats dans la région et commis — parfois en public — par des individus agissant seuls ou en petits groupes (*ibid.*, par. 246); *c*) les viols commis dans des camps, après que les hommes ont été tués, la femme violée étant parfois tuée ensuite (*ibid.*, par. 247); *d*) les viols commis pour terroriser et humilier les victimes dans le cadre d'une politique de «nettoyage ethnique», les femmes enceintes restant prisonnières jusqu'à ce que la grossesse soit trop avancée pour un avortement (*ibid.*, par. 248); et *e*) les viols commis par des soldats sur des prisonnières dans des hôtels ou locaux analogues transformés en bordels de campagne, et suivis plus souvent que dans les autres catégories par le meurtre des femmes ainsi violées (*ibid.*, par. 249).

174. La Commission d'experts fait observer que ces viols, source de honte et d'humiliation, sont associés à «la volonté de chasser de la région le groupe ethnique qui en est victime»; de plus, «les viols et sévices sont commis collectivement par des individus nombreux et sont répétés» (*ibid.*, par. 250); «tous les groupes qui s'opposent dans le conflit ont été accusés d'avoir commis des viols» (*ibid.*, par. 251); les catégories de viol décrites *supra* «incite[nt] donc à conclure que le viol a été systématiquement encouragé dans certains endroits» et constituaient donc une politique de viol systématique (*ibid.*, par. 253).

175. La Commission d'experts conclut que les pratiques de «nettoyage ethnique», les violences sexuelles et les viols sont systématiques et semblent constituer une politique (et notamment une politique par omission) (*ibid.*, par. 313). On peut raisonnablement inférer «de la constance

et de la persistance» de telles pratiques que ces graves violations du droit international humanitaire étaient connues (rapport final, par. 314). La Commission d'experts admet avoir été «choquée» par «l'intensité des persécutions et la manière dont ces crimes ont été commis» (*ibid.*, par. 319).

3. Répercussions de ces événements sur la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993)

176. Il n'est pas indifférent de rappeler que les événements des guerres des Balkans ont rapidement eu des répercussions sur la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne en juin 1993. Ayant participé à toutes les phases de cette conférence, je me souviens parfaitement qu'il avait d'abord été décidé qu'aucun pays ne serait pointé du doigt, mais que deux exceptions ont bientôt été faites pour répondre à la situation des populations affectées par les conflits armés en cours dans l'ex-Yougoslavie¹³⁶ et en Angola¹³⁷.

177. C'est ainsi que des déclarations spéciales sur deux conflits ont été adoptées le 24 juin 1993. La première exprime la consternation suscitée par les événements de Bosnie-Herzégovine. Elle est accompagnée d'un «appel au Conseil de sécurité au sujet de la Bosnie-Herzégovine», qui évoque plus particulièrement la situation à Goražde. Le texte de la déclaration affirme que cette «tragédie» est «caractérisée par une agression serbe flagrante, par des violations sans précédent des droits de l'homme et par un génocide, [et] est un affront à la conscience collective de l'humanité» (troisième alinéa du préambule). On y lit encore :

«[La Conférence mondiale] estime que la pratique du nettoyage ethnique résultant de l'agression serbe contre la population musulmane et croate de la République de Bosnie-Herzégovine constitue un génocide et une violation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.»¹³⁸ (Huitième alinéa du préambule.)

178. Bien que les faits qui ont attiré l'attention de la Conférence mondiale de 1993 se soient déroulés en un lieu particulier du continent européen guère éloigné de Vienne (principalement à Goražde), ils se produisaient aussi, et devaient continuer de se produire, dans d'autres régions de l'ex-Yougoslavie. Les atrocités en cause faisaient partie intégrante d'une campagne de destruction générale et systématique (voir *infra* les sections VIII à X). Elles étaient commises selon un plan organisé; la chaîne de commandement (le Conseil suprême de défense) et les auteurs de ces atrocités étaient les mêmes, et engageaient la responsabilité de l'Etat.

¹³⁶ «Décision et déclaration spéciale sur la Bosnie-Herzégovine», *Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 14-25 juin 1993), Nations Unies, doc. A/CONF.157/24 (partie I), 13 octobre 1993, p. 48-51.

¹³⁷ «Déclaration spéciale sur l'Angola», *ibid.*, p. 52-53.

¹³⁸ «Déclaration spéciale sur la Bosnie-Herzégovine», *ibid.*, p. 49.

179. Le document final de la Conférence mondiale — Déclaration et programme d'action de Vienne (1993) — a désigné clairement le problème dans le paragraphe suivant de la Déclaration :

«La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se déclare consternée par les violations massives des droits de l'homme, notamment celles qui prennent la forme de génocide, de «nettoyage ethnique» et de viol systématique des femmes en temps de guerre, violations qui sont à l'origine d'exodes massifs de réfugiés et de déplacements de personnes. Elle condamne énergiquement des pratiques aussi révoltantes et elle réitère la demande que les auteurs de tels crimes soient punis et qu'il soit immédiatement mis fin à ces pratiques.» (Partie I, par. 28.)

De son côté, le programme d'action ajoute :

«La conférence mondiale sur les droits de l'homme engage tous les Etats à prendre sur le champ, individuellement et collectivement, des mesures pour combattre le nettoyage ethnique afin d'y mettre rapidement un terme. Les victimes de cette pratique odieuse ont droit à des recours appropriés et efficaces.» (Partie II, par. 24.)

4. *Reconnaissance judiciaire des attaques généralisées et/ou systématiques contre la population civile croate — La jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)*

180. A plusieurs reprises au cours de l'évolution de sa jurisprudence, le TPIY a commenté les atrocités commises pendant la guerre en Croatie (1991-1992), soulignant que ce qui s'était passé était non pas simplement un conflit armé entre des forces armées opposées, mais plutôt la dévastation de villages et le massacre de leurs populations. Je renvoie par exemple, sur ce sujet, aux affaires *Babić* (2004), *Martić* (2007), *Mrkšić, Radić et Sljivančanin* (2007) et *Stanišić et Simatović* (2013).

a) *Affaire Babić (2004)*

181. Dans son jugement du 29 juin 2004 en l'affaire *Babić*, le TPIY a conclu que le régime¹³⁹ qui avait lancé les attaques armées depuis la Serbie s'était livré «à l'extermination ou au meurtre de centaines de civils croates et d'autres civils non serbes» (par. 15) sur environ un tiers du territoire de la Croatie dans le but «d'y créer un Etat dominé par les Serbes» (par. 8 et 16). Il importe de noter que le TPIY a ajouté ce qui suit :

«Ensuite, en collaboration avec les autorités locales serbes, les forces serbes ont institué un système de persécutions visant à chasser de ces territoires la population civile croate et les autres populations civiles non serbes. Ces persécutions, de nature politique, raciale ou

¹³⁹ Avec les forces serbes — y compris la JNA (armée populaire yougoslave) et des unités de défense du territoire venues de Serbie —, de concert avec les autorités serbes.

religieuse, ont pris diverses formes : extermination ou meurtre de centaines de civils croates et d'autres civils non serbes à Dubiça, Cerovljanji, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača et dans les hameaux avoisinants, Skabrnja, Nadin et Bruška, en Croatie ; emprisonnement et détention prolongés et systématiques de plusieurs centaines de civils croates et d'autres civils non serbes dans des conditions inhumaines, à l'ancien hôpital et à la caserne de la JNA à Knin, transformés en centres de détention ; expulsion ou transfert forcé de milliers de civils croates et d'autres civils non serbes de la SAO de Krajina ; et destruction délibérée de logements, d'autres biens publics et privés, d'institutions culturelles, de monuments historiques et de lieux de culte de la population croate et des autres populations non serbes à Dubiça, Cerovljanji, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača et dans les hameaux avoisinants, Vaganac, Skabrnja, Nadin et Bruška.» (TPIY, *Babić*, jugement du 29 juin 2004, par. 15.)

Sur la base de l'exposé des faits et des autres éléments de preuve qui lui ont été présentés en l'affaire *Babić*, le TPIY s'est déclaré convaincu que la réalisation de l'entreprise criminelle commune en cause «impliquait une attaque généralisée ou systématique dirigée contre [la] population civile» et que cette entreprise criminelle avait été «exécutée avec une volonté de discriminer pour des raisons politiques, raciales ou religieuses» (*ibid.*, par. 35).

b) *Affaire Martić (2007)*

182. De même, dans son jugement du 12 juin 2007 en l'affaire *Martić*, le TPIY a conclu que «des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate» (par. 352) par la JNA, les unités de défense territoriale, la police serbe et les milices paramilitaires serbes opérant de concert ; que des «crimes graves et généralisés» ont été commis au cours de ces attaques (par. 443) pour atteindre «l'objectif poursuivi, à savoir la création d'un Etat serbe» (par. 342). Le TPIY a également conclu qu'il ressortait «des éléments de preuve que, en 1991, des Croates ont été tués, dépouillés de leurs biens, que leurs maisons ont été incendiées, que des villes et des villages croates ont été détruits, y compris les églises et édifices religieux, et que des Croates ont été arbitrairement licenciés» (TPIY, *Martić*, jugement du 12 juin 2007, par. 324). Ces attaques se sont poursuivies en 1992¹⁴⁰.

183. Le TPIY a encore constaté que «la JNA, intervenant de concert avec la TO [unités de défense territoriale] et la milice de Krajina, a lancé de nombreuses attaques contre les villages peuplés majoritairement de Croates» (*ibid.*, par. 344) et que «ces attaques suivaient généralement le même scénario, à savoir que les Croates étaient tués ou chassés» (*ibid.*, par. 443). De plus, ajoute le TPIY, des centaines de civils croates ont été capturés et mis

¹⁴⁰ Le TPIY ajoute que, «[e]n 1992, le territoire de la RSK a continué d'être le théâtre de meurtres ; d'actes de harcèlement ; de vols aggravés, de brutalités et d'incendies ; de vols et de destructions d'églises visant la population non serbe» (*ibid.*, par. 327).

en détention, et «des sévices graves leur ont été infligés» (TPIY, *Martić*, jugement du 12 juin 2007, par. 349). Le TPIY conclut aussi que «des actes de violence et d'intimidation généralisés ainsi que des atteintes à la propriété privée et publique visant la population croate, notamment l'emprisonnement dans des centres de détention administrés par les forces du MUP [police de la Serbie] de la SAO [région autonome serbe] de Krajina et de la JNA» ont été commis à la suite des attaques précitées (*ibid.*, par. 443).

184. A la fin de l'été 1991, ajoute le TPIY, «la JNA s'est engagée activement en Croatie aux côtés de la SAO de Krajina» (*ibid.*, par. 330). Après avoir rappelé les persécutions, les déplacements forcés, les déportations et les transferts sous la contrainte que la population civile croate a subis, le TPIY dit qu'il apparaît que «des Croates ont été tués par les forces serbes dans plusieurs localités de la SAO de Krajina en 1991» (*ibid.*, par. 426). Pour résumer,

«les attaques se déroulaient, de manière générale, suivant le même scénario... Des unités de l'armée de terre entraient dans le secteur ou le village en question à la suite d'un bombardement. Une fois que les combats avaient cessé, les assaillants tuaient ou maltrahaient les civils non serbes qui n'avaient pas réussi à fuir pendant l'attaque. Ils détruisaient les maisons, les églises et d'autres bâtiments pour empêcher le retour des non-Serbes, se livrant en même temps à un pillage systématique. En outre, les non-Serbes étaient pris dans des rafles et incarcérés...» (*Ibid.*, par. 427.)

185. De plus, le TPIY a évoqué les rapports de coopération entre la Serbie et Milan Martić, qui était le troisième président de la prétendue «République serbe de la Krajina (RSK)», ainsi que les demandes d'assistance de Martić à la Serbie; il a rappelé que, «[t]out au long des années 1992, 1993 et 1994, les dirigeants de la RSK, et notamment Milan Martić, ont maintes fois demandé le soutien financier, logistique et militaire de la Serbie, parfois directement à Slobodan Milošević» (*ibid.*, par. 159). En ce qui concerne l'objectif politique des dirigeants serbes, il a conclu que

«[l]e président de la Serbie, Slobodan Milošević, ... avait l'intention secrète de créer un Etat serbe. Milan Babić a déclaré que Slobodan Milošević entendait le faire en créant une force paramilitaire et en provoquant des incidents qui permettraient à la JNA d'intervenir, dans un premier temps pour séparer les belligérants, mais à terme pour s'emparer des territoires qui constitueraient le futur Etat serbe.» (*Ibid.*, par. 329.)

186. En ce qui concerne la période allant de 1991 à 1995, le TPIY déclare qu'il «dispose de nombreux éléments de preuve montrant que des actes de violence et d'intimidation généralisés ont été commis contre la population non serbe...» (*ibid.*, par. 430). Il conclut, entre autres, que «des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate et non serbe» de Croatie pendant cette période, nonobstant la présence de forces croates dans certains secteurs (*ibid.*, par. 349-352).

c) *Affaire Mrkšić, Radić et Sljivančanin (2007)*

187. Dans son jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, le TPIY a formulé plusieurs conclusions importantes sur le fait que «la JNA avait la maîtrise totale des opérations militaires» et exerçait un contrôle effectif sur les unités de la TO (défense du territoire) et de paramilitaires (par. 89). Au sujet des «dévastations commises à Vukovar pendant les combats militaires prolongés de 1991» (TPIY, *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, jugement du 27 septembre 2007, par. 8), il décrit notamment comment,

«dans la soirée et la nuit du 20-21 novembre 1991, les prisonniers de guerre ont été emmenés, par groupes de 10 ou 20, du hangar d'Ovčara à l'emplacement où une grande fosse avait été creusée plus tôt dans l'après-midi. Là, des membres de la TO de Vukovar et des paramilitaires ont exécuté au moins 194 prisonniers de guerre. Les exécutions ont commencé après 21 heures et se sont poursuivies jusqu'à bien après minuit. Les corps ont été jetés dans la fosse et n'ont été découverts que plusieurs années plus tard.» (*Ibid.*, par. 252.)

188. Dans ce même jugement, il a fait d'importantes constatations sur l'attaque générale et systématique dirigée contre la population civile de Vukovar. Il a notamment constaté que, du 23 août 1991 au 18 novembre 1991,

«Vukovar et ses environs ont, du 23 août au 18 novembre 1991, été de plus en plus la cible de bombardements et d'autres tirs qui ont fini par être quasi quotidiens. Les dégâts ont été terribles... Les forces serbes, formées de troupes bien armées et équipées, disposaient d'une supériorité numérique écrasante sur les forces croates. La ville de Vukovar a été encerclée et assiégée par les forces serbes, y compris par des forces aériennes et navales, jusqu'à la capitulation des forces croates le 18 novembre 1991. Début novembre, des maisons situées le long de la route reliant Vukovar à Mitnica, il ne restait que les caves. Toute la ville de Vukovar était privée de services de base. L'approvisionnement en eau et en électricité était coupé et le système d'évacuation des eaux usées défaillant. Les biens civils ont subi de grands dommages. Le 18 novembre 1991, Vukovar offrait un spectacle de désolation. Ceux qui étaient restés avaient été contraints de se retrancher dans les caves, des abris ou des endroits du même genre.»¹⁴¹ (*Ibid.*, par. 465.)

¹⁴¹ Toujours dans le même jugement, le TPIY constate que

«l'hôpital de Vukovar, les écoles, les bâtiments publics, les bureaux, les puits, les réseaux d'approvisionnement en eau et en électricité, ainsi que les routes, ont été gravement endommagés pendant le conflit. Tous les bâtiments ont été bombardés, y compris l'hôpital, les écoles et les jardins d'enfants. Nombre de puits ont été pris pour cibles et détruits. La plupart d'entre eux appartenant à des particuliers, les maisons alimentées en eau ont été parmi les premières à être détruites. De septembre à novembre 1991, les puits intacts constituaient la seule source d'eau potable.» (*Ibid.*, par. 466.)

189. Dans ce jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, le TPIY constate encore que

«[I]a bataille de Vukovar a fait de nombreux morts et blessés, tant du côté des combattants que des civils. On ignore le nombre exact de blessés pris en charge à Vukovar par les services croates dans la mesure où les centres de soins improvisés qui travaillaient dans des conditions extrêmement difficiles ne pouvaient se permettre le luxe de tenir un décompte précis. Rien ne permet de connaître le nombre de victimes du côté des forces serbes. La plupart des blessés étaient accueillis dans ce qui restait de l'hôpital de Vukovar et d'une infirmerie secondaire installée dans la cave d'un entrepôt tout proche, mais il existait d'autres centres de soins dans le secteur de Vukovar... Parmi les blessés figuraient des civils, y compris des femmes et des enfants. Aucun décompte précis n'ayant été tenu dans ces circonstances, la Chambre considère qu'on peut raisonnablement estimer que les civils représentaient 60 à 75 % des blessés. Il ressort d'un rapport adressé à Zagreb par le directeur des services médicaux le 25 octobre 1991 que 1250 blessés avaient été admis depuis le 25 août, et que 300 victimes étaient décédées à leur arrivée.» (TPIY, *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, 27 septembre 2007, par. 468.)

190. Et le TPIY d'ajouter l'important commentaire qui suit :

«Il ne fait aucun doute que les forces serbes dirigeaient en partie leurs attaques contre Vukovar... [L]'attaque serbe était consciemment et délibérément dirigée contre la ville et sa malheureuse population civile, prise au piège par le siège de Vukovar et des alentours par les forces serbes et contrainte de se réfugier dans les caves et autres constructions souterraines qui avaient résisté aux bombardements et aux assauts. *Selon la Chambre, il ne s'agissait pas d'un simple conflit armé entre une force militaire et des forces adverses qui aurait fait des victimes civiles et causé certains dommages matériels. Une vue d'ensemble révèle l'existence d'une attaque par les forces serbes numériquement bien supérieures, bien armées, bien équipées et bien organisées, qui ont lentement et systématiquement détruit une ville et ses occupants civils et militaires jusqu'à la reddition complète des derniers survivants. L'idée a été émise devant la Chambre que les forces serbes ne faisaient que libérer les habitants serbes assiégés qui étaient opprimés par les Croates et victimes de discriminations de leur part, mais c'est là une déformation grossière des faits tels qu'ils ont été établis par les éléments de preuve considérés sans parti pris.*»¹⁴² (*Ibid.*, par. 470.)

d) *Affaire Stanišić et Simatović (2013)*

191. Plus tard, dans son jugement du 30 mai 2013 en l'affaire *Stanišić*

¹⁴² Les italiques sont de moi. Voir aussi ci-après la section X 1) de la présente opinion dissidente.

et *Simatović*, le TPIY a conclu que d'avril 1991 à avril 1992, entre 80 000 et 100 000 Croates et autres civils non serbes avaient fui la SAO de Krajina en raison de la situation dans cette région au moment de leur départ résultant des facteurs suivants :

«les attaques contre des villages et villes peuplés exclusivement ou largement de Croates; le meurtre, l'utilisation de boucliers humains, la détention, les sévices, le travail forcé, les violences sexuelles et d'autres formes de harcèlement (dont des mesures coercitives) visant les Croates; le pillage et la destruction de biens. Ces actes ont été commis par les autorités serbes locales et les membres et unités de la JNA (dont les réservistes), la TO de la SAO de Krajina, la police de la SAO de Krajina (dont la police de Martić) et des formations paramilitaires serbes, ainsi que par des Serbes locaux, comme il est dit dans les conclusions tirées par la Chambre de première instance...» (TPIY, *Stanišić et Simatović*, jugement du 30 mai 2013, par. 404 et 997.)

192. Le TPIY a souligné que «les actes de harcèlement et d'intimidation» dont la population croate a été l'objet ont été commis «sur une grande échelle» :

«Des Croates ont été tués en 1991, leurs biens volés et leurs maisons incendiées, des villages et des villes croates, y compris des églises et des édifices religieux, ont été détruits et des Croates ont été arbitrairement démis de leurs fonctions. Pendant l'année 1992, les meurtres, le harcèlement, les vols qualifiés, les sévices, l'incendie de maisons, les vols et la destruction d'églises se sont poursuivis ... et ont visé la population non serbe. Pendant toute l'année 1993, d'autres informations ont fait état de meurtres, d'intimidations et de vols.» (*Ibid.*, par. 153.)

193. Il y a eu aussi des cas de déportation et de transfert de groupes de personnes sous la contrainte (*ibid.*, par. 996-1054); le TPIY, ici encore, a conclu que les forces serbes «ont expulsé et transféré de force des milliers de Croates»; dans ce cas, «[l]es personnes avaient été déplacées contre leur gré ou sans avoir eu véritablement le choix», car

«[l]es forces serbes avaient créé un climat tel que les victimes n'avaient d'autre choix que de partir, notamment en attaquant des villages et des villes, en procédant à des détentions arbitraires, en commettant des meurtres et en infligeant des mauvais traitements. Ces conditions ont été maintenues pendant des jours ou des semaines, parfois des mois, avant le départ de la population. La Chambre de première instance a également conclu que le meurtre, l'expulsion et le transfert forcé constituaient aussi des actes sous-jacents aux persécutions.» (*Ibid.*, par. 970.)

194. Le TPIY ajoute que «les personnes visées étaient principalement des civils» (*ibid.*, par. 971). Il conclut que «les conditions voulant que l'«attaque» soit «généralisée» et vise une «population civile» sont réunies» (*ibid.*). Les crimes retenus ont été commis au cours d'attaques

armées généralisées contre la population civile non serbe, contre des villages non serbes non défendus, et accompagnés par l'exécution systématique de civils non serbes et par la destruction de mosquées, d'églises et de maisons appartenant à des non-Serbes et d'autres cibles à caractère civil (TPIY, *Stanišić et Simatović*, jugement du 30 mai 2013, par. 969-970). Ces attaques, selon les conclusions du TPIY, s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne de destruction dirigée «contre la population civile», et «les auteurs [desdites attaques le] savaient» (*ibid.*, par. 972). Dans cette campagne de destruction généralisée et systématique, toutes les attaques de ce genre étaient délibérées et intentionnelles, comme l'atteste la jurisprudence du TPIY (*supra*).

X. CAMPAGNE DE DESTRUCTION GÉNÉRALE ET SYSTÉMATIQUE :
MEURTRES DE MASSE, ACTES DE TORTURE ET SÉVICES PHYSIQUES, EXPULSION
SYSTÉMATIQUE DES LOGEMENTS ET EXODE MASSIF, ET DESTRUCTION
DE LA CULTURE DU GROUPE

195. L'examen de l'ensemble du contexte factuel de l'espèce fait apparaître l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans les villages sur lesquels l'attention de la Cour a été appelée dans le cadre de la présente procédure. Cette campagne de destruction, comme il sera montré ci-après, comportait des meurtres de masse, des actes de torture et des sévices physiques, l'expulsion systématique des logements et un exode massif, et la destruction de la culture du groupe. Après avoir examiné et évalué la question de savoir si ces crimes sont établis, je passerai à d'autres faits¹⁴³ commis dans le cadre de cette campagne de destruction générale et systématique dans les villages attaqués en Croatie.

1. Attaques sans discrimination contre la population civile

196. Dans le contexte factuel de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)*, la question de savoir si la population attaquée était intégralement ou principalement composée de civils ne soulève aucune question de compétence, car le crime de génocide peut être commis contre n'importe quel individu, qu'il soit civil ou combattant. Dans d'autres contextes, le TPIY (chambres de première instance), qui devait tenir compte aussi des conditions nécessaires pour établir des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, a clarifié le sens à donner à la «population civile»: dans tous les cas, il a adopté une définition large, incluant notamment les personnes qui commettent des actes de résistance¹⁴⁴.

¹⁴³ Parties XI, XII et XIII du présent exposé, *infra*.

¹⁴⁴ Par exemple, dans le jugement *Tadić* (7 mai 1997), le TPIY a dit que, en ce qui concerne la population civile ciblée, «[l]a présence de certains non-civils en son sein ne

197. En outre, dans le cas d'espèce, la présence de forces et de formations armées croates ne saurait être invoquée pour déformer la réalité. Les événements de Vukovar sont un exemple de ce qui s'est probablement passé dans d'autres municipalités attaquées en Croatie. Comme l'a dit le TPIY dans le jugement *Mrkšić, Radić et Sljivančanin* («Hôpital de Vukovar», en date du 27 septembre 2007), il y avait une «très forte disparité numérique» entre les forces serbes et croates engagées dans la bataille de Vukovar (TPIY, *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, jugement du 27 septembre 2007, par. 470).

198. Selon le TPIY, l'attaque menée par des «forces serbes numériquement bien supérieures» contre des «forces croates qui étaient relativement peu nombreuses, très pauvrement armées et mal organisées», qui a entraîné des «destructions ... à Vukovar et aux abords immédiats» était «consciemment et délibérément dirigée contre la ville et sa malheureuse population civile, ... contrainte de se réfugier dans les caves et autres constructions souterraines qui avaient résisté aux bombardements et aux assauts» (*ibid.*, par. 470).

199. J'ai déjà dit, dans le présent exposé, que le TPIY avait conclu à des attaques générales et systématiques menées par les forces serbes contre la population civile croate¹⁴⁵. En sus des passages déjà cités de son jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, qu'il me soit permis de rappeler ici que, dans le même jugement, le TPIY a dit que «[l]e sort terrible réservé à la ville de Vukovar et à ses habitants s'inscrivait dans le cadre d'une attaque généralisée dirigée contre les peuples non serbes de Croatie et les régions où ces derniers étaient majoritaires» (*ibid.*, par. 471).

200. Le TPIY a ajouté que, à son avis, «les éléments de preuve montr[ai]ent dans l'ensemble que la punition terrible [avait été] infligée à Vukovar et à la population civile de la ville et des environs» parce qu'elle

modifie pas le caractère de la population» (par. 638). Il a réaffirmé cette position dans le jugement *Kunarac, Kovač et Vuković* (22 février 2001, par. 425). Dans le jugement *Blaškić* (3 mars 2000), il a dit une nouvelle fois que la présence de personnes portant les armes au sein d'un mouvement de résistance ne modifie pas le caractère civil de la population civile (par. 213 et 214). Dans le jugement *Kordić et Cerkez* (26 février 2001), il a relevé que les chambres de première instance du TPIY avaient adopté systématiquement «une définition large de la population civile» (par. 180). Dans le jugement *Martić* (12 juin 2007), la chambre de première instance I a conclu, compte tenu de l'importance de la population civile attaquée, que «la présence des forces et formations armées croates dans les régions de Skabrnja et Saborsko n'alt[é]rait pas le caractère civil de la population attaquée» (par. 350), ce que le TPIY a confirmé dans l'arrêt qu'il a rendu le 8 octobre 2008 dans la même affaire (par. 317). Dans le jugement *Popović et consorts* (10 juin 2010), la chambre de première instance II a dit que l'expression «population civile» devait «se comprendre au sens large» et désignait une population «majoritairement civile», même s'il y a[vait] en son sein des «membres de mouvements de résistance armés» (par. 1591). Dans le récent jugement *Stanišić et Zupljanin* (27 mars 2013), le TPIY a de nouveau souligné que «la présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité» (par. 26); il a une nouvelle fois réaffirmé le critère selon lequel cette population doit être «composée majoritairement de civils» (par. 26). Il a suivi la même logique dans le jugement *Limaj, Bala et Musliu* (30 novembre 2005, par. 186) et dans le jugement *Brđanin* (1^{er} septembre 2004, par. 134).

¹⁴⁵ Voir partie IX (4) du présent exposé, *supra*.

n'avait pas accepté «le Gouvernement fédéral de Belgrade contrôlé par les Serbes» et parce que la Croatie avait proclamé son indépendance (TPIY, *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, jugement du 27 septembre 2007, par. 471). Il a ensuite indiqué ce qui suit :

«Selon la Chambre, il ne s'agissait pas d'un simple conflit armé entre une force militaire et des forces adverses qui aurait fait des victimes civiles et causé certains dommages matériels. Une vue d'ensemble des événements révèle l'existence d'une attaque par les forces serbes numériquement bien supérieures, bien armées, bien équipées et bien organisées, qui ont lentement et systématiquement détruit une ville et ses occupants civils et militaires jusqu'à la reddition complète des derniers survivants. L'idée a été émise devant la Chambre que les forces serbes ne faisaient que libérer les habitants serbes assiégés qui étaient opprimés par les Croates et victimes de discriminations de leur part, mais c'est là une déformation des faits tels qu'ils ont été établis par les éléments de preuve considérés sans parti pris.» (*Ibid.*, par. 470 et 471.)

201. Dans son jugement en l'affaire *Mrkšić, Radić et Sljivančanin* («*Hôpital de Vukovar*»), le TPIY a conclu que, à l'époque des faits,

«il existait non seulement une opération militaire menée contre les forces croates présentes à Vukovar et alentour, mais aussi *une attaque généralisée et systématique dirigée par la JNA et d'autres forces serbes contre la population civile croate et d'autres civils non serbes dans le secteur de Vukovar. Les dommages importants causés aux infrastructures et aux biens de caractère civil, le nombre de civils tués ou blessés durant les opérations militaires et le grand nombre de civils déplacés ou contraints de prendre la fuite montrent clairement qu'il s'agissait d'une attaque indiscriminée contraire au droit international. Dirigée en partie délibérément contre la population civile, cette attaque était illicite. Le nombre de villages endommagés ou détruits à proximité immédiate de Vukovar, l'étendue de la zone concernée, ainsi que les dommages causés à la ville de Vukovar elle-même, témoignent d'une attaque généralisée. Le caractère systématique de l'attaque est aussi mis en évidence par la tactique adoptée par la JNA pour s'emparer de chaque village ou ville et les dommages causés, ainsi que par le déplacement forcé des habitants rescapés des attaques lancées contre leurs villages.*» (*Ibid.*, par. 472.)¹⁴⁶

202. En effet, lorsqu'il a eu à connaître de différentes affaires se rapportant au conflit en Croatie, le TPIY a constaté l'existence d'un ensemble de violences extrêmes générales et systématiques, prenant pour cible la population civile. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* contient des éléments qui mettent en évidence l'existence d'une telle campagne, planifiée et préméditée. L'extrême violence est allée bien au-delà de l'établissement d'une hégémonie militaire et administrative: il s'agissait de massacres, de torture brutale et de sévices physiques

¹⁴⁶ Les italiques sont de moi.

infligés à des civils croates et de l'expulsion par la force des habitants des localités qui étaient encore là. Ceux-ci ont été forcés à signer des documents attestant qu'ils consentaient «volontairement» à laisser tous leurs biens à la «SAO de Krajina». En outre, l'artillerie serbe a été utilisée pour détruire toutes les traces de l'architecture, de la culture et de la religion croates¹⁴⁷.

203. Ces attaques aveugles contre la population civile en Croatie constituaient une campagne d'extrême violence et de destruction, selon le mode opératoire suivant: *a)* tout d'abord, avant l'occupation d'un village, la JNA adressait un ultimatum aux habitants croates pour les appeler à déposer leurs armes sous peine de voir leur localité rasée; dans le même temps, on leur promettait qu'aucun mal ne serait fait aux civils croates s'ils n'opposaient pas de résistance armée; *b)* l'artillerie de la JNA lançait alors l'attaque, suivie de l'infanterie épaulée par des groupes paramilitaires serbes; *c)* enfin, une fois le village occupé, une campagne de terreur était lancée afin d'empêcher, physiquement ou psychologiquement, les Croates de continuer à vivre sur place.

204. Même lorsque le village n'était pas entièrement détruit, par exemple à Poljanak, des crimes graves étaient commis, comme le TPIY l'a reconnu dans l'affaire *Martić*. Pourtant, ces crimes graves n'ont pas été mentionnés en détail dans le présent arrêt, ni au sujet de ce village, ni d'autres. En ce qui concerne Poljanak, il y a eu aussi des témoignages de meurtres; ainsi, B. V. a déclaré que sa famille avait été tuée et qu'il avait été roué de coups, que des Tchetsniks fouillaient des maisons du village et les incendiaient, et qu'ils arrêtaient des gens; il a aussi été témoin de meurtres¹⁴⁸. Un autre témoin, M. V., a trouvé deux victimes mortes, la boîte crânienne brisée et la cervelle éparpillée¹⁴⁹.

205. Comme pour Saborsko, il importe de relever que la Serbie a reconnu que le TPIY, dans le jugement *Martić*, «a[vait] confirmé les meurtres commis à Poljanak et dans le hameau Vuković»¹⁵⁰. Selon des témoignages, des maisons avaient aussi été brûlées à Poljanak. M. L. a déclaré que des prisonniers étaient enfermés dans une pièce dans le camp de Manjača, où «on ne leur a[vait] pas donné à manger ni à boire pendant quatre ou cinq jours, alors qu'ils étaient interrogés inlassablement, et ils [avaient] été battus et molestés»¹⁵¹. B. V. a témoigné que des Tchetsniks avaient fouillé et incendié des maisons à Poljanak et avaient arrêté des gens¹⁵².

2. Meurtres de masse

206. Pendant la phase finale des attaques menées par les forces armées serbes, une fois qu'un village était pris, une campagne de terreur était

¹⁴⁷ Voir requête introductive d'instance de la Croatie, par. 34, et mémoire, par. 4.8-4.9.

¹⁴⁸ Mémoire de la Croatie, annexe 387.

¹⁴⁹ *Ibid.*, annexe 388.

¹⁵⁰ Contre-mémoire de la Serbie, par. 861.

¹⁵¹ Mémoire de la Croatie, annexe 385.

¹⁵² *Ibid.*, annexe 387.

lancée, suivie d'exécutions massives et aveugles de civils croates. Le reste de la population croate, souvent réduit, était soumis à diverses formes de loi martiale, à l'emprisonnement, à l'exil forcé ou à la déportation dans les camps; dans certains villages, les Croates ont été contraints à porter un ruban blanc en brassard sur la manche de leur vêtement ou à accrocher un drap blanc sur la porte de leur maison¹⁵³. Pendant l'occupation, nombre d'entre eux ont fui vers les villes voisines qui n'étaient pas encore tombées, et certains ont été tués dans des embuscades tendues par des unités paramilitaires serbes.

207. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a observé ce qui suit, à propos de l'existence d'une campagne systématique de destruction :

« Il n'est pas nécessaire d'examiner séparément chacun des incidents que le demandeur a rapportés, ni de dresser une liste exhaustive des allégations; la Cour estime qu'il suffit d'examiner les faits qui éclaireraient la question de l'intention ou fourniraient des exemples d'actes dont le demandeur prétend qu'ils ont été commis à l'encontre de membres du groupe et qui revêtiraient un caractère systématique dont pourrait se déduire l'existence d'une intention spécifique (*dolus specialis*). » (Par. 242.)

208. Compte tenu de cette observation, je n'entends pas — d'autant qu'il n'est nécessaire de le faire dans le présent exposé — procéder à une analyse approfondie de crimes particuliers, la Cour n'étant de toute façon pas une juridiction pénale internationale. Il m'importe davantage de vérifier l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique révélée par ces crimes dans tous les villages attaqués sur lesquels l'attention de la Cour a été appelée. De nombreux crimes mettant en évidence cette campagne de destruction ont été décrits par des témoins et d'autres ont été constatés par le TPIY, comme je le montre tout au long du présent exposé.

209. En effet, le dossier en l'espèce montre que des actes criminels ont été commis dans les différentes régions occupées par les forces serbes. Dans la région de la Slavonie orientale, par exemple, les villes et villages suivants sont mentionnés: Tenja, Dalj, Berak, Bogdanovci, Sarengrad, Ilok, Tompojevci, Bapska, Tovarnik, Sotin, Lovas, Tordinci et Vukovar¹⁵⁴. Les actes illicites, attestant une campagne de destruction systématique, qui ont été commis en Slavonie orientale ont ensuite été commis en Slavonie occidentale, dans la Banovina, le Kordun, la Lika et la Dalmatie¹⁵⁵.

210. Les premiers villages et populations civiles attaqués ont été ceux de Dalj, Erdut et Aljmaš, au début du mois d'août 1991. Entre le 28 sep-

¹⁵³ Voir partie XIII du présent exposé, *infra*.

¹⁵⁴ Mémoire de la Croatie, par. 4.20-4.30, 4.31-4.37, 4.38-4.46, 4.47-4.55, 4.56-4.61, 4.62-4.72, 4.73-4.80, 4.81-4.93, 4.94-4.106, 4.107-4.115, 4.116-4.132, 4.133-4.138 et 4.139-4.190, respectivement.

¹⁵⁵ *Ibid.*, par. 5.3-5.64, 5.65-5.122, 5.123-5.186 et 5.187-5.241, respectivement.

tembre et le 17 octobre 1991, les villages de Sotin, Ilok, Sarengrad, Lovas, Bapska et Tovarnik ont été pris par la JNA et les groupes paramilitaires serbes. Des meurtres ont été commis dans le cadre d'une campagne de brutalités systématiques — par exemple, des familles entières ont été massacrées, et des meurtres commis au hasard pour forcer les Croates à fuir¹⁵⁶; la campagne a atteint son paroxysme lors du massacre de Vukovar (à partir du 18 novembre 1991)¹⁵⁷.

211. Plusieurs charniers ont été découverts (par exemple, dans la Banovina, le Kordun et la Lika) à Tenja, Dalj, Ilok, Sotin, Lovas, Tordinci, Ovčara, Vukovar, Pakrac, Lađevac, et Skabrnja; l'identité des victimes et leur lieu d'origine étaient à peine indiqués, quand ils l'étaient¹⁵⁸. La Croatie a souligné que, au moment du dépôt de son mémoire (mars 2001), 61 charniers avaient été découverts en Slavonie orientale. Nombre des charniers découverts par la suite n'avaient servi que de sépulture provisoire; la JNA a fréquemment déterré les corps pour les transférer dans d'autres parties du territoire occupé ou en Serbie¹⁵⁹.

212. De son côté, la Serbie a contesté les éléments de preuve présentés par la Croatie¹⁶⁰; elle a soutenu que les meurtres de Croates par les forces serbes n'étaient pas destinés à détruire ce groupe, et n'étaient donc pas constitutifs de génocide; à l'inverse, a-t-elle ajouté, les meurtres de Serbes par les forces croates avaient été commis, selon elle, dans l'intention de détruire le groupe comme tel¹⁶¹. La Croatie a répondu que la Serbie n'avait pas nié que des Croates avaient été soumis à la torture et à de graves atteintes à leur intégrité physique ou mentale, de manière systématique¹⁶². La Serbie, de son côté, n'a pas contesté que des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale avaient été causées à des Croates par les forces serbes au cours de la guerre en Croatie entre 1991 et 1995, mais elle a fait valoir que les forces croates avaient aussi causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de Serbes¹⁶³.

213. L'ouvrage *A Book of Evidence* joint par la Croatie au dossier de la présente espèce, intitulé *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92*¹⁶⁴, recense quatre phases dans la guerre en Croatie, du point de vue «des victimes civiles et de la destruction de villages et de villes croates», à savoir :

«Dans la première phase (juillet-août 1991), les troupes paramilitaires serbes armées par la JNA jouaient le rôle principal. Avec l'aide

¹⁵⁶ Mémoire de la Croatie, chapitre 4.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 4.19.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 4.29, 4.35, 4.72, 4.107, 4.116, 4.138, 4.178, 4.188, 5.27, 5.77, 5.137, 5.146 et 5.226, respectivement.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 4.07.

¹⁶⁰ Contre-mémoire de la Serbie, par. 660 et 663.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 48.

¹⁶² Réplique de la Croatie, par. 9.47.

¹⁶³ Contre-mémoire de la Serbie, par. 81.

¹⁶⁴ *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence*, Zagreb, ministère croate de la santé, 1992, p. 1-207.

de la JNA, elles attaquaient des villages croates complètement désarmés, en particulier aux alentours de Banija et dans les environs de Knin. A cette époque, la JNA prétendait encore mettre en place des zones tampons entre les «deux parties en conflit». Cependant, les exemples de Dalj, Kraljevčani, Dragotinci et Kijevo montrent clairement le rôle actif qu'a joué la JNA qui utilisait des chars et l'aviation pour détruire des bâtiments résidentiels, alors même qu'il n'y avait pas de forces de la Police croate (MUP) ou de la Garde nationale (CNZ). Dans la *deuxième phase* de la guerre (septembre 1991), la JNA a entrepris de conquérir des régions plus vastes de Croatie, et elle a pris Kostajnica, Dubica, Petrinja, Drniš, Jasenovac, Okučani et Stara Gradiška. C'est la phase pendant laquelle l'armée croate n'avait pas l'artillerie lourde nécessaire, de sorte qu'elle ne pouvait même pas neutraliser l'agresseur. Cela a donné lieu à un certain nombre de défaites croates, qui ont eu pour conséquence des masses de réfugiés et de personnes déplacées venant de la Banija, de la Dalmacija et pour partie de la Slavonie. La *troisième phase* s'est déroulée au cours des mois d'octobre et de novembre 1991, lorsque la JNA s'est livrée à une guerre intensive totale en ayant recours à l'aviation, à l'artillerie lourde et à des unités blindées sur la ligne de la frontière de la Grande Serbie Virovitica-Karlovac-Karlobag. La ligne de front établie a rendu possible la stabilisation de la défense. Pourtant, l'artillerie lourde de la JNA a provoqué d'énormes destructions dans les villes croates, y compris les villes du bord de mer qui étaient coupées du reste du monde. Pendant cette période, d'importantes villes croates, comme Vukovar, Slunj ou Dubrovnik, ont été encerclées et ont subi de lourds dommages, voire ont été rasées. ... La *quatrième phase* de la guerre, qui est aussi la dernière, commence après le cessez-le-feu du 3 janvier 1992. Pendant le mois d'avril 1992, il y a eu une recrudescence terrible des attaques d'artillerie contre plusieurs cibles civiles, en particulier Osijek, Vinkovci, Slavonski Brod, Zupanja, Karlovac, Zadar, Gospić et Nova Gradiška. Pendant cette phase, ce sont les civils, qui n'étaient pas préparés à des attaques d'artillerie, qui ont été particulièrement visés. Une nouvelle vague de réfugiés s'est formée. Il restait encore des membres de la population menacée dans les territoires occupés. Ils ont été chassés de leurs logements avant que les forces de l'ONU n'arrivent.»¹⁶⁵

214. Ce document distingue, dans la première phase de l'offensive, la destruction des logements, forçant les habitants à fuir pour ne pas être tués ou victimes de brutalités. Les résidents non armés des villages attaqués ont été déplacés de force et leurs logements détruits ou pillés; ils sont partis vers des régions plus centrales et plus sûres de la Croatie. Dans la deuxième phase, la JNA a lancé de féroces attaques armées, appuyées par

¹⁶⁵ *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence*, Zagreb, ministère croate de la santé, p. 1 et 4.

l'artillerie et des avions de combat, contre de nombreux villages et villes (par exemple Vukovar, Osijek, Vinkovci, Sisak, Karlovac, Pakrac, Lipik, Gospić, Otočac, Zadar, Sibenik, Dubrovnik, Petrinja, Nova Gradiška ou Novska), accompagnées de massacres de civils. Il est précisé ce qui suit :

« Nombre de femmes, d'enfants et de personnes âgées ont perdu la vie de cette manière, parce que des milliers de résidences privées et de bâtiments publics ont été totalement détruits. Les civils mouraient chez eux, dans les écoles, les jardins d'enfants, les églises, les hôpitaux, dans leur ferme, alors qu'ils marchaient dans les rues, allaient à bicyclette ou conduisaient leur voiture. En bref, personne n'était en sécurité nulle part et il n'y avait littéralement pas d'endroit où se protéger des pilonnages et des bombardements. »¹⁶⁶

215. La destruction systématique de logements par des tirs à bout portant a été opérée à grande échelle, notamment à Vukovar, Osijek, Petrinja, Vinkovci et Gospić. Après que les chars avaient tiré sur les résidences privées, « d'abord sur les étages supérieurs, puis sur le rez-de-chaussée ..., des grenades à main étaient lancées dans le sous-sol où les propriétaires ou les résidents a[vaient] cherché refuge »¹⁶⁷. Nombre des corps étaient laissés là où ils étaient tombés, et après un certain temps ne pouvaient plus être récupérés (en particulier dans la Banija, le Kordun, la Lika et en Slavonie orientale, ainsi que dans l'arrière-pays à Zadar et Sibenik, et à Dubrovnik). Des massacres de civils ont eu lieu (par exemple, à Voćin et Hum près de Podravska Slatina, à Obrovac, Benkovac, Knin, Skabrnja et Nadin) dans le « cadre d'un génocide planifié » dans les territoires occupés¹⁶⁸.

216. Les pertes civiles — dont des enfants, des femmes et des personnes âgées — avaient pour « principale cause » « les tirs aveugles et nourris d'artillerie visant des objectifs strictement civils »¹⁶⁹. Des personnes ont aussi été « portées disparues » — quelque 8000 à 12 000, selon le document. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a participé à leur recherche. En outre, des « écoles, hôpitaux, bibliothèques, monuments et surtout des églises catholiques, cibles privilégiées de l'artillerie de la JNA », ont été détruits systématiquement¹⁷⁰. Des bibliothèques, par exemple, ont été détruites partout, pour le seul plaisir de la destruction, pendant les guerres sur le territoire de l'ex-Yougoslavie — lors des attaques menées en Croatie, mais aussi en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo¹⁷¹, au détriment des populations concernées.

¹⁶⁶ *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence*, Zagreb, ministère croate de la santé, 1992, p. 4.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷¹ Pour un commentaire, voir notamment L. X. Polastron, *Livros em Chamas — A História da Destruição sem Fim das Bibliotecas [Livres en feu]*, Rio de Janeiro, J. Olympio Edit., 2013, p. 236-238.

3. Actes de torture et sévices physiques

217. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* abonde en témoignages d'actes de torture et de sévices physiques infligés à des civils lorsque l'État défendeur a lancé son offensive militaire, et même avant. Le mémoire du demandeur, en particulier, regorge de témoignages faisant état de travail forcé, d'actes de torture et de sévices physiques (à Dalj, Berak, Bagejci, Bapska, Lovas, Tordinci, Vukovar, Vaganac, Kijevo, Vujići, Tovarnik, Knin)¹⁷²; d'extrême violence et de torture psychologique (à Sotin, Josevica, Lipovača et Sarengrad)¹⁷³; d'enlèvements et de disparitions forcées (à Pakrac)¹⁷⁴; d'utilisation de civils comme «boucliers humains» pour «protéger» les forces armées serbes (à Bapska et Cetekovac)¹⁷⁵, entre autres atrocités (à Kusunje, Podravska Slatina, Kraljevčani, Tovarnik, Joševica)¹⁷⁶.

218. En outre, à Poljanak, des cas de torture et de sévices physiques ont également été rapportés. Selon M. L., à Pâques 1991, des groupes de Tchetniks avaient tendu une embuscade aux employés du ministère de l'intérieur, et il y avait eu un affrontement armé au cours duquel des gens ont été tués. Au dire du témoin, des prisonniers avaient été enfermés dans une pièce dans le camp de «Manjača, où on ne leur a pas donné à manger ni à boire pendant quatre ou cinq jours, alors qu'ils étaient interrogés inlassablement, et ils ont été battus et molestés»¹⁷⁷. B. V. a déclaré que les membres de sa famille avaient été tués et qu'il avait été roué de coups¹⁷⁸.

219. Les coups étaient portés avec des battes, des fils électriques, des bottes, des chaînes, des bâtons et d'autres objets¹⁷⁹. A plusieurs reprises, la torture et l'humiliation ont été suivies du meurtre des victimes (à Bogdanovci, Sarengrad, Tovarnik, Voćin)¹⁸⁰. Il y a eu des cas de suicide parmi les Croates¹⁸¹. La Croatie fait longuement état d'une campagne de destruction systématique des victimes visées, notamment d'actes de torture physique et psychologique et de sévices, sous diverses formes.

220. De son côté, la Serbie, en particulier dans sa duplique, a reconnu que de nombreuses atrocités ont été commises contre des Croates au cours

¹⁷² Voir mémoire de la Croatie, par. 4.34-4.35, 4.38, 4.40, 4.85, 4.88-4.90, 4.124, 4.135-4.136, 4.168-4.169, 5.175, 5.212, et CR 2014/10, par. 20 et 27, respectivement.

¹⁷³ Mémoire de la Croatie, par. 4.111, 4.50, 5.88 et 5.143, respectivement.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 5.16, et CR 2014/10, par. 17.

¹⁷⁵ *Ibid.*, par. 4.85 et 5.43, respectivement.

¹⁷⁶ *Ibid.*, par. 5.27, 5.30, 5.98, 4.100, et CR 2014/10, p. 25, respectivement.

¹⁷⁷ *Ibid.*, annexe 385.

¹⁷⁸ *Ibid.*, annexe 387.

¹⁷⁹ Voir par exemple CR 2014/10, p. 24 et 25.

¹⁸⁰ Mémoire de la Croatie, par. 4.47-4.55, 4.56 à 4.59, 4.101, et CR 2014/10, p. 17, respectivement.

¹⁸¹ CR 2014/10, p. 25.

des conflits¹⁸², mais elle a contesté la fiabilité des preuves et des documents présentés par l'Etat demandeur, notamment celle des déclarations des témoins. Selon elle, les événements tragiques décrits par l'Etat demandeur n'établissent pas l'intention génocidaire et l'intention spécifique de détruire; ils établissent tout au plus, ajoute-t-elle, que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été commis, mais pas un génocide¹⁸³.

221. Appelant ensuite l'attention sur Vukovar, en Slavonie orientale, la Croatie a fait valoir que, après la chute de la ville, des officiers de haut rang de la JNA avaient facilité et encouragé la torture à grande échelle et le meurtre de prisonniers¹⁸⁴, notamment ceux qui se trouvaient au Velepromet¹⁸⁵. Selon le demandeur, à Vukovar et dans d'autres villes ou villages, des civils croates, souvent des personnes âgées incapables de fuir ou se refusant à le faire, avaient été victimes d'actes d'une extrême brutalité, torturés et tués par les soldats de la JNA, les forces de la TO et des paramilitaires¹⁸⁶. D'après lui, ces atrocités avaient été commises dans l'intention de détruire la population croate dans les régions visées¹⁸⁷.

222. La Croatie a en outre affirmé que, à Vukovar, les forces serbes avaient mené une campagne intense de bombardements et de pilonnages, de meurtres brutaux et de torture, d'expulsions systématiques et de privation de nourriture, d'eau, d'électricité, d'hygiène et de soins médicaux. Elle a ajouté que les forces serbes avaient établi des camps de torture, notamment Velepromet et Ovčara, où les Croates étaient emmenés¹⁸⁸. Selon elle, alors que les forces serbes avaient la possibilité de déplacer et de ne pas éliminer les survivants croates de Vukovar, ceux-ci avaient au contraire été torturés à de multiples reprises et exécutés¹⁸⁹.

223. Dans le jugement en date du 12 juin 2007 en l'affaire *Martić*, le TPIY (chambre de première instance I) a constaté que, lors des attaques menées contre des villages croates de la SAO de Krajina, les forces armées serbes n'avaient pas laissé aux villageois d'autre choix « que s'enfuir », et que ceux qui étaient restés étaient immédiatement battus et tués (TPIY, *Martić*, jugement du 12 juin 2007, par. 349). Au nombre des villages attaqués figuraient Potkonije, Vrpolje, Glina, Kijevo, Drniš, Hrvatska Kostajnica, Cerovljani, Hrvatska Dubica, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača, Skabrnja, Nadin et Bruška; « la population croate a fait l'objet de mesures discriminatoires sévères » dans ces lieux (*ibid.*).

224. En tout état de cause, a poursuivi le TPIY, « des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate et non serbe » tant en Croatie qu'en Bosnie-Herzégovine (*ibid.*, par. 352).

¹⁸² Voir par exemple CR 2014/13, par. 3-5; et duplique, par. 349, 360, 367-368, 381, 384 et 386.

¹⁸³ Voir duplique de la Serbie, par. 349, 360, 367-368, 381, 384-386; et CR 2014/13, par. 3-5.

¹⁸⁴ CR 2014/5, p. 43.

¹⁸⁵ CR 2014/6, p. 41.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ CR 2014/8, p. 29, 31 et 35.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 39.

Des crimes de torture et des traitements cruels et inhumains cruels ont été perpétrés dans «une intention discriminatoire fondée sur l'appartenance ethnique» (TPIY, *Martić*, jugement du 12 juin 2007, par. 411 et 413). Il s'agissait d'une entreprise visant à battre, maltraiter et torturer systématiquement les détenus (*ibid.*, par. 414-416).

225. Six ans plus tard, dans le jugement en date du 30 mai 2013 en l'affaire *Stanišić et Simatović*, le TPIY (chambre de première instance I) a conclu de même qu'il y avait eu une «attaque générale» contre la même population civile dont les personnes visées étaient membres (TPIY, *Stanišić et Simatović*, jugement du 30 mai 2013, par. 971-972). «L'intention discriminatoire» des auteurs était claire (*ibid.*, par. 1250). Cette campagne d'extrême violence s'était caractérisée par des détentions arbitraires, des sévices physiques, des agressions sexuelles, des actes de torture, des meurtres, l'emploi de termes péjoratifs et d'insultes, la déportation et le transfert forcé — actes ayant tous pour fondement l'origine ethnique des victimes (*ibid.*, par. 970 et 1250). J'ajouterais qu'il convient de garder à l'esprit que l'interdiction de la torture sous toutes ses formes est absolue dans toutes les circonstances: c'est une interdiction qui relève du *jus cogens*.

226. Enfin, je souhaite préciser que le TPIY, dans l'arrêt qu'il a récemment rendu (11 juillet 2013) en l'affaire *Karadžić*, a rejeté le recours visant à obtenir un acquittement, et a rétabli les accusations de génocide contre M. R. Karadžić, à raison des brutalités commises contre des détenus: bien que les atrocités aient eu lieu dans des municipalités de Bosnie, la campagne de destruction était la même que celle menée dans les municipalités croates, et les groupes visés étaient les mêmes: outre les Musulmans de Bosnie, les Croates de Bosnie étaient aussi pris pour cible. En ce qui concerne les conditions de détention, le TPIY a pris note des faits de torture, des traitements cruels et inhumains, des viols et autres violences sexuelles, du travail forcé et des conditions d'existence inhumaines, dont «les conditions déplorables en matière d'hébergement, d'approvisionnement en nourriture et en eau, de soins médicaux ou d'installations sanitaires» étaient établis (TPIY, *Karadžić*, jugement du 11 juillet 2013, par. 34). Il a en outre pris note

«des éléments de preuve versés au dossier montrant que des Musulmans et/ou des Croates de Bosnie ont été, pendant leur détention, frappés à coups de pied et violemment battus avec toutes sortes d'objets — fusils et crosses, matraques et gourdins, bâtons et cannes, battes, chaînes, câbles, tuyaux métalliques et barres de fer, éléments de mobilier et autres objets. Les détenus étaient fréquemment battus plusieurs jours durant, pendant de longues périodes ou à de multiples reprises au cours de la même journée. Les éléments de preuve versés au dossier illustrent également plusieurs cas de détenus précipités dans des cages d'escalier ou battus jusqu'à ce qu'ils perdent conscience, ou encore dont la tête a été cognée contre les murs. Ces sévices auraient provoqué des blessures graves, notamment des fractures des côtes, du crâne, de la mâchoire ou des vertèbres, ainsi que des commotions cérébrales. Leurs conséquences

à long terme incluraient notamment chute de dents, maux de tête permanents, visage défiguré, doigts déformés, douleurs chroniques aux jambes et paralysie partielle des membres.» (TPIY, *Karadžić*, jugement du 11 juillet 2013, par. 35.)

4. *Expulsion systématique des logements et exode massif, et destruction de la culture du groupe*

227. En plus des meurtres de masse, des actes de torture, des sévices physiques et d'autres mauvais traitements, la population croate visée a connu des conditions de vie insupportables : expulsion systématique des logements, imposition d'un rationnement alimentaire et réduction des fournitures et traitements médicaux essentiels¹⁹⁰. Les segments visés de la population étaient tenus d'afficher des signes de leur appartenance ethnique et ont été privés de nourriture, d'eau, d'électricité et de traitement médical. Leurs déplacements faisaient l'objet de restrictions et ils ont été soumis à des pillages répétés et à un régime de meurtres aveugles et de masse (*supra*), et ce dans un contexte de brutalités et de violences extrêmes. Leurs monuments culturels et religieux et les signes de leur patrimoine culturel ont été détruits ou pillés ; les bases de leur enseignement ont été supprimées et remplacées par d'autres¹⁹¹.

228. La population croate a été expulsée ou déplacée de force dans les villages suivants : Tenja, Dalj, Berak, Bogdanovci, Sarengrad, Ilok, Tompojevci, Bapska, Tovarnik, Sotin, Lovas et Tordinci, ainsi que Pakrac, Uskok, Donji, Gornji Varos et Pivare¹⁹² ; les gens ont été forcés à signer des déclarations par lesquelles ils renonçaient à tous leurs droits sur leurs biens et à se joindre à l'exode de masse ; ceux qui ne l'ont pas fait ont été soumis à un régime brutal de violences extrêmes. La Croatie a rappelé que le TPIY, dans son jugement rendu (le 2 août 2001) en l'affaire *Krstić*, a constaté que

« la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement. La Chambre considérera donc en l'espèce la destruction délibérée de mosquées et de maisons appartenant aux membres du groupe comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe. » (TPIY, *Krstić*, jugement du 2 août 2001, par. 580.)

229. La Cour elle-même a cité cette conclusion dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine (Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-*

¹⁹⁰ Voir, par exemple, mémoire de la Croatie, par. 4.23 et 5.30.

¹⁹¹ *Ibid.*, par. 4.60, 4.128 et 5.181.

¹⁹² *Ibid.*, par. 4.30-4.31, 4.37, 4.46-4.47, 4.61-4.64, 4.80, 4.93, 4.105, 4.107, 4.132-4.133, 5.14, 5.49, 5.79, 5.92, 5.93, 5.106, 5.121, 5.140-5.141, 5.146, 5.148, 5.174, 5.181, 5.196, 5.202-5.205, 5.210, 5.223 et 5.225.

Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 185, par. 344). Il est clair que la destruction du patrimoine culturel et religieux, telle qu'elle s'est produite dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* concernant les attaques armées en Croatie, peut avoir de l'importance dans le contexte de la campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans le cas d'espèce opposant la Croatie à la Serbie. Cette destruction du patrimoine culturel et religieux ne saurait être simplement écartée sans plus de considération, comme la Cour l'a fait dans le présent arrêt (par. 129, 379, 385 et 386). La Cour aurait dû tenir dûment compte de la campagne de destruction susmentionnée dans son ensemble (y compris de la destruction des sites culturels et religieux), comme le TPIY l'avait à juste titre relevé dans l'affaire *Krstić* (*supra*).

230. En l'espèce, la Serbie, de son côté, a rétorqué que, pour que l'expulsion systématique d'individus chassés de leurs foyers relève du *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide, elle doit s'inscrire dans le cadre d'une « série manifeste » capable de produire la destruction physique du groupe, et pas seulement son déplacement ; selon elle, le demandeur n'est pas parvenu à prouver que, là où elle s'était produite, l'expulsion des Croates s'était accompagnée de l'intention de détruire cette population¹⁹³. En outre, la Serbie a minimisé l'importance de la destruction d'objets culturels et cultuels, affirmant que, lors des travaux préparatoires de la convention sur le génocide, l'inscription des attaques contre les objets culturels et cultuels dans la rubrique du « génocide culturel » avait été rejetée au cours du processus de rédaction¹⁹⁴.

231. Sur ce point, je tiens à faire observer ici que, dans son *Autobiography*, Raphael Lemkin, qui a consacré tant d'énergie à l'avènement de la convention de 1948 sur le génocide, a souligné que le génocide était « un élément essentiel » de l'histoire du monde, qui suivait l'humanité « comme une ombre sinistre du début de l'Antiquité à l'heure actuelle »¹⁹⁵. Pour lui, un groupe pouvait être détruit en tant que groupe, même si ses membres n'étaient pas tous détruits, mais que son identité culturelle l'était ; le génocide, pour R. Lemkin, signifiait aussi la destruction d'une culture, l'appauvrissement de la civilisation. La destruction de l'identité culturelle d'un groupe finit par détruire son « esprit »¹⁹⁶. R. Lemkin a reconnu que l'idée de « génocide culturel » lui était « très chère » : « Cela signifiait la destruction du modèle culturel d'un groupe, comme la langue, les traditions, les monuments, les archives, les bibliothèques et les églises. En bref : les sanctuaires de l'âme d'une nation. »¹⁹⁷

232. R. Lemkin a beaucoup regretté que cette idée n'ait pas recueilli d'appui au cours des travaux préparatoires de la convention sur le génocide,

¹⁹³ Voir contre-mémoire de la Serbie, par. 84 ; et duplique de la Serbie, par. 333.

¹⁹⁴ Duplique de la Serbie, par. 335.

¹⁹⁵ R. Lemkin, *Totally Unofficial — The Autobiography* (dir. publ., D.-L. Frieze), New Haven/Londres, Yale University Press, 2013, p. 125 et 140.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 131, 138 et 168.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 172.

mais il a continué à nourrir l'espoir que, à l'avenir, un protocole additionnel à la Convention, relatif au «génocide culturel», serait adopté. Après tout, a-t-il ajouté, «la destruction d'un groupe entraîne l'anéantissement de son patrimoine culturel ou l'interruption des apports culturels émanant du groupe»¹⁹⁸. Il était attentif aux écrits des «pères fondateurs» du droit international (des XVI^e et XVII^e siècles) et il a exprimé son admiration en particulier pour ceux de Bartolomé de Las Casas (et aussi pour ceux de Francisco de Vitoria), en raison de sa défense, fondée sur le droit naturel, des droits des populations autochtones contre les violences et les brutalités du colonialisme dans le Nouveau Monde (ce que R. Lemkin a appelé un «génocide colonial»)¹⁹⁹.

233. A ce sujet (destruction du patrimoine culturel d'un groupe), la chambre de première instance du TPIY, dans la décision (examen des actes d'accusation, 11 juillet 1996) qu'elle a rendue en l'affaire *Karadžić et Mladić*, a fait observer que, dans certains cas,

«c'est un moyen de désorganisation du groupe à travers l'humiliation et la terreur. La destruction des mosquées ou des églises catholiques vise à l'anéantissement de la présence séculaire du ou des groupes; la destruction des bibliothèques à l'annihilation d'une culture enrichie de la participation des diverses composantes nationales de la population.» (TPIY, *Karadžić et Mladić*, décision du 11 juillet 1996, par. 94.)

Je reviendrai sur ce point plus loin dans le présent exposé, lorsque je traiterai la question de la destruction des biens culturels lors des bombardements de Dubrovnik (octobre-décembre 1991)²⁰⁰.

234. Dans le jugement *Stanišić et Simatović* (30 mai 2013) déjà mentionné, la chambre de première instance I du TPIY a noté que les membres de la population civile locale, quand ils n'avaient pas été tués, avaient été marginalisés, brutalisés et contraints de fuir «pour qu'un territoire purement serbe soit établi», afin que les villages attaqués puissent ensuite «faire partie d'une Grande Serbie» (TPIY, *Stanišić et Simatović*, jugement du 30 mai 2013, par. 1250). Le TPIY a rappelé «ses conclusions concernant les événements (attaques, meurtres, destructions de maisons, arrestations et détentions arbitraires, torture, harcèlement et pillage) survenus dans la région de Saborsko de juin à novembre 1991» (*ibid.*, par. 264). Il a retenu les éléments montrant que «quelque 20 000 à 25 000 Croates et autres civils non serbes» avaient été déplacés de force de la région SAO de Krajina avant avril 1992 (*ibid.*).

¹⁹⁸ R. Lemkin, *op. cit. supra* note 195, p. 172-173.

¹⁹⁹ Voir A. Dirk Moses, «Raphael Lemkin, Culture, and the Concept of Genocide», *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (dir. publ., D. Bloxham and A. Dirk Moses), Oxford University Press, 2010, p. 26-27; et voir A. A. Cançado Trindade, «Prefacio», *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694) — La Conciencia Crítica de la Conquista y Colonización de América* (dir. publ., P. Calafate et R. E. Mandado Gutiérrez), Santander, Ed. Universidad de Cantabria, 2014, p. 72-73 et 98-99.

²⁰⁰ Voir partie XII 7) du présent exposé, *infra*.

235. Dans la même affaire, le TPIY a ajouté que le nombre total des personnes déplacées de force avait considérablement augmenté jusqu'en avril 1992; pour reprendre ses termes, «de 80 000 à 100 000 Croates et autres civils non serbes ont fui la SAO de Krajina» en conséquence de la situation créée qui prévalait alors dans la région, à savoir une combinaison d'«attaques contre les villages et les villes peuplés essentiellement ou entièrement de Croates; ... meurtres, utilisation de boucliers humains, détention, coups, travail forcé, violences sexuelles et autres formes de harcèlement des Croates; et pillage et destruction de biens» (TIPY, *Stanišić et Simatović*, jugement du 30 mai 2013, par. 404, et voir par. 997)²⁰¹.

236. En outre, dans le jugement *Tolimir* (12 décembre 2012), la chambre de première instance II du TPIY a souligné qu'il était nécessaire et important d'examiner le déplacement de force de segments de la population à la lumière d'autres actes répréhensibles dirigés contre le même groupe. Elle a fait valoir que, en procédant de la sorte, il devenait clair que la campagne de destruction, qui apparaissait lorsque tous les actes illicites étaient considérés dans leur ensemble, était le signe d'une intention de détruire tout ou partie de la population déplacée de force (TPIY, *Tolimir*, jugement du 12 décembre 2012, par. 739 et 748).

5. *Appréciation générale*

237. Les preuves produites devant la Cour en la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* établissent clairement, à mon sens, la perpétration de meurtres de masse de membres ciblés de la population civile croate pendant les attaques armées en Croatie, dans le contexte d'une campagne systématique de violences extrêmes dans les villages attaqués, qui comprenait aussi des actes de torture, des détentions arbitraires, des sévices physiques, des agressions sexuelles, des expulsions de logements et des pillages, des déplacements et des transferts forcés, des déportations et des humiliations. C'était non pas exactement une guerre, mais un assaut dévastateur contre les civils. Ce n'était pas simplement une «pluralité de crimes de droit commun» qui «ne sauraient constituer un génocide», comme l'a soutenu le conseil de la Serbie devant la Cour à l'audience du 12 mars 2014²⁰²; c'était plutôt une campagne de dévastation, une multiplication d'atrocités qui, en elles-mêmes, par leur violence et leur brutalité extrêmes, peuvent mettre en évidence l'intention de détruire (*mens rea* du génocide)²⁰³.

238. Il n'était pas rare que les atrocités commises s'accompagnent de l'emploi de termes péjoratifs et de propos haineux. Il me semble important de souligner que la population attaquée se trouvait *dans une situation*

²⁰¹ Voir aussi partie IX 4) d) du présent exposé, *supra*.

²⁰² Voir CR 2014/15, p. 18, par. 22. Voir aussi contre-mémoire de la Serbie, par. 54.

²⁰³ Voir partie XV du présent exposé, *infra*.

de vulnérabilité extrême, sinon sans défense — ce qui, à mon sens, constitue une circonstance aggravante. Je reviendrai plus loin à l'examen des crimes perpétrés, sous l'angle des parties pertinentes des dispositions de l'article II de la convention sur le génocide²⁰⁴.

239. Enfin et surtout, je tiens à ajouter que, dans ce contexte factuel, l'expression «nettoyage ethnique», employée pour désigner l'expulsion forcée, mise en œuvre avec la plus grande violence, d'un groupe visé d'un territoire donné, semble être une tentative de dissimuler la cruauté extrême de la réalité qu'elle recouvre. J'ai déjà fait état, dans l'exposé de mon opinion dissidente (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 543, par. 47) joint à l'avis consultatif donné par la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (22 juillet 2010), de la manière plutôt dérobée dont cette expression est entrée dans le vocabulaire juridique en tant que violation du droit international.

240. Il se trouve que cette expulsion contrainte ou forcée d'un groupe d'un territoire en vue de rendre celui-ci ethniquement «homogène» a été effectuée — comme le montrent les guerres dans l'ex-Yougoslavie — au moyen de meurtres, de torture et de sévices physiques, de travail forcé, de viol et autres violences sexuelles, d'expulsion des logements, de déplacement forcé, de déportation (avec exode de masse) et de destruction des sites culturels et religieux. Ainsi, il se pourrait bien que ce qui semblait avoir été au départ une *intention d'expulser* un groupe d'un territoire soit devenue, parce que l'extrême violence engendre une violence accrue, une *intention de détruire* le groupe visé.

241. Le «nettoyage ethnique» et le génocide semblent non pas s'exclure mutuellement, mais en quelque sorte se chevaucher²⁰⁵ : avec le développement de l'extrême violence, ce qui semblait être au départ un «nettoyage ethnique» se révèle être un génocide, et l'initiale «intention de déplacer» dégénère en «intention de détruire» le groupe visé. Dans ces conditions, il ne rime à rien d'essayer de camoufler le génocide en employant l'expression «nettoyage ethnique». Dans certaines circonstances, cette expression peut s'entendre d'un génocide, comme l'a reconnu

²⁰⁴ Voir partie XIII du présent exposé, *infra*.

²⁰⁵ Pour en savoir plus, voir notamment M. Grmek, M. Gjidara et N. Simac (coord.), *Le nettoyage ethnique — Documents historiques sur une idéologie serbe*, Fayard, 2002, p. 7-9, 26, 31, 33, 38, 212, 286, 293 et 294, 311-312, 324-325 et 336-337; J. Quigley, *The Genocide Convention — An International Law Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 191-201; N. M. Naimark, *Fires of Hatred — Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge (Mass.)/Londres, Harvard University Press, 2001, p. 156-157, 164-165, 168-170, 174 et 183-184; Ph. Spencer, *Genocide since 1945*, Londres/N.Y., Routledge, 2012, p. 11-12, 29 et 85-86; N. Cigar, *Genocide in Bosnia — The Policy of «Ethnic Cleansing»*, College Station, Texas A & M University Press, 1995, p. 3-10, 22-37, 62-85 et 139-180; B. Lieberman, «Ethnic Cleansing versus Genocide?», *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (dir. publ., D. Bloxham et A. Dirk Moses), Oxford University Press, 2010, p. 42-60; C. Carmichael, *Ethnic Cleansing in the Balkans — Nationalism and the Destruction of Tradition*, Londres/N.Y., Routledge, 2002, p. 2, 66 et 112-114.

la CEDH dans l'arrêt *Jorgić c. Allemagne* (12 juillet 2007)²⁰⁶. La CEDH a jugé utile de dire que, si « bon nombre d'autorités » avaient « interprét[é] de manière étroite la notion de génocide », « plusieurs autres » en faisaient à présent une interprétation « plus large » (*Jorgić c. Allemagne*, arrêt du 12 juillet 2007, par. 113), comme en l'espèce en l'affaire *Jorgić*.

XI. CAMPAGNE DE DESTRUCTION GÉNÉRALE ET SYSTÉMATIQUE :
VIOLS ET AUTRES VIOLENCES SEXUELLES COMMIS
DANS DIFFÉRENTES MUNICIPALITÉS

242. Je m'attarderai à présent sur la campagne de destruction générale et systématique, qui a pris la forme de viols et autres violences sexuelles commis systématiquement dans plusieurs municipalités, à compter du lancement de la campagne militaire menée par la Serbie contre la Croatie. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* contient en effet plusieurs témoignages, présentés à la Cour tant au cours de la phase écrite que de la phase orale de la procédure, faisant état de viols de Croates dans un certain nombre de municipalités. Je m'étendrai à présent sur cette question en particulier, en m'intéressant tout d'abord aux témoignages présentés lors de la phase orale de la procédure, puis à ceux présentés plus tôt, au cours de la phase écrite. La voie sera ainsi tracée pour que je fasse part de mes réflexions sur d'autres aspects de ces atrocités, tout aussi dignes d'attention.

1. Descriptions de viols systématiques

a) *Les griefs de la Croatie*

243. Dans ses plaidoiries, la Croatie a fait valoir que, au cours de leur « campagne génocidaire » d'une « extrême brutalité », pendant laquelle « [d]es communautés entières de Croates ont été délibérément détruites », la JNA et les forces serbes subordonnées « ont violé plus de femmes croates qu'on ne le saura jamais » et « détruit plus de 100 000 maisons et plus de 1400 édifices et lieux de culte catholiques » ; elles ont envoyé plus de 7700 Croates dans des camps de détention « dans d'autres parties de la Croatie, de la Serbie et de l'ex-Yougoslavie, et elles en ont déporté plus de 550 000 autres »²⁰⁷. La Croatie a ensuite présenté des récits de viols « accompagnés de violents sévices à caractère ethnique » qui se sont produits à Berak²⁰⁸.

²⁰⁶ Le requérant avait affirmé que les juridictions allemandes n'avaient pas compétence pour le reconnaître coupable de génocide (perpétré dans des villages de Bosnie-Herzégovine) ; la CEDH a conclu que la condamnation du requérant par les tribunaux allemands, pour génocide, n'emportait pas de violation de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (par. 113-116).

²⁰⁷ CR 2014/6, p. 45, par. 11 et 13.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 60, par. 22.

244. La Croatie a ensuite expliqué que la première phase de cette campagne — les attaques d'artillerie — avait pour objectif de semer la terreur « parmi les Croates afin de les obliger à abandonner leur village »; ce sont toutefois ceux qui avaient refusé de fuir ou qui se trouvaient dans l'incapacité de le faire qui ont subi « les pires atrocités »: ils ont été « tués, torturés, violés ou maltraités par les forces serbes assaillantes » résolues à détruire la population croate de la région. Il s'agissait, selon la Croatie, « d'une attaque véritablement génocidaire, en ce qu'elle avait pour but de détruire une partie de la population croate »²⁰⁹.

245. Des faits de torture et de viol auraient été commis dans les villages de Lovas²¹⁰, Sotin²¹¹, Bogdanovci, où les paramilitaires ont massacré pour ainsi dire tous les Croates qui s'y trouvaient²¹², à Pakrac²¹³, et dans toute la Slavonie orientale²¹⁴. La Croatie a ensuite mis l'accent sur les viols et les autres atrocités dont la population croate de Vukovar avait été victime²¹⁵; elle a affirmé que, au Velepomet, les femmes et les filles « n'[avaie]nt pas échappé au viol » brutal²¹⁶, comme cela avait été décrit lors de ses plaidoiries²¹⁷. Et elle a ajouté que,

« dans l'affaire *Bosnie c. Serbie*, la Cour a clairement fait la part entre la destruction physique et la « simple dissolution ». Décrire les quatre phases des événements survenus à Vukovar en 1991 — l'utilisation massive de la force par des forces serbes très largement supérieures en nombre afin de priver la population prise au piège des conditions essentielles à la vie, le meurtre, le viol et le démembrement de ceux qui restaient par les forces qui gagnaient du terrain, la mise en scène des transports vers les camps de torture et de mort et le massacre organisé qui a eu lieu à Velepomet et Ovčara —, dire de ces faits qu'ils n'étaient qu'une « simple dissolution » du groupe croate de Vukovar, c'est dénaturer la langue au point de la priver de sens. »²¹⁸

246. La Croatie a fait valoir que « [l]es viols multiples et en réunion de femmes croates étaient fréquents » et visaient à « tuer la graine de la Croatie », comme l'avaient précisé les auteurs²¹⁹; ces faits se sont produits à Siverić, Lovas, Vukovar, Sotin, Doljani, Bapska et Cakovci, Dalj, Gornji Popovac et Tovarnik, entre autres, parfois même chez les victimes.

²⁰⁹ CR 2014/8, p. 17, par. 36.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 17, par. 36, et CR 2014/10, p. 23, par. 7.

²¹¹ Voir CR 2014/8, p. 22, par. 54.

²¹² *Ibid.*, p. 24, par. 62-63.

²¹³ CR 2014/10, p. 13, par. 12.

²¹⁴ Voir *ibid.*, p. 25 et 27, par. 67 et 71. Selon la Croatie, « [d]ans plusieurs villes et villages de Slavonie orientale, des femmes ont été contraintes de « reconforter » les forces serbes »; *ibid.*, p. 23, par. 7.

²¹⁵ Voir CR 2014/8, p. 31, par. 11, et voir CR 2014/10, p. 23, par. 7.

²¹⁶ CR 2014/8, p. 42, par. 61.

²¹⁷ CR 2014/20, p. 33, par. 20, et p. 53, par. 24.

²¹⁸ CR 2014/8, p. 48, par. 88.

²¹⁹ CR 2014/10, p. 21-24, par. 4.

Les agressions sexuelles avaient souvent lieu chez les victimes et «leur famille devait y assister, ce qui rendait le supplice des femmes encore plus dégradant et humiliant»²²⁰. A Tovarnik, des cas de castration d'hommes ont aussi été rapportés²²¹. La Croatie a ajouté ce qui suit :

«Les femmes violées ressentent souvent un tel sentiment de honte qu'elles ne dénoncent pas l'agression dont elles ont été victimes. Ce fut le cas en Croatie aussi où les cas non signalés sont nettement plus nombreux que ceux qui l'ont été. La peur, le traumatisme et la honte ne s'estompent pas avec le temps.»²²²

247. Après avoir souligné que «[l]es femmes et les filles croates ont souvent été les victimes de violences ethniques, dont le viol et le viol en réunion», de la part de membres de la JNA, de la TO, de la police serbe et des paramilitaires serbes, la Croatie a rappelé que la résolution 1820 (2008) du Conseil de Sécurité des Nations Unies dispose que le viol et d'autres formes de violence sexuelle «peuvent constituer un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un élément constitutif du crime de génocide»²²³.

248. La Croatie a ensuite fait état des nombreuses déclarations de témoins (victimes directes ou témoins de ces viols et viols en réunion) dans plusieurs «villes, villages et hameaux occupés par la JNA et les forces serbes», comme Berše, Brđani, Doljani, Joševica, Korenica, Kostajnički Majur, Kovačevac, Ljubotić et Lisičić, Novo Selo Glinško, Parčić, Puljane, Sarengrad, Sekulinci, Smilčić, Sotin, Tenja, Vukovar et bien d'autres encore²²⁴. Elle a alors conclu, sur cette question particulière, ce qui suit :

«Les éléments de preuve présentés par le demandeur ont révélé l'échelle et le caractère systématique des meurtres, tortures et viols qui constituent à notre sens l'élément matériel du génocide au sens des alinéas *a*) et *b*) de l'article II de la convention sur le génocide. Soutenir le contraire serait ne pas être crédible.

Qui plus est, les conditions d'existence imposées à la population croate demeurée sur le territoire occupé par les Serbes, notamment les expulsions systématiques des foyers, les tortures, les viols et les privations de nourriture, d'eau, d'installations sanitaires et de soins médicaux visaient à détruire cette population en tant que groupe. Ces actes constituent également un génocide au sens de l'alinéa *c*) de l'article II de la Convention.

Enfin, ce matin, vous avez entendu des témoignages détaillés sur les viols dont les Croates, femmes et hommes, ont été systématique-

²²⁰ CR 2014/10, p. 21-24, par. 5-6.

²²¹ *Ibid.*, par. 8.

²²² *Ibid.*, p. 21-24, par. 3.

²²³ *Ibid.*, p. 21, par. 2 [les italiques sont de moi].

²²⁴ *Ibid.*, p. 24, par. 9. Sur la brutalité des violences sexuelles, voir aussi *ibid.*, p. 27, par. 22-25 (à Vukovar).

ment victimes, les mutilations sexuelles, la castration d'hommes croates et d'autres sévices sexuels qui, dans le contexte plus vaste de la politique de génocide pratiquée par les forces serbes, sont assimilables à des mesures visant à entraver les naissances au sein de la population croate. Pour nous, pareils actes relèvent clairement des dispositions de l'alinéa *d*) de l'article II.»²²⁵

b) *La réplique de la Serbie*

249. De son côté, la Serbie, au lieu de traiter la question de la pratique systématique du viol, a tenté de jeter le discrédit sur les preuves produites par la Croatie²²⁶. Elle a fait valoir, pour l'essentiel, que la plupart des déclarations de témoins n'étaient pas signées²²⁷, point déjà clarifié dans une certaine mesure par la Croatie (*supra*). En tout état de cause, elle a reconnu, en termes généraux, que des « crimes graves » (voir *supra*) avaient été commis; pour la citer :

« le grief fondamental que nourrit le défendeur à l'égard des déclarations non signées et rapports de police produits par le demandeur ne signifie pas que l'Etat serbe nie la perpétration de crimes graves au cours du conflit armé en Croatie. En effet, de tels crimes ont été commis à l'encontre de membres du groupe national et ethnique croate. Et ils l'ont été par des personnes et des groupements de souche serbe. Il va sans dire que la Serbie condamne ces crimes, regrette leur perpétration et compatit à la souffrance des victimes et de leurs familles.

A ce jour, la Haute Cour de Belgrade a condamné et emprisonné 15 Serbes à raison des crimes de guerre commis contre des prisonniers de guerre à la ferme d'Ovčara, près de Vukovar, et 14 autres pour les crimes de guerre perpétrés contre des civils dans le village de Lovas, en Slavonie orientale. Le deuxième jugement a récemment été cassé par la cour d'appel, en raison de déficiences dans le raisonnement sous-tendant les déclarations de culpabilité individuelles, et un nouveau procès doit avoir lieu. Dix autres actions ont été intentées devant la Haute Cour de Belgrade à raison de crimes de guerre commis par des Serbes en Croatie. Au total, 31 personnes de nationalité serbe ont à ce jour été condamnées et emprisonnées, et d'autres accusations sont en voie d'être portées. L'instruction se poursuit relativement à plusieurs autres crimes, y compris celui de Bogdanovci.

Ainsi, malgré l'incurie dont le demandeur a fait montre en ce qui concerne l'administration de la preuve, il n'est pas contesté que des

²²⁵ CR 2014/10, p. 54, par. 16-18. Pour d'autres témoignages, voir par exemple CR 2014/6, p. 45; CR 2014/8, p. 14, 25 et 39; CR 2014/10, par. 23-24.

²²⁶ Voir par exemple CR 2014/13, p. 65-66, par. 43; CR 2014/22, p. 13-14, par. 10-13.

²²⁷ CR 2014/13, p. 64-65, par. 38 et 42.

civils et des prisonniers croates ont été assassinés au cours du conflit. Cela a également été établi par le TPIY dans le jugement qu'il a rendu à l'issue du procès intenté contre Milan Martić, déclaré coupable en sa qualité d'ancien ministre de l'intérieur de la République serbe de Krajina, ainsi que dans l'affaire *Mrkšić et consorts*, qui porte aussi le nom d'«Ovčara». Dans cette affaire bien connue, le TPIY a constaté que 194 prisonniers de guerre avaient été tués. Il s'agit du plus grave massacre dont les Croates aient été les victimes pendant tout le conflit.»²²⁸

2. Campagne de viols systématiques dans différentes municipalités

250. Comme il est dit plus haut, le dossier de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie contient des informations faisant état de viols de Croates dans un certain nombre de municipalités. Plusieurs témoins ont déclaré avoir été violés, souvent à plusieurs reprises et par plusieurs auteurs. Il importe aussi de noter que ces viols étaient souvent accompagnés de termes insultants et d'autres actes de violence, tels que des sévices physiques et l'utilisation d'objets.

251. Les exemples fournis de témoignages concernant la commission continue de viols dans différentes municipalités attestent une *campagne générale et systématique de viol* de membres de la population croate, infligeant une humiliation aux victimes. Les déclarations mentionnées ci-après font partie des éléments de preuve produits par la Croatie afin d'illustrer les nombreuses allégations de viol dans différentes municipalités et de démontrer le caractère systématique de ces graves infractions²²⁹.

252. Ainsi, à Lovas, des paramilitaires auraient infligé régulièrement des violences sexuelles à des Croates²³⁰. A. M. a témoigné avoir été violée à plusieurs reprises et a dit que les paramilitaires avaient pris l'habitude de réunir des groupes de femmes croates dans le village afin de les violer²³¹. De même, P. M. a fait état de violences sexuelles infligées à des hommes croates²³². A Bapska, P. M. a décrit la manière dont un soldat

²²⁸ CR 2014/13, p. 64-65, par. 38-40. Et la Serbie a ajouté :

«L'examen attentif de tous les actes d'accusations dressés par le TPIY à raison des crimes commis contre les Croates révèle que les victimes sont effectivement nombreuses. Il ne fait aucun doute par ailleurs que de nombreux Croates sont tombés aux champs de bataille au cours de ce conflit qui s'étend sur une période de cinq ans. Pourtant, dans la perspective de l'objet de la présente procédure, ces pertes sont d'un tout autre ordre que le nombre des victimes tuées en quelques jours à Srebrenica, ou même en Krajina.» (CR 2014/22, p. 64-65, par. 41.)

²²⁹ Voir aussi mémoire de la Croatie, par. 5.30, 5.59, 5.88, 5.147, 5.157, 5.175, 5.209-5.210, 5.212 et 5.224 ; voir aussi *ibid.*, par. 4.25, 4.44-4.45, 4.60, 4.110, 4.113, 4.129, 4.131, 4.169, 4.185, 4.60, 5.147, 5.157, 5.212 et 5.224. Voir également réplique de la Croatie, par. 5.35, 5.46, 5.54 et 5.84.

²³⁰ Mémoire de la Croatie, par. 4.129.

²³¹ *Ibid.*, annexe 108.

²³² *Ibid.*, annexe 101.

serbe les a violées, elle et sa mère âgée de 81 ans, avant de tordre le nombre de sa mère à mains nues²³³. Dans ce village, des témoignages ont aussi fait état de violences sexuelles infligées à des hommes, selon le témoin F. K.²³⁴. A Pakrac, H. H. a décrit le viol et la torture infligés à une victime avant que ses oreilles ne soient sectionnées et son crâne pulvérisé²³⁵. Dans le même esprit violent, à Kraljevčani, le viol d'une femme croate, dont les seins ont ensuite été coupés, a été décrit²³⁶.

253. Dans le village de Tenja, des femmes croates ont été systématiquement violées et contraintes de travailler dans les champs et les potagers. Par exemple, alors que K. C. était affectée au nettoyage du poste de police, elle a été victime d'une agression sexuelle par l'un des policiers; selon M. M., K. C. aurait tenté de se suicider à la suite de cette douloureuse expérience²³⁷. A Berak, M. H. a décrit comme suit les viols qu'elle a subis: «Ils aimaient particulièrement s'en prendre à moi parce que j'avais six garçons et qu'ils m'accusaient d'avoir donné naissance à six Oustachis.»²³⁸ Dans ce village, il est fait état de sévices sexuels infligés à des femmes croates. L. M. et M. H. ont été violées devant de nombreuses personnes et pendant toute la nuit²³⁹. P. B. a déclaré avoir été violée brutalement par sept réservistes de la JNA arborant l'insigne des Aigles blancs²⁴⁰.

254. Dans le village de Sotin, V. G. a décrit la manière dont, le 30 septembre 1991, deux soldats sont entrés dans sa maison et l'ont violée à tour de rôle en gardant le canon de leur arme pointé sur elle. Le lendemain, l'un des soldats qui l'avait violée est revenu et a violé sa mère. Après quoi, il a contraint V. G. à se mettre à genoux et lui a infligé un viol anal²⁴¹. En outre, R. G. a dit qu'une femme âgée avait été victime d'«abus sexuel» à Sotin et S. L. a décrit aussi d'autres violences sexuelles commises dans ce village²⁴². Quant à Tovarnik, l'ouvrage intitulé *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence* (p. 107-108) fait aussi état de violences sexuelles que des prisonniers croates ont été contraints de s'infliger mutuellement²⁴³.

255. Le dossier de la présente instance contient de nombreux témoignages de viols et d'autres violences sexuelles qui ont été commis, en particulier, dans la région de Vukovar. Certains exemples en ont été fournis par les dépositions de témoins. Ainsi, le soldat musulman de la JNA, E. M., a décrit un viol et un meurtre dans le récit qu'il a fait de la conduite

²³³ Mémoire de la Croatie, par. 4.90.

²³⁴ *Ibid.*, par. 4.91, et annexe 74.

²³⁵ *Ibid.*, par. 5.17, et annexe 175.

²³⁶ *Ibid.*, par. 5.98.

²³⁷ *Ibid.*, par. 4.25.

²³⁸ *Ibid.*, par. 4.44.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, par. 4.45.

²⁴¹ *Ibid.*, par. 4.113, et annexe 94.

²⁴² *Ibid.*, par. 4.101 et 4.111, respectivement.

²⁴³ *Ibid.*, par. 4.101.

de la JNA à Petrova Gora (un faubourg de Vukovar)²⁴⁴. A. S. a témoigné de la manière dont, le 16 septembre 1991, M. L., de Vukovar, lui a dit qu'il allait la tuer : après l'avoir insultée, il l'a violée²⁴⁵. T. C. a rendu compte aussi de ce qui s'est passé dans un faubourg de Vukovar, Cakovci : R. I. est entré dans sa maison et, menaçant de la tuer, lui a attaché les mains et l'a violée²⁴⁶.

256. Le camp du Velepromet a été le théâtre d'exécutions, d'actes de torture et de viols souvent collectifs commis systématiquement. Les femmes de nationalité croate qui y étaient emprisonnées étaient emmenées pour interrogatoire et soumises à des sévices sexuels. Des viols collectifs auraient aussi eu lieu. B. V. a été violée le surlendemain de son arrivée dans le camp ; quatre soldats l'ont violée l'un après l'autre sur le sol du bureau ; pendant tout ce temps, ils n'ont jamais cessé de l'injurier et de la frapper au visage. B. V. a raconté que 15 soldats serbes avaient emmené M. M. dans la pièce voisine de la sienne et l'avaient violée à tour de rôle²⁴⁷.

257. M. M. a décrit comment, le 18 novembre 1991, jour de l'occupation du centre de Vukovar, elle avait été emmenée dans le bâtiment Velepromet avec sa famille, puis transférée en autocar à Sand Sabac (Serbie). Elle avait ensuite été ramenée à Vukovar et elle a décrit comment elle avait été violée par cinq hommes, l'un après l'autre, de 21 heures jusqu'au matin. Pendant le viol, elle s'était mise à saigner et on l'avait obligée à s'asseoir sur une bouteille de bière. Cela s'était passé devant sa petite sœur, qui avait aussi été victime de violences sexuelles pendant deux semaines et était tout le temps terrifiée²⁴⁸. De même, H. E. a témoigné avoir été violée tous les jours par des policiers et des soldats serbes dès qu'elle était arrivée à la prison. Les viols avaient lieu dans la cellule devant d'autres détenues. H. E. a aussi fait état de sévices physiques et de violences psychologiques²⁴⁹.

258. Le témoin T. C. a déclaré que les Tchetniks « maltrahaient, expulsaient, menaçaient, battaient, violaient et tuaient [des personnes] quotidiennement » et a ajouté que « les Croates devaient mettre des rubans blancs à leur porte pour que les Tchetniks qui n'étaient pas du village puissent les reconnaître » ; elle a affirmé avoir été violée²⁵⁰. De même, G. K. a témoigné avoir été maltraitée et violée²⁵¹ ; B. V. a fait état de meurtres, de viols et de sévices physiques, et a ajouté qu'elle avait également été violée par quatre hommes qui l'avaient insultée pendant le viol²⁵².

²⁴⁴ Mémoire de la Croatie, par. 4.153, et annexe 127.

²⁴⁵ *Ibid.*, par. 4.155, et annexe 125.

²⁴⁶ *Ibid.*, par. 4.156, et annexe 128.

²⁴⁷ *Ibid.*, par. 4.185.

²⁴⁸ *Ibid.*, par. 4.169, et annexe 117.

²⁴⁹ *Ibid.*, annexe 116.

²⁵⁰ *Ibid.*, annexe 128.

²⁵¹ *Ibid.*, annexe 130.

²⁵² *Ibid.*, annexe 151.

3. La nécessité et l'importance d'une analyse par sexe

259. La présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* ne peut, selon moi, être jugée correctement que si l'on tient compte des *différences entre les sexes*. Ce n'est pas la première fois que j'adopte cette position : il y a près d'une décennie, en 2006, j'ai fait de même dans une autre instance internationale²⁵³, compte tenu des circonstances de l'espèce. A présent, en 2015, une analyse par sexe est, à mon avis, tout aussi inévitable et essentielle dans la présente affaire, compte tenu de l'existence d'une ligne de conduite socioculturelle faisant apparaître une discrimination systémique et une extrême violence à l'égard des femmes.

260. Tandis que se déroulaient en Croatie et en Bosnie-Herzégovine des guerres qui s'accompagnaient de violences contre les femmes, l'attention voulue était portée, dans les documents finals de la conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme (Vienne, 1993) et de la quatrième conférence mondiale sur les femmes (Beijing, 1995), aux difficultés auxquelles se heurtaient les femmes face à des lignes de conduite culturelles dans des situations et des circonstances distinctes²⁵⁴. L'attention prêtée au *principe de base de l'égalité et de la non-discrimination* revêt ici une importance fondamentale. Dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)*, les femmes comme les hommes qui faisaient partie des groupes visés ont été victimes de sévices, mais les femmes (de tous âges) ont été brutalisées de façon différente et dans une proportion bien plus élevée que les hommes — d'où la nécessité de tenir compte du sexe des victimes.

261. Le viol général et systématique des filles et des femmes, tel qu'il s'est produit lors des attaques armées en Croatie (et aussi de celles en Bosnie-Herzégovine), a eu un effet dévastateur sur les victimes. Des filles ont été privées brutalement de leur innocence et de leur enfance, malgré leur jeune âge. C'est une cruauté extrême. Des jeunes femmes célibataires ont été privées brutalement de leur projet de vie. C'est une cruauté extrême. Les victimes ne pouvaient plus croire à la relation amoureuse ni espérer en vivre une un jour. C'est une cruauté extrême. Des femmes jeunes ou entre deux âges, qui, après avoir été violées, se sont retrouvées enceintes, n'ont pas pu vivre leur maternité avec l'attention et le respect voulus, à cause de l'extrême violence qu'elles avaient subie et continuaient à subir. C'est une cruauté extrême.

262. Les femmes entre deux âges et les femmes plus âgées qui avaient déjà fondé une famille ont vu leur vie personnelle et leur vie de famille complètement détruites. Même si elles ont survécu physiquement, elles

²⁵³ Voir CIDH, affaire de la *Prison de Castro-Castro c. Pérou*, arrêt du 25 novembre 2006, opinion individuelle du M. le juge Cançado Trindade, par. 58-74.

²⁵⁴ Voir A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos [Traité de droit international des droits de l'homme]*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 2003, p. 354-356.

ont dû avoir le sentiment d'être devenues des ombres errantes²⁵⁵. C'est une cruauté extrême. Des femmes ont aussi été violées jusqu'à en mourir. Celles qui ont survécu à ce supplice ont-elles eu plus de «chance» que celles qui ont franchi le terme de la vie? Toutes auront connu une terrible souffrance²⁵⁶. Le caractère sacré de la vie — avant la naissance, pendant la grossesse, après la naissance et tout au long de l'existence humaine — a été détruit avec brutalité.

263. Qu'est-il advenu ensuite, après le viol brutal et l'humiliation, des enfants qui sont nés de la haine? Le savons-nous? Quels ont été les effets à long terme de cette campagne de destruction dont les principales victimes étaient des femmes? Le savons-nous? Qu'est-il arrivé aux fils et aux filles de la haine? Le savons-nous? Le viol général et systématique des femmes en l'espèce met en évidence un ensemble de violences extrêmes qui s'inscrit *dans une dimension intertemporelle*. Des femmes ont aussi perdu leurs enfants ou leur mari dans la guerre, et certaines n'ont pas eu accès à leurs dépouilles, ce qui les a privées de leur projet funéraire.

264. Il y a maints siècles, Euripide a décrit, dans ses tragédies *Les Suppliantes*, *Andromaque*, *Hécube* et *Les Troyennes* (IV^e siècle av. J.-C.), les incidences et les effets cruels de la guerre sur les femmes en particulier. Ses *Troyennes*, par exemple, sont considérées de nos jours comme l'un des plus grands textes littéraires de l'Antiquité contre la guerre, dont il décrit les maux. Plus de quatre siècles plus tard, Sénèque a écrit sa propre version de la tragédie *Les Troyennes* (50-62 apr. J.-C.), qui offre un point de vue différent, mais dépeint aussi l'angoisse et les souffrances qui se sont abattues sur les femmes. Dans la dernière décennie du XX^e siècle, les incidences et les effets cruels de la guerre sur les femmes apparaissent tout autant dans les faits de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)*, révélant la projection du mal dans le temps, sa pérennité et son omniprésence.

265. En l'espèce, la dégradation et l'humiliation des femmes par le viol systématique et d'autres crimes de violence sexuelle (*supra*) n'ont pas eu d'effets que sur la seule vie des victimes. Les atrocités que celles-ci ont subies ont aussi entraîné (pour celles qui ont survécu) des séparations forcées et le bouleversement de leur vie de famille. Les effets des terribles souffrances infligées par les viols prétendument commis en vue d'assurer un «nettoyage ethnique» sont allés bien au-delà de celui-ci, jusqu'à la destruction des groupes visés auxquels appartenaient les femmes assassinées et brutalisées — autrement dit, jusqu'au génocide.

266. Je tiens à rappeler que, dans le jugement historique qu'il a rendu (2 septembre 1998) en l'affaire *Akayesu*, le TPIR a conclu précisément que les viols et les violences sexuelles fondés sur le sexe des victimes, qui avaient été commis dans l'intention de détruire, étaient constitutifs de génocide et avaient bel et bien détruit le groupe ciblé (TPIR, *Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, par. 731). Pour parvenir à la conclusion qu'un génocide

²⁵⁵ Pour paraphraser Shakespeare, *Macbeth* (1605-1606), acte V, scène V, vers 24.

²⁵⁶ Pour paraphraser Sophocle, *Œdipe roi* (428-425 av. J.-C.), vers 1528-1530.

avait été commis, il a constaté que les viols systématiques s'accompagnant d'humiliation publique et de mutilations avaient constitué des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale des victimes, et révélaient une intention de détruire ces femmes, leurs familles et leur communauté, soit le groupe tutsi dans son ensemble (TPIR, *Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, par. 731 et 733-734). Les femmes victimes ont subi un traitement dégradant, pour reprendre les termes du TPIR, en tant qu'«objet d'une utilisation sexuelle», et l'extrême violence à laquelle elles ont été soumises «était une étape dans le processus de destruction» de leur groupe social — «destruction de son moral, de la volonté de vivre de ses membres et de leurs vies elles-mêmes» (*ibid.*, par. 732).

267. Pour sa part, la chambre de première instance du TPIY, dans la décision (examen des actes d'accusation, 11 juillet 1996) qu'elle a rendue en l'affaire *Karadžić et Mladić*, a déclaré que des violences sexuelles ont commencé à être commises avant l'éclatement du conflit en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, «dans un contexte de pillages et d'intimidation de la population». Des camps de concentration consacrés aux viols ont été créés «dans le but de procréation forcée d'enfants serbes, les femmes étant souvent détenues jusqu'à ce qu'il fût trop tard pour avorter» (TPIY, *Karadžić et Mladić*, décision du 11 juillet 1996, par. 64). Les viols, a poursuivi le TPIY, renforçaient «la honte et l'humiliation des victimes et de la communauté»; l'objectif «de nombreux viols était la fécondation forcée» (*ibid.*, par. 64).

268. Ces crimes, à savoir le «viol systématique des femmes» visant «à la transmission à l'enfant d'une identité ethnique nouvelle», portaient atteinte «aux fondements du groupe», qu'il détruisait (*ibid.*, par. 94). Ils «ont pu être planifiés ou ordonnés dans une intention génocidaire» (*ibid.*, par. 95). Le TPIY a jugé que «Radovan Karadžić et Ratko Mladić ont planifié, ordonné ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter le génocide perpétré» dans les centres d'internement (*ibid.*, par. 84).

269. Dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* opposant la Croatie à la Serbie, en raison de la mobilisation précoce d'entités de la société civile, les chiffres concernant la pratique systématique de la destruction par le viol n'ont pas tardé à être connus. A la fin de 1992, selon les estimations, il y avait eu, dans le cadre de la guerre menée en Croatie jusque-là, quelque 12 000 cas de viol. Ce nombre a augmenté pour atteindre 50 à 60 000 cas pour l'ensemble de la période de 1991 à 1995 dans les conflits qui déchiraient l'ex-Yougoslavie (en Croatie et en Bosnie-Herzégovine).

270. Ce ne sont cependant que des estimations approximatives, car l'on s'est vite rendu compte — comme l'ont reconnu de nombreux auteurs²⁵⁷ — qu'il était tout simplement impossible de connaître avec pré-

²⁵⁷ Voir notamment B. Allen, *Rape Warfare — The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/Londres, University of Minnesota Press, 1996, p. 65, 72, 76-77 et 104; [divers auteurs.] *Women, Violence and War — Wartime Victimization of*

cision le nombre total de victimes (de tout âge) de ces brutalités et l'ampleur des destructions perpétrées dans l'intention de détruire les familles victimes de violences et les groupes sociaux visés dans les camps de concentration (camps de viol/d'extermination), dans les prisons et centres de détention et dans les maisons de prostitution. Les filles et les femmes victimes étaient condamnées à la plus grande humiliation et étaient ainsi déshumanisées par leurs agresseurs, simplement en raison de leur identité ethnique, pour être celles qu'elles étaient.

271. Si cette campagne systématique de viols n'était pas une pluralité d'actes de génocide (en raison des conséquences destructrices qu'il a entraînées), qu'était-elle donc? Qu'est-ce qu'un génocide, si cela n'en est pas un? Dans le présent exposé, j'ai déjà examiné les conclusions (1992-1993) figurant dans les rapports de l'ONU (Commission des droits de l'homme) sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, soumis par le rapporteur spécial T. Mazowiecki²⁵⁸, qu'il convient de rappeler ici.

272. En effet, ces rapports font référence, notamment, à la campagne de destruction opérée au moyen de meurtres, de la torture, de disparitions, de viols et de violences sexuelles. Je me bornerai donc à ajouter ici que, dans le rapport du 10 février 1993²⁵⁹, par exemple, il est indiqué (par. 260) que le «viol des femmes, y compris des mineures, a été largement pratiqué dans les deux conflits» (les guerres en Croatie et en Bosnie-Herzégovine). La campagne de viols systématiques s'est accompagnée d'autres actes d'extrême violence.

273. Dans son rapport suivant, en date du 10 juin 1994²⁶⁰, le rapporteur spécial a en outre indiqué que les assaillants «terrorisa[ie]nt la population» en tuant des habitants et a fait état de la destruction de maisons et de la commission de viols par des soldats (par. 7), ainsi que de leur «acharnement» (par. 11). Pour sa part, la Commission d'experts de l'ONU (Conseil de sécurité), dans ses rapports d'enquête de 1993-1994, comme je l'ai indiqué plus haut, a constaté elle aussi l'existence d'une campagne générale et systématique de viols, ainsi que d'actes de torture et de sévices, souvent suivis de meurtres, semant la terreur, la honte et l'humiliation²⁶¹ et bouleversant la vie des familles et les groupes visés

Refugees in the Balkans (dir. publ., V. Nikolić-Ristanović), Budapest, Central European University Press, 2000, p. 41, 43, 56-57, 80-82, 142 et 154; S. Fabijanić Gagro, «The Crime of Rape in the ICTY's and the ICTR's Case Law», *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* (2010), vol. 60, p. 1310, 1315-1316, 1330-1331; M. Ellis, «Breaking the Silence: Rape as an International Crime», *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007), vol. 38, p. 226 et 231-234; S. L. Russell-Brown, «Rape as an Act of Genocide», *Berkeley Journal of International Law* (2003), vol. 21, p. 351-352, 355-363, 364 et 371; R. Peroomian, «When Death Is a Blessing and Life a Prolonged Agony: Women Victims of Genocide», *Genocide Perspectives II — Essays on Holocaust and Genocide* (dir. publ., C. Tatz, P. Arnold et S. Tatz), Sydney, Brandl & Schlesinger/Australian Institute for Holocaust and Genocide Studies, 2003, p. 314-315 et 327-330.

²⁵⁸ Voir partie IX du présent exposé, *supra*.

²⁵⁹ E/CN.4/1993/50.

²⁶⁰ E/CN.4/1995/4.

²⁶¹ Voir partie IX du présent exposé, *supra*.

eux-mêmes. Si cette pluralité d'actes d'extrême violence (avec toutes ses conséquences destructrices) n'était pas un génocide, qu'était-elle donc ?

274. Dans l'arrêt qu'il a récemment rendu, le 11 juillet 2013, en l'affaire *Karadžić*, le TPIY, rejetant un recours aux fins d'acquiescement et rétablissant les accusations de génocide retenues contre M. R. Karadžić (TPIY, *Karadžić*, arrêt du 11 juillet 2013, par. 115), a souligné que « la torture, le viol et les violences ayant pour effet de défigurer la victime ou de provoquer des blessures graves à ses organes externes ou internes, sans pour autant causer sa mort, étaient des exemples typiques de l'atteinte grave à l'intégrité physique sous-jacente au crime de génocide » (*ibid.*, par. 33). Il a dûment tenu compte des éléments de preuve montrant que « des actes de génocide et d'autres actes répréhensibles » de nature discriminatoire — tels que meurtres, sévices physiques, viols et autres violences sexuelles et conditions d'existence inhumaines — ont été commis à grande échelle (*ibid.*, par. 34 et 99).

275. Plus récemment, dans la décision qu'il a rendue le 15 avril 2014 en l'affaire *Mladić*, le TPIY (chambre de première instance I) a rejeté une requête de la défense aux fins d'acquiescement et décidé de poursuivre le procès sur la base des chefs de génocide. Il a pris bonne note des éléments de preuve produits pour étayer les griefs de torture et de sévices physiques prolongés infligés à des détenus (TPIY, *Mladić*, décision du 15 avril 2014, p. 20937 et 20938), des expulsions « à grande échelle » de non-Serbes (*ibid.*, p. 20944) et du viol de jeunes femmes et de filles (la plus jeune étant âgée de 12 ans) (*ibid.*, p. 20935-20936 et 20939). Peu après (décision du 24 juillet 2014), il a rejeté un recours de la défense et confirmé la décision précitée de la chambre de première instance I (*ibid.*, par. 29).

276. Dernier point, mais non le moindre, comme il ressort des exemples de déclarations de témoins dans le cas d'espèce examinés ci-dessus, les nombreux cas de viols et autres violences sexuelles commis pendant les attaques armées en Croatie et en Bosnie-Herzégovine semblent destinés à détruire les groupes de victimes visés. Selon moi, la brutalité même des nombreux viols commis atteste l'intention de détruire. Les victimes ont été attaquées alors qu'elles se trouvaient dans une situation de *vulnérabilité extrême, sinon sans défense*. A compter du lancement des attaques armées serbes en Croatie, se met en effet en place un *schéma systématique* de viol, qui peut certainement être examiné sous l'angle du *litt. b*) de l'article II de la convention sur le génocide (voir *infra*).

XII. ENSEMBLE DE DISPARITIONS SYSTÉMATIQUES DE PERSONNES NON RETROUVÉES À CE JOUR

1. Moyens des Parties relatifs aux personnes disparues et non retrouvées

277. Pendant la phase écrite de la présente espèce, la Croatie et la Serbie ont toutes deux évoqué la question des personnes disparues et non retrouvées à ce jour. Dans son mémoire, la Croatie a prié la Cour de juger

que la RFY avait l'obligation de prendre toutes les mesures à sa disposition pour fournir immédiatement à la Croatie des informations complètes concernant le lieu où se trouvait chacune de ces personnes portées disparues et, à cette fin, de coopérer avec les autorités de la Croatie²⁶². Elle a en outre déclaré que «l'obtention d'informations sur le sort des personnes disparues, souvent victimes du génocide, est un processus douloureux mais nécessaire au nom d'un meilleur avenir»²⁶³.

278. La Croatie a affirmé que, à la date du dépôt de son mémoire (1^{er} mars 2009), le sort de 1419 personnes portées disparues demeurait inconnu²⁶⁴. Selon les informations fournies en 2009 par l'office gouvernemental pour les personnes détenues et portées disparues de la République de Croatie, le nombre total de «personnes portées disparues» en Slavonie orientale s'élevait encore à 886²⁶⁵; de plus, le sort de 511 personnes originaires de Vukovar demeurait inconnu à la date de dépôt du mémoire²⁶⁶. Par l'accord sur la normalisation des relations conclu le 23 août 1996 entre la Croatie et la RFY, les Parties se sont engagées à «accélérer le processus de résolution de la question des personnes disparues» et à échanger toutes les informations disponibles sur le sort des personnes disparues (art. 6)²⁶⁷.

279. Par la suite, dans sa réplique (20 décembre 2010), la Croatie a soumis une liste mise à jour des personnes portées disparues (au 1^{er} septembre 2010) constituée au total de 1024 noms²⁶⁸. Selon elle, les 27 et 28 juillet 2010, «une réunion sur la question des personnes portées disparues» avait eu lieu à Belgrade entre la commission de la Serbie pour les personnes portées disparues et la commission de la Croatie chargée de la question des personnes détenues et des personnes disparues, sous l'égide du CICR et de la commission internationale pour les personnes disparues. La «question des personnes détenues sur le territoire du défendeur» avait notamment été abordée lors de cette réunion; sur ce point, «les représentants du défendeur ont communiqué aux représentants du demandeur une liste de 2786 personnes qui furent détenues en République de Serbie en 1991 et 1992»²⁶⁹.

280. La Croatie a ensuite prié la Cour de dire et juger que, en raison de sa responsabilité pour ces violations de la Convention, la Serbie était tenue de

«communiquer sans délai au demandeur toutes les informations en sa possession ou sous son contrôle sur le sort des ressortissants croates portés disparus à la suite des actes de génocide dont elle s'est rendue responsable et, plus généralement, coopérer avec les autorités

²⁶² Mémoire de la Croatie, par. 8.78, et voir p. 414.

²⁶³ *Ibid.*, par. 1.14.

²⁶⁴ *Ibid.*, par. 1.09.

²⁶⁵ *Ibid.*, par. 4.06.

²⁶⁶ *Ibid.*, par. 4.190.

²⁶⁷ *Ibid.*, par. 2.160.

²⁶⁸ Réplique de la Croatie, annexe 41.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 2.54.

de la République de Croatie en vue de déterminer conjointement ce qu'il est advenu de ces personnes ou de leurs dépouilles»²⁷⁰.

281. Les deux Parties sont revenues sur la question du nombre de personnes toujours portées disparues lors de la procédure orale. Un expert cité par la Croatie a fait observer que les données concernant les personnes portées disparues qui étaient exhumées «change[ai]ent de jour en jour», et que, chaque fois qu'il était procédé à une exhumation, «le nombre de personnes identifiées augment[ait] et celui des personnes portées disparues augment[ait]»²⁷¹. La Croatie a fait valoir que ses démarches «en vue de mettre au jour les fosses contenant les victimes du génocide» étaient «d'autant plus difficiles que la Serbie, pendant son occupation de la région, avait pour pratique de déterrer les corps et de les enterrer ailleurs — souvent sur son propre territoire afin de tenter, en vain, de dissimuler les atrocités qu'elle avait commises»²⁷².

282. A ce jour, a ajouté la Croatie, 103 corps ont été rapatriés de Serbie; en outre, «[b]ien que le sort de nombre des victimes du génocide ait été élucidé et leurs dépouilles, localisées, des centaines de Croates restent encore aujourd'hui portés disparus. Vingt-trois ans après les faits, des familles croates continuent de pleurer plus de 850 personnes disparues. Les victimes demeurent privées d'un enterrement en bonne et due forme, et d'une sépulture où reposer dans la dignité; leurs familles demeurent privées de la possibilité de leur faire leurs adieux»²⁷³. La Croatie a aussi indiqué que, en ce qui concernait les fosses communes, en juillet 2013, 142 charniers avaient été découverts en Croatie, contenant les cadavres de 3656 victimes²⁷⁴.

283. La Serbie, de son côté, a fait valoir que la liste des personnes disparues établie par la Croatie prêtait à confusion et ne permettait pas de clarifier les questions au cœur du litige. Elle a ajouté que la liste mise à jour des personnes portées disparues (au 1^{er} septembre 2010) contenait les données relatives à 1024 personnes, parmi lesquelles un grand nombre de «victimes d'origine serbe». Sur cette liste figuraient aussi les noms de Croates «qui [avaie]nt été portés disparus en Bosnie-Herzégovine, ainsi que dans des zones qui se trouvaient sous l'autorité absolue et exclusive des forces de l'Etat croate, très éloignées des opérations militaires». La liste contenait également «les noms de personnes d'origine croate portées disparues dans le cadre des opérations criminelles offensives Maslenica et Tempête, menées par l'Etat croate»²⁷⁵.

2. Réponses des Parties aux questions du juge

284. Les renseignements fournis étant contradictoires, le soussigné a jugé opportun d'adresser deux questions aux Parties, lors de l'audience

²⁷⁰ Réplique de la Croatie, p. 472.

²⁷¹ CR 2014/9, p. 36.

²⁷² CR 2014/10, p. 20, par. 44.

²⁷³ *Ibid.*, par. 45.

²⁷⁴ *Ibid.*, par. 39.

²⁷⁵ Duplique de la Serbie, par. 7.

publique du 14 mars 2014. Ces deux questions étaient formulées comme suit :

- «1. Des mesures ont-elles été prises récemment pour déterminer ce qu'il était advenu des personnes toujours portées disparues et établir leur identité?
2. Les Parties sont-elles en mesure de présenter à la Cour un complément d'information précis et à jour sur cette question?»²⁷⁶

285. En réponse à mes questions, la Croatie a donné de plus amples explications sur la question du sort des personnes disparues. Ainsi, elle a rappelé que l'article II de la Convention énonce dans la liste des actes génocidaires le fait de causer une «atteinte grave à l'intégrité ... mentale de membres du groupe». Les questions que j'ai adressées aux deux Parties ont appelé l'attention du demandeur sur la jurisprudence relative à la disparition de personnes. Rappelant les arrêts rendus par la CIDH en l'affaire *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (29 juillet 1988) et la CEDH en l'affaire *Varnava c. Turquie* (18 septembre 2009), ainsi que la décision rendue par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans la communication *Quinteros et consorts c. Uruguay* (1990), la Croatie a affirmé que, à bien des égards, la disparition des personnes a des conséquences à long terme. A la lumière de cette jurisprudence, elle a fait valoir que

«l'«atteinte grave à l'intégrité ... mentale» que subissent les proches des personnes disparues résulte directement d'actes dont la Serbie est personnellement responsable ou qu'elle est tenue de punir en vertu de la convention [sur le génocide]. En s'abstenant ainsi de manière persistante de donner des explications sur les lieux où se trouvent les quelque 865 Croates disparus, la Serbie s'est donc rendue coupable d'un ou de plusieurs actes tombant sous le coup du *litt. b)* de l'article II de la Convention.»²⁷⁷

286. Afin d'apporter des informations plus précises et plus récentes sur la question des personnes portées disparues et non retrouvées, la Croatie a fait référence à un ouvrage mis à jour, intitulé *Book of Missing Persons on the Territory of the Republic of Croatia* (registre des personnes portées disparues sur le territoire de la République de Croatie) et publié par l'office croate des personnes détenues et portées disparues, conjointement avec le comité croate de la Croix-Rouge et le CICR. Elle a indiqué que cet ouvrage contenait des données détaillées relatives aux personnes toujours portées disparues en date d'avril 2012²⁷⁸; cependant, comme les chiffres concernant les disparus étaient régulièrement mis à jour, les chiffres figurant dans le registre de 2012 étaient donc déjà obsolètes.

²⁷⁶ Questions adressées par le soussigné à la Croatie comme à la Serbie, CR 2014/18, p. 69.

²⁷⁷ CR 2014/20, p. 15, par. 10.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 34-35, par. 22-25.

287. Pour répondre aux questions que j'avais posées aux deux Parties (*supra*), la Croatie a pris contact avec l'office croate des personnes détenues et portées disparues, le lundi 17 mars 2014, et a fourni à la Cour les chiffres les plus récents concernant les personnes tuées dans les attaques de la Serbie sur le territoire croate en 1991-1992: *a*) les dépouilles de 3680 personnes qui avaient été enterrées irrégulièrement ont été exhumées de 142 charniers et de nombreuses sépultures individuelles; *b*) parmi ces dépouilles, 3144 ont été formellement identifiées; *c*) toutefois, 865 personnes portées disparues au cours de la période considérée n'ont toujours pas été retrouvées²⁷⁹.

288. De son côté, la Serbie a répondu que retrouver la trace de personnes disparues «relève du long et complexe processus de coopération que mènent les deux Parties» sur la base de l'accord bilatéral de coopération qu'elles ont conclu en 1995 en vue de localiser les personnes disparues et du protocole de 1996 de coopération entre les deux commissions d'Etat²⁸⁰. Elle a ajouté qu'elle avait

«pleinement conscience de ce qui était attendu d'elle dans le cadre de ce processus, où il s'agit de retrouver la trace des personnes disparues, indépendamment de leur origine ethnique ou de leur nationalité. L'intérêt des familles de ces personnes est un intérêt commun à la Serbie et à la Croatie. C'est aussi un intérêt commun à l'humanité tout entière, et la République de Serbie a à cœur de mener à bien cette tâche.»²⁸¹

Quant au nombre de personnes disparues, la Serbie a affirmé que la liste établie par la commission serbe chargée des personnes disparues sur le territoire de la Croatie comportait à ce jour 1748 noms²⁸².

289. Enfin, en ce qui concerne l'argument de la violation continue de la Convention, la Serbie a ajouté que la disparition n'est pas en soi un acte de génocide, mais s'apparente à la «disparition forcée», en tant que crime contre l'humanité. Elle s'est appuyée sur la définition que donne de ce terme la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), à savoir, notamment, «l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'Etat ... suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve» (art. 2).

290. De l'avis de la Serbie, la disparition forcée ne constitue pas une violation continue du droit à la vie qui s'apparenterait aux actes énumérés à l'article 2 de la Convention. Selon elle, si la disparition est susceptible de constituer une violation continue des droits de l'homme, c'est parce que la famille de la victime est soumise à une «atteinte morale» continue ou en raison de l'obligation procédurale d'enquêter sur le crime. La Serbie

²⁷⁹ CR 2014/20, p. 34-35, par. 22-25.

²⁸⁰ Objections préliminaires de la Serbie; annexe 53, p. 367.

²⁸¹ CR 2014/24, p. 60-61, par. 10.

²⁸² Cependant, la Serbie ne reconnaissait à cette liste aucune valeur probante en ce qui concerne les crimes commis ou la responsabilité de l'Etat et elle a renvoyé à la liste, établie par Veritas, des victimes directes de l'opération Tempête; voir *ibid.*, p. 60-62, par. 6-10.

soutient que, si le crime se poursuit aujourd'hui, comme le prétend la Croatie, il faut que l'intention soit elle aussi continue. La Croatie «se trompe en essayant de la faire entrer de force dans le cadre de l'article 2 de la convention sur le génocide, essentiellement pour valider l'argument relatif à la compétence temporelle»²⁸³.

3. *Les questions non résolues et l'obligation qu'ont les Parties d'établir le sort des personnes disparues*

291. A la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement que la question des personnes portées disparues reste l'une des principales questions litigieuses soulevées en l'espèce. Certes, en 1995, les Parties avaient l'intention de s'attaquer à cette question : l'on peut rappeler que, à Dayton, elles ont conclu un accord dont l'objectif était de permettre de déterminer ce qu'il était advenu de toutes les personnes portées disparues et de libérer les prisonniers²⁸⁴. A la suite de cet accord, une commission mixte a été établie et des progrès ont été réalisés sur la question des personnes portées disparues²⁸⁵. Il n'en demeure pas moins qu'il reste encore un certain nombre de questions à régler.

292. Ainsi, les Parties sont en désaccord sur le rôle que doit jouer la commission mixte. La Croatie affirme que, contrairement à l'accord conclu en 1995, selon lequel toutes les personnes portées disparues en Croatie relevaient de la compétence des autorités croates, la commission tente actuellement d'agir en tant que représentante de toutes les personnes de souche serbe portées disparues, y compris celles qui ont la nationalité croate²⁸⁶, ce à quoi la Serbie rétorque qu'il est nécessaire de veiller à la représentation des 1000 Serbes de Croatie non répertoriés sur les listes de personnes disparues que la Croatie a fournies à la Cour²⁸⁷.

293. En outre, la Croatie soutient que la Serbie ne lui a toujours pas restitué les documents saisis par la JNA en 1991 à l'hôpital de Vukovar, lesquels sont essentiels à l'identification des personnes emmenées de l'hôpital²⁸⁸. Seule une petite partie de ces documents lui a été remise en novembre 2010 quand le président de la République de Serbie, Boris Tadić, s'est rendu à Vukovar. Chacune des deux Parties semble insatisfaite des

²⁸³ CR 2014/23, p. 43-45, par. 10-12.

²⁸⁴ Accord de coopération en matière de recherche des personnes portées disparues, Dayton, 17 novembre 1995.

²⁸⁵ D'août 1996 à 1998, la Croatie a pu accéder à des informations, figurant dans ce qu'elle appelle des «protocoles», concernant 1063 personnes enterrées au nouveau cimetière de Vukovar, et qui ont permis d'identifier 938 personnes. En 2001 a débuté l'exhumation de cadavres non identifiés enterrés en République de Serbie, dans des charniers répertoriés. Les dépouilles de 394 personnes ont jusqu'à présent été exhumées, mais, malheureusement, seules 103 d'entre elles ont été restituées à la Croatie. En 2013, un seul charnier, contenant 13 corps, a été découvert à Sotin, en Slavonie orientale, grâce à des informations fournies par la Serbie. Voir CR 2014/21, p. 36-38.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 37, par. 10.

²⁸⁷ CR 2014/24, p. 60-61, par. 6-10.

²⁸⁸ CR 2014/21, p. 38, par. 11.

efforts et des démarches de l'autre²⁸⁹. La Cour devrait donc demander aux Parties de coopérer en toute bonne foi en vue de régler ces questions.

294. Comme la Cour l'a affirmé à ce sujet dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France) (C.I.J. Recueil 1974, p. 253 et 457)*, l'un «des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale» (par. 46 et 49). A une autre occasion, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas) (C.I.J. Recueil 1969, p. 3)*, la Cour a dit que les Parties «ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens» (*ibid.*, par. 85).

4. *La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes
en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit
international humanitaire*

295. La cruauté extrême du crime de disparition forcée de personnes a été dûment reconnue dans des instruments internationaux, dans la doctrine juridique internationale ainsi que dans la jurisprudence internationale. Je sortirais du cadre du présent exposé si j'approfondissais cette question — ce que j'ai fait ailleurs²⁹⁰. Je me limiterai donc à recenser et à mentionner quelques exemples pertinents qui ont un rapport direct avec l'examen approprié de l'espèce, concernant l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)*.

296. Je rappelle tout d'abord que, en 1980, la Commission des droits de l'homme de l'ONU a décidé d'établir son groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires²⁹¹ afin de lutter contre ce crime de droit international²⁹² qui avait déjà retenu l'attention de la communauté internationale en 1978-1979, tant à l'Assemblée générale des Nations Unies²⁹³ qu'au Conseil économique et social²⁹⁴ et à la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'ONU²⁹⁵. Par la suite, dans la Déclaration des Nations Unies

²⁸⁹ CR 2014/21, p. 38, par. 11.

²⁹⁰ A. A. Cançado Trindade, «Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *Nordic Journal of International Law* (2012), vol. 81, p. 507 à 536; A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos [Treatise of International Law of Human Rights]*, vol. II, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 1999, p. 352-358.

²⁹¹ Résolution 20 (XXXVI), en date du 29 février 1980.

²⁹² Pour un compte rendu de ses travaux, voir F. Andreu-Guzmán, «Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies», *Revue internationale de la Croix-Rouge* (2002), vol. 84, note 848, p. 803-818.

²⁹³ Résolution 33/173, en date du 20 décembre 1978.

²⁹⁴ Résolution 1979/38, en date du 10 mai 1979.

²⁹⁵ Résolution 5B (XXXII), en date du 5 septembre 1979.

sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (1992), il a notamment été indiqué (article premier) ce qui suit :

- «1. Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations Unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents.
2. Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même, et à sa famille. Il constitue une violation des règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger.»

297. Ensuite, la convention internationale des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2007) fait état, dans son préambule (par. 5), de «l'extrême gravité» de la disparition forcée, qui, est-il précisé en son article 5, lorsqu'elle prend la forme d'une «pratique généralisée ou systématique», constitue «un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable» et entraîne les conséquences prévues par ce droit. La Convention renvoie en outre (préambule, par. 3) aux instruments internationaux pertinents (et convergents) du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit pénal international.

298. Parallèlement à ces développements au niveau normatif, la violation grave que constitue la disparition forcée de personnes a retenu l'attention d'un nombre croissant d'experts²⁹⁶, lesquels l'ont définie comme une violation continue extrêmement cruelle et perverse des droits de

²⁹⁶ Voir notamment R. S. Berliner, «The Disappearance of Raoul Wallenberg: A Resolution Is Possible», *New York Law School Journal of International and Comparative Law* (1990), vol. 11, p. 391-432; R. Broody et F. González, «*Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»»*, *Human Rights Quarterly* (1997), vol. 19, p. 365-405; C. Callejon, «Une immense lacune du droit international comblée par la convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2006), vol. 17, p. 337-358; T. Scovazzi et G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 1-400; G. Venturini, «International Law and the Offence of Enforced Disappearance», *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale — Liber F. Pocar* (dir. publ., G. Venturini et S. Bariatti), Milan, Giuffrè, 2009, p. 939-954; L. Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 1-294; M. L. Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht, Intersentia, 2012, p. 1-507; I. Giorgou, «State Involvement in the Perpetration of

l'homme qui s'étend dans le temps, en raison des conséquences de l'acte original (ou de la détention arbitraire ou de l'enlèvement), et inscrit dans la durée la souffrance et l'angoisse, voire l'affliction ou le désespoir, de tous les intéressés (les personnes disparues et leurs proches parents), parce que le sort ou le lieu où se trouvent les personnes disparues ne sont pas révélés. La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire a aussi été décrite, comme beaucoup le savent, dans les rapports finaux établis par les commissions de vérité de divers continents.

299. Les juridictions internationales des droits de l'homme (CIDH et CEDH) en sont bientôt venues à être saisies d'affaires ayant trait à cette question et ont commencé à se prononcer à ce sujet. La jurisprudence de la CIDH dans ce domaine a exploré des voies nouvelles et est considérée de nos jours comme celle qui a le plus contribué au développement progressif du droit international en ce qui concerne la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées²⁹⁷. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (29 juillet 1988), la CIDH a appelé l'attention sur la complexité de la disparition forcée, au sens où celle-ci entraîne concomitamment des violations continues de droits protégés par la convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, tels que les droits à la liberté et à l'intégrité de la personne, et souvent le droit fondamental à la vie lui-même (art. 7, 5 et 4).

300. Il s'agit, en résumé, d'une violation grave de l'obligation qu'ont les Etats de respecter la dignité humaine (CIDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, par. 149-158). C'est dans l'arrêt historique qu'elle a rendu une décennie plus tard en l'affaire *Blake c. Guatemala* (1996-1999)²⁹⁸ que la CIDH a examiné en détail et approfondi les questions de la nature juridique et des conséquences des disparitions forcées, de leurs caractéristiques, des victimes et de l'engagement de la responsabilité de l'Etat dans une dimension temporelle.

301. L'affaire *Blake* s'est inscrite dans le contexte d'une campagne de disparitions forcées systématiques, planifiée par l'Etat et mise en œuvre non seulement pour faire « disparaître » des personnes considérées comme des « ennemis », mais aussi pour susciter un sentiment d'insécurité totale, d'angoisse et de peur ; cette campagne comprenait des actes de torture et des exécutions secrètes et extrajudiciaires des « disparus », suivies de la dissimulation des dépouilles afin de supprimer toute preuve matérielle des crimes et de garantir l'impunité des auteurs.

302. Dans l'arrêt sur le fond (24 janvier 1998) qu'elle a rendu en l'affaire *Blake*, la CIDH a affirmé que la disparition forcée de personnes est une

Enforced Disappearance and the Rome Statute», *Journal of International Criminal Justice* (2013), vol. 11, p. 1001-1021.

²⁹⁷ Voir notamment, à cet effet, T. Scovazzi et G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance...*, op. cit. supra note 296, p. 101, 132 et 398.

²⁹⁸ CIDH, arrêts sur les objections préliminaires (2 juillet 1996), le fond (24 janvier 1998) et les réparations (22 janvier 1999).

violation *complexe, multiple et continue de plusieurs droits* protégés par la convention interaméricaine relative aux droits de l'homme (droits à la vie, à l'intégrité et à la liberté de la personne), qui donne naissance à l'obligation pour l'Etat partie de prévenir ces violations, de mener des enquêtes et de punir, ainsi que d'informer les parents de la personne disparue du lieu où elle se trouve (CIDH, *Blake*, arrêt du 24 janvier 1998, par. 54-58). Selon la CIDH, les proches parents de la personne disparue étaient aussi victimes, *en eux-mêmes*, de la disparition forcée, en violation des dispositions applicables de la convention interaméricaine.

303. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire *Blake*, j'ai jugé bon de souligner que la disparition forcée de personnes était en effet une violation grave et complexe de droits de l'homme, en plus d'être une *violation continue ou permanente* tant que le lieu où se trouvent les victimes disparues n'a pas été établi, comme il est dit dans les travaux préparatoires de la convention interaméricaine de 1985 sur les disparitions forcées de personnes, et comme il est reconnu à l'article III de la Convention elle-même (*ibid.*, par. 9).

304. Dans la même opinion, j'ai ensuite mis en garde contre la fragmentation excessive de l'infraction de disparition forcée de personnes, appelant l'attention sur le fait que nous étions face à des droits fondamentaux ou intangibles (*ibid.*, par. 12-14) et qu'il était nécessaire de préserver le caractère particulier et l'intégrité des traités relatifs aux droits de l'homme (*ibid.*, par. 16-22). Et j'ai poursuivi comme suit :

« Nous sommes, en définitive, face à une violation particulièrement grave de plusieurs droits de l'homme. Certains d'entre eux sont des droits fondamentaux auxquels il *ne peut être dérogé*, protégés à la fois par les traités relatifs aux droits de l'homme et par les traités de droit international humanitaire²⁹⁹. Les développements doctrinaux les plus récents dans le présent domaine de protection révèlent une tendance à la « criminalisation » des violations graves des droits de l'homme, telles que la torture, les exécutions sommaires et extrajudiciaires et la disparition forcée de personnes. L'interdiction de ces pratiques nous permet d'entrer dans la *terra nova* du *jus cogens* international. L'émergence et la consolidation des normes impératives du droit international général seraient sérieusement compromises si l'on déqualifiait les crimes contre l'humanité qui tombent sous le coup de cette interdiction. » (*Ibid.*, par. 15.)

305. Toujours au sujet de la nature juridique et des conséquences de la disparition forcée de personnes, j'ai ajouté :

« Dans la situation continue propre à la disparition forcée d'une personne, les victimes sont la personne disparue (victime principale) ainsi que ses plus proches parents ; l'incertitude engendrée par la dis-

²⁹⁹ Voir, par exemple, les dispositions relatives aux garanties fondamentales énoncées dans le protocole additionnel I (1977) aux conventions de Genève (1949) relatives au droit international humanitaire (art. 75) et dans le protocole additionnel II (même année) (art. 4).

parition forcée les soustrait tous à la protection de la loi³⁰⁰. La condition de victimes ne peut pas non plus être déniée aux proches de la personne disparue, dont la vie quotidienne est transformée en un véritable calvaire, dans lequel les souvenirs de la personne chère s'entremêlent au tourment permanent de sa disparition forcée. A mon sens, la forme complexe de la violation de plusieurs droits de l'homme que représente le crime de disparition forcée de la personne a pour conséquence l'*élargissement de la notion de victime* d'une violation des droits protégés.» (CIDH, *Blake*, arrêt du 24 janvier 1998, par. 32-38.)

306. Dans l'opinion individuelle ultérieure que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire *Blake c. Guatemala* (sur les réparations, 22 janvier 1999), j'ai insisté sur la nécessité de consolider le «régime international contre les violations graves des droits de l'homme», à la lumière des normes impératives du droit international (*jus cogens*) et des obligations *erga omnes* correspondantes de protéger l'être humain (CIDH, *Blake c. Guatemala*, arrêt du 22 janvier 1999, par. 39). Grâce à ce développement, ai-je ajouté, l'on «surmonterait les obstacles des dogmes du passé» et les insuffisances actuelles du droit des traités, afin de se «rapprocher de la plénitude de la protection internationale de l'être humain» (*ibid.*, par. 40).

307. D'autres décisions pertinentes de la CIDH pourraient être rappelées, par exemple au sujet de la nécessité de passer outre les limitations ou restrictions *ratione temporis* compte tenu de la nature juridique de la disparition forcée (*supra*), ainsi que ses décisions dans les affaires *Trujillo Oroza c. Bolivie* (2000-2002) et *Sisters Serrano Cruz c. El Salvador* (2005); et, s'agissant des circonstances aggravantes de la violation grave que constitue la disparition forcée, dans les affaires *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (2000-2002), *Caracazo c. Venezuela* (1999-2002), *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* (2003), et *Servellón-García et alii c. Honduras* (2006).

308. De son côté, la CEDH a aussi eu l'occasion de se prononcer sur certains aspects de la question à l'examen. Par exemple, dans son arrêt *Chypre c. Turquie* (10 mai 2001), elle a souligné que les membres des familles des personnes disparues vivaient dans un «état d'angoisse extrême», faute d'informations sur leur sort (par. 157). Peu de temps après, dans son arrêt *Orhan c. Turquie* (18 juin 2002), elle a de nouveau fait mention, comme dans des décisions antérieures, de «l'état de vulnérabilité» des personnes concernées (par. 406-410). Elle a rendu d'autres décisions de ce type dans la série d'affaires (de la dernière décennie) liées au conflit armé en Tchétchénie.

309. Dans une décision particulièrement symbolique, l'arrêt *Varnava et autres c. Turquie* (18 septembre 2009), la CEDH a dit que la disparition

«se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'infor-

³⁰⁰ Voir, dans ce sens, l'article premier (par. 2) de la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

mations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis... Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement «instantané»; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue... Il en est ainsi même lorsque l'on peut finalement présumer que la victime est décédée.» (Par. 148.)

5. *Appréciation générale*

310. A la lumière de ce qui précède, l'on ne saurait donc, dans la présente affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, souscrire à l'avis exprimé lors des audiences par la Serbie, pour qui la disparition forcée ne peut pas être une violation continue du droit à la vie incriminée à l'article II de la convention sur le génocide. La Serbie affirme que la raison pour laquelle il peut s'agir d'une violation continue des droits de l'homme est que la famille de la victime continue de subir une atteinte à son intégrité mentale, ce qui fait entrer en jeu l'interdiction de mauvais traitements, ou encore l'obligation procédurale d'enquêter sur le crime. Selon elle, cette question «pourrait avoir sa place à Strasbourg, mais certainement pas à La Haye»³⁰¹.

311. La Cour et la CEDH à Strasbourg ont toutes deux à connaître de la responsabilité de l'Etat. Des affaires récentes (notamment l'affaire *Géorgie c. Fédération de Russie*, portant sur les principes fondamentaux de l'égalité et de la non-discrimination et les normes correspondantes dans des instruments internationaux distincts mais convergents) ont été portées *tant devant la Cour que devant la CEDH*; la Cour à La Haye et la CEDH à Strasbourg ne s'excluent pas mutuellement, comme l'a clairement démontré l'évolution récente des travaux des tribunaux internationaux contemporains — ce qui est rassurant pour ceux qui œuvrent à la protection internationale des droits de la personne, et pour les *justiciables* eux-mêmes.

312. La jurisprudence innovante et importante de la CIDH prise avec celle, plus récente, de la CEDH est essentielle pour comprendre la gravité du crime de disparition forcée de personnes et ses conséquences juridiques. En ce qui concerne la nature juridique de cette infraction, ces deux juridictions internationales des droits de l'homme ont affirmé que tant que la disparition dure, elle constitue une violation complexe et continue de droits protégés. Dans les décisions sans précédent qu'elle a rendues en l'affaire *Blake* (1996-1998), la CIDH a *élargi la notion de vic-*

³⁰¹ CR 2014/23, p. 44, par. 12.

times dans les affaires de disparition, de manière à comprendre la personne disparue ainsi que ses proches, *en eux-mêmes*. Cela est devenu la *jurisprudence constante* de la CIDH et de la CEDH sur la question.

313. Je tiens à ajouter, à ce sujet, que les dispositions du *litt. b*) de l'article II de la convention sur le génocide, qui mentionnent «l'atteinte grave à l'intégrité ... mentale de membres du groupe», rendent assez limpide la relation avec une violation continue. Comme je l'ai dit dans l'exposé de l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, «[o]n peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un litige, et accepter le passage du temps et l'évolution du droit en relation avec certains faits mais non d'autres, relevant de la même situation *qui continue*» (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 186, par. 17).

314. Le fait qu'un membre proche de la famille des personnes disparues soit un membre du même groupe et soit également soumis à une atteinte continue à son intégrité mentale qui se prolonge indéfiniment dans le temps, ajouté au fait que l'Etat concerné n'a pas expliqué ce que sont devenues les personnes disparues ni pris des mesures raisonnables pour faciliter leur localisation, à mon sens, fait entrer en jeu l'interdiction d'actes prohibés par la convention sur le génocide, ainsi que l'obligation d'enquêter.

315. Je tiens aussi à souligner, toujours à ce sujet, la pertinence de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme (en particulier celle de la CIDH, depuis sa création³⁰²) aux fins d'appliquer le critère d'établissement de la preuve approprié dans les affaires de violations graves (telles que les disparitions forcées de personnes, la torture de personnes détenues au secret, entre autres), lorsque les autorités de l'Etat sont seules à détenir des éléments de preuve et que les victimes n'y ont pas accès, ce qui impose un renversement de la charge de la preuve³⁰³. Dans les affaires de violations graves, comme les disparitions forcées de personnes, la charge de la preuve ne saurait certainement pas incomber aux victimes de ces violations (y compris, bien entendu, les proches parents des personnes disparues, qui ignorent où celles-ci se trouvent).

316. Les effets des disparitions forcées sur les proches parents des personnes disparues sont dévastateurs. Ils détruisent des familles entières, plongées dans l'affliction ou le désespoir. J'en ai fait l'expérience lors du règlement judiciaire international d'affaires de ce type. Dans le présent arrêt, la Cour ne semble pas avoir saisi l'ampleur de ces effets dévastateurs. Exiger de proches parents, comme elle le fait (arrêt, par. 160), des preuves supplémentaires de la gravité des souffrances pour que celles-ci entrent dans le champ du *litt. b*) de l'article II de la convention sur le génocide, constitue une véritable *probatio diabolica*!

317. L'atteinte grave à l'intégrité mentale (*litt. b*) de l'article II) causée aux victimes peut certainement être présumée, et, à mon avis, il n'est pas

³⁰² Voir partie VII du présent exposé, *supra*.

³⁰³ Voir parties VII et VIII du présent exposé, *supra*.

nécessaire de démontrer qu'elle a en elle-même contribué à la destruction du groupe visé. Pourtant, la Cour exige que cette preuve supplémentaire soit apportée (arrêt, p. 160 *in fine*). Ce faisant, elle fait de la détermination de la responsabilité de l'Etat pour génocide, en vertu du *litt. b*) de l'article II de la Convention de 1948, et de ses conséquences juridiques (pour les réparations), une tâche presque impossible. L'image que donne de la Cour l'ensemble de son raisonnement tout au long du présent arrêt est celle d'une instance soucieuse de la souveraineté des Etats et non des personnes, contrairement à ce qui devrait être en vertu de la convention sur le génocide, qui est l'instrument applicable en l'espèce.

318. Enfin, ce que j'ai déjà dit à propos de l'interdiction absolue (relevant du *jus cogens*) de la torture (par. 225, *supra*), quelles que soient les circonstances, s'applique aussi à toutes les autres violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui ont été commises lors des attaques en Croatie et qui ont été examinées plus haut, à savoir les meurtres de masse, les viols et autres violences sexuelles, les disparitions forcées de personnes, les expulsions systématiques des logements et les déplacements forcés de personnes (dans le cadre d'un exode massif) et la destruction de la culture d'un groupe.

319. L'interdiction de toutes ces violations graves, comme celle de la torture sous toutes ses formes, est une interdiction relevant du *jus cogens*³⁰⁴, dont la violation entraîne des conséquences juridiques appelant des réparations³⁰⁵. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *droit/right/Recht/direito/derecholdiritto*) dans son ensemble.

XIII. PAS EXACTEMENT UNE GUERRE, PLUTÔT UNE CAMPAGNE DE DÉVASTATION, DANS LE CADRE D'UNE ENTREPRISE DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALISÉE

1. *Le plan de destruction: composante idéologique*

320. L'existence d'une entreprise de destruction systématique et généralisée a été établie dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* opposant la Croatie à la Serbie (voir *supra*). La campagne de dévastation obéissait à un plan de destruction qui a été déli-

³⁰⁴ La CIDH et le TPIY sont deux juridictions internationales contemporaines qui, par l'évolution de leur jurisprudence, ont beaucoup contribué à l'élargissement des dispositions du *jus cogens*; voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* note 67, p. 295-311; A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law*», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2009, p. 3-29.

³⁰⁵ Voir partie XVI du présent exposé, *infra*.

bérement et méthodiquement mis en œuvre: bombardements aériens, pilonnages, meurtres sans discrimination, torture et sévices physiques, viols, destruction de maisons et pillages, déplacements forcés et déportations. L'exécution de ce plan de destruction a déjà été examinée (voir *supra*) et, à mon avis, celui-ci a été établi en l'espèce. Le plan de destruction mis en œuvre par les attaques serbes en Croatie avait une composante idéologique, qui remonte aux origines historiques du conflit.

a) *Moyens des Parties*

321. Ce point a été traité relativement en détail dans la phase écrite de la présente procédure, en particulier par la Croatie. Dans son mémoire, celle-ci a fait valoir qu'un catalyseur du génocide qui aurait été perpétré contre les Croates a été la parution en 1986 d'un mémorandum de l'académie serbe des sciences et des arts (le «mémorandum de la SANU»). Ce mémorandum, qui réinterprétait l'histoire récente de la RFSY du point de vue des nationalistes serbes, a-t-elle ajouté, a eu un retentissement considérable et reflétait les principes fondamentaux du mouvement nationaliste serbe, alors en plein essor; selon le demandeur, il a contribué à créer les circonstances propices à la perpétration d'un génocide en Croatie³⁰⁶.

322. En mettant l'accent sur le droit des membres du peuple serbe «à établir leur pleine intégrité nationale et culturelle quelle que soit la république ou la province autonome où ils viv[ai]ent», le mémorandum a donné naissance à l'idée d'une «Grande Serbie» englobant les parties du territoire de la Croatie et de la Bosnie-Herzégovine, dans lesquelles vivait une importante population de Serbes de souche. En outre, il a fourni une analyse détaillée de la «crise» que connaissait la RSFY et avancé l'idée que la Serbie était désormais «la seule nation de Yougoslavie à ne pas disposer de son propre Etat». Il a fait fi des divisions politiques et géographiques consacrées par la Constitution de 1974³⁰⁷.

323. La Croatie a souligné que les idées énoncées dans le mémorandum s'inspiraient de diverses opinions exprimées par le milieu intellectuel serbe (historiens serbes, scientifiques, écrivains et journalistes), qui soutenait l'idée que les Serbes avaient été «bernés», «frustrés», «tués», «persécutés même après avoir été soumis au génocide». Le mémorandum a trouvé le soutien de groupes militants, déclenchant une campagne nationaliste³⁰⁸.

324. La Croatie a aussi fait valoir que, dans le mémorandum de la SANU, il était donné libre cours à «la théorie selon laquelle le peuple croate [était] collectivement responsable du nombre élevé de Serbes tués par les Oustachis entre 1941 et 1945, qu'il [était] intrinsèquement génocidaire et ne cess[ait] de nourrir des intentions génocidaires à l'égard des

³⁰⁶ Mémoire de la Croatie, par. 2.43.

³⁰⁷ *Ibid.*, par. 2.44-2.47.

³⁰⁸ Selon la Croatie, «[d]es articles sont publiés et des discours prononcés afin de promouvoir le nationalisme serbe, de diaboliser les Albanais, les Musulmans et les Croates et de dénoncer leurs tendances génocidaires, ainsi que de prouver le bien-fondé du mouvement tchetnik»; *ibid.*, par. 2.48-2.51.

Serbes»³⁰⁹. Elle a ajouté que la JNA, qui était l'armée de la RSFY, avait été transformée en «armée serbe» immédiatement après la publication du mémorandum³¹⁰.

325. La Serbie, de son côté, a répondu brièvement dans son contre-mémoire aux arguments de la Croatie concernant le mémorandum. Selon elle, ces affirmations étaient «très exagérées», les Serbes n'ayant jamais eu l'intention de perpétrer un génocide contre les Croates, pas plus que le mémorandum n'envisageait un tel projet³¹¹. La Croatie est revenue sur ce point dans sa réplique, dans laquelle elle a de nouveau souligné l'importance du rôle qu'avait joué le mémorandum de la SANU dans la perpétration du génocide.

326. La Croatie a rejeté l'affirmation de la Serbie jugeant ses arguments «très exagérés» et a fait valoir que ceux-ci étaient étayés par plusieurs sources indépendantes, qui avaient aussi qualifié le mémorandum de «bombe politique». Elle a affirmé en outre que, selon les conclusions d'un rapport d'expert du TPIY sur l'usage de la propagande pendant le conflit à l'examen, c'étaient les fuites délibérées du mémorandum de la SANU qui avaient soulevé publiquement la question du nationalisme serbe (voir *infra*).

327. La Croatie a insisté sur le fait que l'émergence du nationalisme serbe extrême s'est accompagnée de la théorie selon laquelle les Croates avaient toujours été animés d'une intention génocidaire à l'encontre des Serbes, théorie — élaborée en 1986 puis reprise par des historiens et des journalistes serbes — qui prétendait que le peuple croate était collectivement responsable du nombre élevé de Serbes tués par les Oustachis entre 1941 et 1945 (notamment dans le camp de concentration de Jasenovac), pendant la seconde guerre mondiale, conformément à un plan qui ne cessait de nourrir des intentions génocidaires à l'égard des Serbes³¹². Selon la Croatie, plusieurs articles incendiaires publiés par les médias avaient contribué à répandre cette idée entre 1986 et 1991³¹³.

328. Au cours des audiences, la Croatie a réaffirmé ses moyens (*supra*), alors que la Serbie n'a présenté aucun nouvel argument important à ce sujet. La première a fait valoir que la publication du mémorandum de la SANU en 1986 avait été à l'origine d'une période de propagande nationaliste extrémiste en Serbie, reposant sur l'idée que la Serbie et les Serbes vivant dans les autres républiques de la RSFY «se trouvaient dans une position particulièrement défavorable au sein de la RSFY», et sur la proposition de reviser la Constitution de la RFSY de sorte que les provinces autonomes deviennent partie intégrante de la Serbie et que l'Etat fédéral soit renforcé. Elle a aussi fait état d'un rapport d'expert (rédigé par

³⁰⁹ Mémoire de la Croatie, par. 2.52.

³¹⁰ *Ibid.*, par. 3.03.

³¹¹ Contre-mémoire de la Serbie, par. 428.

³¹² Réplique de la Croatie, par. 3.10-3.12.

³¹³ *Ibid.*, par. 3.12-3.14.

A. Budding), qui avait qualifié le mémorandum de « tempête politique » en raison des thèses « provocat[rices] » qu'il contenait³¹⁴.

b) *Examen par le TPIY des dépositions des experts*

329. Comme il a été dit à la Cour dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire (voir *supra*), le TPIY, dans la décision qu'il a rendue le 16 juin 2004 en l'affaire *Milošević*, a dûment tenu compte des dépositions d'experts concernant l'aspect idéologique du plan de destruction en cause. Le premier rapport d'expert présenté au TPIY, établi à la demande du bureau du procureur, était intitulé « Propagande politique et projet d'« Etat pour tous les Serbes » — conséquences de l'instrumentalisation des médias à des fins ultranationalistes » (4 février 2003, rédigé par R. de la Brosse).

330. Selon ce rapport, le régime de Slobodan Milošević s'était employé à s'assurer « un contrôle total sur les médias propriétés de l'Etat ou d'institutions publiques », en restreignant leur liberté et en les empêchant, « par tous les moyens, d'informer les citoyens ». La mainmise sur les médias audiovisuels, « entreprise dès 1986-1987, [était] complète à l'été 1991 » (rapport de R. de la Brosse, 4 février 2003, par. 27). Toujours selon le rapport, « [l]es médias ont été utilisés comme armes de guerre », pour atteindre des « buts stratégiques », comme « la conquête de territoires par la force, la pratique de l'épuration ethnique ou encore la destruction de cibles présentées comme symboliques et prioritaires ». La méthode combinait

« propagande, informations partielles (et partiales), fausses nouvelles, manipulation, absence de couverture de certains faits, etc. Tout cet arsenal [allait] être mobilisé pour servir à justifier la création d'un Etat pour tous les Serbes.

[Ont été employés] les termes de « fascistes oustachis » et de « coupeurs de gorges » pour stigmatiser les Croates ou de « oustachis islamistes » et de « combattants du djihad » pour décrire péjorativement les Musulmans bosniaques. Le recours systématique à de tels mots clefs, dont la terminologie a été imposée aux médias par le régime Milošević, a sans aucun doute provoqué et entretenu des comportements de haine envers les communautés non serbes.

Un usage systématique de fausses informations, d'informations partiales, de non-couverture de certains événements a permis d'inspi-

³¹⁴ CR 2014/5, p. 33-35. Le mémorandum, a réaffirmé la Croatie, a ouvert la voie à la publication d'articles dans les médias serbes, évoquant les supposées tendances génocidaires des Croates et rappelant les crimes atroces commis contre les Serbes par le régime oustachi, pendant la seconde guerre mondiale (par exemple, le camp de concentration de Jasenovac); CR 2014/5, p. 35; voir aussi CR 2014/12, p. 22-23.

rer, de provoquer la haine et la peur parmi les communautés. Les médias ont préparé psychologiquement le terrain pour la montée des haines nationalistes et sont devenus une arme quand la guerre a éclaté.

.....
 [D]es faits historiques ont été mystifiés pour servir des objectifs nationalistes et pour faire en sorte que le peuple serbe sente et exprime un désir de revanche envers les ennemis désignés, les Croates et les Musulmans...» (Rapport de R. de la Brosse, par. 28-31.)

331. Il est aussi dit dans le rapport que, de par l'invocation des «déchirements de la guerre de 1940» (*ibid.*, par. 35), «l'instrumentalisation des médias au service d'objectifs et d'intérêts nationalistes rel[evait] d'un plan mûrement réfléchi» (*ibid.*, par. 32). L'auteur ajoute que le mémorandum de la SANU de 1986 avait constitué un «encouragement» au «nationalisme serbe» (*ibid.*, par. 40). La propagande officielle puisait aux sources historiques de la «mystique serbe», avec ses victimes et les injustices qui avaient été faites aux Serbes tout au long de leur histoire (*ibid.*, par. 46-49)³¹⁵. Les autorités de l'Etat cherchaient à conditionner l'opinion publique «pour justifier la guerre à venir avec la Croatie» (*ibid.*, par. 54, et voir par. 61). La «désinformation était utilisée «pour induire en erreur, cacher ou travestir des faits» et pour inventer «de fausses informations» (*ibid.*, par. 72 et 77).

332. Le deuxième rapport d'expert soumis (par le procureur) au TPIY dans le cadre de la décision en l'affaire *Milošević* (2004), et cité par la Croatie lors des audiences en la présente espèce, était intitulé «Serbian Nationalism in the Twentieth Century» (Le nationalisme serbe au vingtième siècle, 29 mai 2002, rédigé par A. Budding). Ce rapport présentait les faits historiques et le contexte nécessaires pour comprendre le réveil de la conscience nationale serbe et la série d'événements qui avait conduit à la dissolution de l'Etat yougoslave et au déclenchement des conflits dans la région.

333. Le rapport mentionnait aussi le mémorandum de 1986 de la SANU (rapport de A. Budding, 29 mai 2002, p. 32), expliquant ses origines et ses conséquences pour l'ensemble de l'ex-Yougoslavie (*ibid.*, p. 36-37). Il qualifiait ce mémorandum d'«ouvrage le plus connu du mouvement national serbe contemporain» (*ibid.*, p. 36). Se référant au rapport d'expert, la Croatie a fait valoir que le mémorandum avait déclenché «une tempête politique» et qu'il était «provocateur en raison du contraste entre les griefs qui y étaient exprimés concernant la situation de la Serbie et des Serbes au sein de la Yougoslavie et les «références vagues et ellip-

³¹⁵ Les médias ont contribué à «la démonisation des autres communautés, en particulier celles des Albanais du Kosovo, des Croates et des Musulmans bosniaques» (par. 52).

tiques à un éventuel avenir post-yougoslave» qui s’y trouvaient»³¹⁶. Le rapport contenait aussi les observations suivantes :

«Memorandum nije raspalio debatu u Jugoslaviji zato što je u njemu eksplicitno iznet srpski nacionalni program posle Jugoslavije — pošto i nije — već zbog kontrasta između detaljnih i preteranih primedbi na položaj Srbije unutar postojeće jugoslovenske države, koje su iznete u Memorandumu, kao i neodređenog pozivanja na moguću budućnost posle Jugoslavije (tvrdnja da Srbija mora ‘jasno da sagleda svoje privredne i nacionalne interese kako je događaji ne bi iznenadili’). Autori Memoranduma su sugerisali da bi nacionalne alternative višenacionalnoj jugoslovenskoj državi mogle biti poželjne, ali su propustili da priznaju da bi njihovo stvaranje neizbežno podrazumevalo uništenje.»³¹⁷

334. Toujours en l’affaire *Milošević*, le TPIY a aussi tenu compte de la déposition d’un témoin expert (T. Zwaan), qu’il a résumé dans sa décision du 16 juin 2004. Selon le TPIY, le témoin expert avait déposé au sujet de «l’importance de l’idéologie et du recours à la propagande» dans les processus «conduisant à la perpétration d’un génocide: elle mobilise plusieurs types de nationalisme extrémiste qui déshumanisent le groupe cible», tout en détournant «la mémoire historique collective» à cette fin (TPIY, *Milošević*, décision du 16 juin 2004, par. 234). T. Zwaan a ajouté que «le génocide était un crime d’Etat», car «les crimes génocidaires ne se développent jamais «de bas en haut»; ils se propagent «de haut en bas». Les autorités de l’Etat «ont connaissance de ces crimes, elles les cautionnent et elles y participent»» (*ibid.*).

335. Un troisième rapport d’expert rédigé pour le TPIY (à la demande du procureur) dans le cadre de l’affaire *Milošević* (2004), intitulé «On the Aetiology and Genesis of Genocides and Other Mass Crimes — Targeting Specific Groups» (De l’étiologie et de la genèse des génocides et autres crimes de grande ampleur perpétrés contre des groupes spécifiques) (novembre 2003, établi par T. Zwaan), entendait prendre en considération, en les condensant, les connaissances contemporaines en matière de

³¹⁶ CR 2014/5, p. 33-35.

³¹⁷ [Traduction non officielle]

«Le mémorandum est devenu dans le débat yougoslave un élément de nature à exciter les passions, non pas parce qu’il énonçait expressément un programme national serbe post-yougoslave — ce qu’il ne faisait effectivement pas —, mais plutôt en raison du contraste entre les observations détaillées et exagérées concernant la position de la Serbie dans l’Etat yougoslave existant et les références vagues et elliptiques à un éventuel avenir post-yougoslave qui s’y trouvaient (l’assertion indiquant que la Serbie devait «être lucide quant à ses intérêts économiques et nationaux, afin de ne pas être prise au dépourvu par le cours des événements»). Les auteurs du mémorandum suggéraient que des solutions nationales de substitution à l’Etat yougoslave multinational seraient souhaitables, sans reconnaître la destruction que leur création entraînerait inévitablement.» (*Ibid.*, p. 31.)

génocide, d'un point de vue interdisciplinaire. Après avoir examiné cette question, l'auteur est parvenu aux conclusions suivantes :

«Tout d'abord, ... le génocide et d'autres crimes de grande ampleur perpétrés contre des groupes spécifiques doivent être soigneusement distingués de la guerre et de la guerre civile, même si, parallèlement, il convient de reconnaître que les situations de conflit de la guerre civile peuvent contribuer de diverses manières au développement de processus de génocide.

Deuxièmement, on a fait observer que les crimes génocidaires ne se conçoivent et ne se mettent en œuvre que dans des conditions de crise grave et durable. Un modèle général de l'émergence de ces crises a été présenté sous une forme très condensée. La déstabilisation de la société étatique concernée, les processus de polarisation, la «dépacification» et le recours croissant à la violence sont au cœur de ces crises.

Troisièmement, dans le cadre de la crise, une élite politique radicale et impitoyable peut parvenir à s'emparer de l'organisation de l'Etat. Le comportement politique et les décisions de cette direction politique peuvent être considérés comme d'une importance décisive pour la naissance d'un génocide. Il a été dit qu'un processus génocidaire ne se développe pas «de bas en haut» mais se propage généralement «de haut en bas», même si l'implication spécifique de l'Etat peut prendre différentes formes. L'un des corollaires de ce constat est que les plus hautes autorités de l'Etat sont toujours responsables de ce qui se passe au cours du processus génocidaire, un autre est que de «simples» actes de génocide devraient être (aussi) envisagés dans le contexte de la structure du pouvoir et de l'autorité qui prévaut au sein de la société étatique concernée.

Quatrièmement, il a été souligné que, pour les comprendre au mieux, il faut envisager les génocides comme des processus (très complexes), comportant un début, un déroulement structuré dans lequel on peut distinguer plusieurs phases et une fin — généralement provoquée par une intervention extérieure par la force. En outre, pour essayer de comprendre un processus génocidaire, il convient de prêter attention à la prise de décisions, à l'apparition progressive de la planification et de l'organisation, et à la division du travail au sein de la catégorie des auteurs.

Cinquièmement, il a été soutenu que l'idéologie revêt également une importance cruciale en ce qu'elle permet la naissance du génocide. En général, diverses formes de nationalisme radical figurent en bonne place. Elles contribuent au développement d'un climat politique extrémiste et à la désignation des groupes ou des catégories à viser ; elles légitiment, rationalisent et justifient le processus génocidaire, et elles communiquent aux auteurs le sentiment de suivre une direction, une intention et un but.

Sixièmement, il a été souligné que chaque processus génocidaire devrait aussi être envisagé du point de vue des victimes, qui sont en général choisies en raison de leur appartenance supposée à un groupe

ou une catégorie visée par la persécution. Il a été soutenu, en outre, que ces groupes sont rendus de plus en plus vulnérables et impuissants par le processus de persécution lui-même, qu'il leur est en général très difficile de prévoir ce qu'il va se passer, et que leurs possibilités d'agir (de réagir) sont extrêmement limitées. Pour étudier, évaluer et juger un génocide, la meilleure ligne de conduite à suivre semble être de garder leur sort au cœur de ses préoccupations.» (Rapport de T. Zwaan, novembre 2003, p. 38-39.)

c) *L'incitation idéologique et le début des hostilités*

336. De fait, au cours de la procédure, les deux Parties ont porté une attention particulière aux origines et au contexte factuel du conflit dans les Balkans, en l'espèce concernant l'*Application de la convention sur le génocide*. La Croatie et la Serbie ont toutes deux dit avoir conscience que le contexte historique permettait de mieux comprendre les causes à l'origine de la guerre en Croatie et de la campagne de destruction menée. Elles ont exprimé leurs points de vue, en particulier, dans la phase écrite de la procédure. Le demandeur a fait valoir que la dévastation qui avait eu lieu en Croatie était une conséquence du développement exponentiel du nationalisme serbe visant à construire une «Grande Serbie».

337. Ainsi, dans son mémoire, la Croatie a donné un aperçu du contexte du litige, qu'elle estimait essentiel pour comprendre ce qui s'était passé, afin de rendre justice et d'accorder réparation aux victimes³¹⁸. Mettant l'accent sur la formation de la RFY, la montée du nationalisme «grand-serbe» dans les années 1980 et l'arrivée de S. Milošević au pouvoir³¹⁹, elle a fait valoir que, bien que les tensions inhérentes (entre les groupes ethniques) aient été étouffées pendant de nombreuses années, après la mort du président Tito, les institutions fédérales avaient été usurpées par les nouveaux dirigeants serbes (menés par S. Milošević), qui entendaient établir une Yougoslavie dominée par les Serbes, ou «Grande Serbie», englobant plus de la moitié de la Croatie³²⁰.

338. Les médias serbes contrôlés par l'Etat, a ajouté la Croatie, avaient diabolisé systématiquement les groupes ethniques non serbes visés, créant un climat propice en incitant au génocide et en justifiant celui-ci³²¹. Après la montée des tensions au Kosovo en 1981, a poursuivi la Croatie, les nationalistes serbes avaient commencé à exprimer leurs idées plus ouvertement et fréquemment; selon elle, était notamment en cause le mémorandum de la SANU publié en 1986, qui était un manifeste réinterprétant

³¹⁸ Mémoire de la Croatie, par. 2.01-2.162 et 1.14.

³¹⁹ *Ibid.*, par. 2.05-2.35, 2.36-2.59 et 2.60-2.84, respectivement. Pour le contexte historique (pendant la seconde guerre mondiale), voir *ibid.*, par. 2.08-2.09, et par. 2.53.

³²⁰ *Ibid.*, par. 1.26.

³²¹ *Ibid.*

l'histoire récente de la RSFY du point de vue des nationalistes serbes et qui avait donné naissance à une colère et un désir de vengeance à l'égard des Croates³²². En outre, toujours selon la Croatie, il y avait eu une vaste campagne de propagande réhabilitant le mouvement tchetnik et ses objectifs, et S. Milošević était parvenu à saisir ces sentiments et à se présenter comme le défenseur des intérêts serbes³²³.

339. Dans son contre-mémoire, la Serbie a fait valoir qu'une grande partie des événements qui s'étaient produits dans les Balkans en 1991-1995 avait été influencée par les atrocités commises contre les Serbes en 1941-1945 et la montée du nationalisme dans la RSFY³²⁴. Les événements qui avaient mené au conflit de 1991-1995 et le conflit lui-même, selon la Serbie, ne pouvaient être compris si l'on n'en tenait pas compte³²⁵. La Serbie a en outre affirmé qu'il y avait eu une montée du nationalisme dans la RSFY après la mort de Tito, chez les Serbes mais aussi chez les Croates³²⁶.

340. La Serbie a reconnu qu'il y avait eu de nombreux propos haineux et manifestations de nationalisme extrême dans les médias serbes à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990, mais a affirmé que c'était aussi le cas en Croatie. Elle n'a pas contesté que les nationalistes serbes aient détourné à leur profit le souvenir des événements passés, mais elle a soutenu que les allégations en ce sens portées par la Croatie n'étaient pas toujours exactes; enfin, elle a ajouté que le nationalisme serbe ne saurait être tenu pour unique responsable du conflit³²⁷.

341. Dans sa réplique, la Croatie a fait valoir que, selon un rapport d'expert du TPIY, le mémorandum de la SANU avait mis le feu aux poudres et soulevé publiquement la question du nationalisme serbe³²⁸, en donnant libre cours à la théorie selon laquelle les Croates étaient collectivement responsables du nombre élevé de Serbes tués entre 1941 et 1945 par les Oustachis³²⁹. Elle a ensuite réfuté les allégations de renaissance du nationalisme croate et de propos haineux et politiques discriminatoires à l'égard des Serbes³³⁰. De son côté, dans sa duplique, la Serbie a soutenu que le contexte historique était susceptible de contribuer à la compréhension des événements à l'origine de la guerre. Elle a réaffirmé que les causes n'étaient pas unilatérales et que les allégations de la Croatie étaient à son avis inexactes³³¹;

³²² Mémoire de la Croatie, par. 2.40, 2.43, 2.51-2.53 et 2.56. Les Croates ont été diabolisés et tenus pour responsables de la mort de Serbes pendant la seconde guerre mondiale dans les camps de concentration, et un sentiment induit de colère et de vengeance s'est développé chez les Serbes; selon la Croatie, le mémorandum de 1986 de la SANU a été un élément clé à cette fin.

³²³ *Ibid.*, par. 2.54-2.56 et 2.60.

³²⁴ Contre-mémoire de la Serbie, par. 397-426, et voir par. 397, 400, 409 et 419.

³²⁵ *Ibid.*, par. 419.

³²⁶ *Ibid.*, par. 422.

³²⁷ *Ibid.*, par. 434-435, 420 et 424.

³²⁸ Réplique de la Croatie, par. 3.11.

³²⁹ *Ibid.*, par. 3.12.

³³⁰ *Ibid.*, par. 3.17-3.24.

³³¹ Duplique de la Serbie, par. 35.

enfin, elle a prié la Cour d'examiner l'histoire du conflit en tenant compte des deux perspectives proposées par le demandeur et par le défendeur³³².

342. Dans la phase orale de la procédure en l'espèce, l'une des témoins-experts (M^{me} S. Biserko) a traité expressément le contexte factuel du conflit et de l'évolution des faits qui a conduit aux atrocités. Elle a insisté sur l'idée d'une «Grande Serbie» ranimant le nationalisme serbe par sa propagande, l'objectif de l'expansion territoriale, l'ascension de S. Milošević et de ses politiques, et les reportages des médias — entre 1988 et 1991 — préparant les Serbes aux attaques armées à venir en Croatie et en Bosnie-Herzégovine³³³.

343. Les Parties elles-mêmes, dans le cadre de la procédure en l'espèce, ont mis l'accent, chacune à sa manière, sur les incidences des propos haineux. La Croatie a affirmé que la Serbie avait attisé les propos haineux et la propagande en incitant au génocide³³⁴. Ces propos haineux, à son avis, avaient été un élément important des préparatifs en vue des incursions armées serbes en Croatie³³⁵. La Serbie a reconnu que les médias du pays, à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990, diffusaient en permanence des propos haineux, mais elle a affirmé que tel était aussi le cas en Croatie³³⁶.

344. La Serbie a admis que les propos haineux abondaient dans les médias serbes à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990³³⁷, mais elle a affirmé que ce phénomène n'était pas circonscrit à la Serbie et existait aussi en Croatie³³⁸. La Croatie a fait valoir que, dès le début des années 1980, plusieurs journaux serbes avaient publié des articles incendiaires sur le camp de concentration oustachi de Jasenovac, pendant la seconde guerre mondiale³³⁹. Elle a contesté l'affirmation de la Serbie, selon qui la Croatie avait elle aussi promu les propos haineux contre les Serbes³⁴⁰. La Serbie, de son côté, a tenté de minimiser les preuves de l'incitation à la haine³⁴¹.

345. Lors des plaidoiries, la Croatie a fait référence, notamment, au discours prononcé par S. Milošević devant le parlement serbe en mars 1991³⁴² et aux propos haineux tenus par l'extrémiste nationaliste serbe Z. Raznjatović (connu sous le nom d'Arkan) contre les Croates, constamment appelés «Oustachis»³⁴³. Les journaux serbes, a-t-elle ajouté,

³³² Duplique de la Serbie, par. 36.

³³³ CR 2014/7.

³³⁴ Mémoire de la Croatie, par. 1.16, 2.04, 2.43-2.53, 2.56-2.59, 2.63-2.66, 8.16, 8.23-8.24.

³³⁵ *Ibid.*, par. 2.58.

³³⁶ Contre-mémoire de la Serbie, par. 434-442.

³³⁷ *Ibid.*, par. 434-437, 439-442 et 953-954.

³³⁸ *Ibid.*, par. 439.

³³⁹ Réplique de la Croatie, par. 3.10-3.14, 3.26-3.27, 3.31-3.33, 3.131 et 9.52.

³⁴⁰ *Ibid.*, par. 3.26-3.27 et 9.52.

³⁴¹ Duplique de la Serbie, par. 340-342.

³⁴² CR 2014/5, par. 20.

³⁴³ *Ibid.*, par. 30; voir aussi mémoire de la Croatie, vol. 5, app. 3, p. 64-65, par. 43-45.

publiaient des articles incendiaires sur le camp de concentration oustachi de Jasenovac, en référence aux crimes que le régime oustachi avait commis contre les Serbes pendant la seconde guerre mondiale³⁴⁴.

346. La Serbie, de son côté, a cité des déclarations faites par la presse et les politiciens croates³⁴⁵. La Croatie a rétorqué que les exemples donnés par la Serbie contrastaient vivement avec les discours haineux qui émanaient des médias publics et des plus hauts dirigeants serbes³⁴⁶. Elle a en outre insisté sur le fait que la peur que la population serbe nourrissait à l'égard des Croates avait été instillée par la campagne basée sur des discours haineux contre les Croates et la diabolisation de ceux-ci en tant qu'«Oustachis»³⁴⁷.

347. Dans le présent arrêt, la Cour a exclu catégoriquement d'examiner les origines historiques du conflit dans les Balkans, dans les termes suivants : «La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de s'engager dans un débat sur les origines historiques et politiques des événements qui se sont déroulés en Croatie entre 1991 et 1995.» (Arrêt, par. 422.) Même sans se lancer dans un tel examen, elle a, par exemple, rejeté l'importance du mémorandum de la SANU, au motif qu'il «n'a[vait] pas de caractère officiel» et qu'il ne prouvait pas le *dolus specialis* (*ibid.*).

348. Pourtant, dans la procédure en l'espèce, ce document n'a pas été cité à cet effet, mais uniquement pour expliquer les origines historiques de l'entreprise de dévastation en Croatie, que la Cour a jugé inutile d'examiner dans le présent arrêt. Encore une fois, je regrette de ne pas pouvoir souscrire à la manière dont la majorité de la Cour a traité cette question, et j'ai tenu à consigner par écrit, dans le présent exposé, pourquoi je suis en désaccord avec le peu de cas que la Cour en a fait — étant donné, en particulier, que les deux Parties ont longuement insisté sur cette question dans les arguments qu'elles ont présentés à la Cour et s'attendaient à ce que celle-ci l'examine.

349. Il est clair qu'une idéologie et une propagande nationalistes (ethniques) ont été, par leur incitation à la violence, à l'origine de l'éclatement de l'ex-Yougoslavie et ont contribué à donner lieu aux hostilités aggravées au cours des conflits armés généralisés, puis aux «horreurs» des guerres dans les Balkans, «en particulier celles en Croatie et en Bosnie-Herzégovine»³⁴⁸. Pour comprendre le contexte factuel d'une affaire relevant de la convention sur le génocide, telle que celle qui oppose la Croatie à la Serbie, il importe d'en examiner les causes. Celles-ci ont été exposées à la Cour par les Parties elles-mêmes. Dans l'exposé de l'opinion individuelle (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*), p. 543, par. 46-47, et p. 610, par. 220) que j'ai

³⁴⁴ CR 2014/5, par. 12.

³⁴⁵ Voir contre-mémoire de la Serbie, par. 438 et 440, et duplique de la Serbie, par. 633-635.

³⁴⁶ Voir pièce additionnelle, par. 2.14.

³⁴⁷ CR 2014/19, par. 28.

³⁴⁸ S. Letica, «The Genesis of the Current Balkan War», *Genocide after Emotion — The Postemotional Balkan War* (dir. publ., S. G. Meštrović), Londres/New York, Routledge, 1996, p. 91, et voir p. 92-112.

joint à l'avis consultatif rendu par la Cour au sujet de la déclaration d'indépendance du Kosovo (2010), j'avais déjà souligné qu'il était nécessaire de rester attentif aux origines historiques de chaque crise humanitaire.

350. Un conflit international — une entreprise de dévastation — ayant l'ampleur et la gravité des guerres dans les Balkans, dont la Cour a été saisie au titre de la convention sur le génocide, ne peut pas être examiné correctement dans le vide. Ce n'est d'ailleurs pas ce que le TPIY a fait, et, par exemple, en l'affaire *Milošević* (chambre de première instance, décision du 16 juin 2004), après avoir étudié le conflit à partir de ses origines historiques, il a tenu compte d'un rapport d'expert sur l'utilisation de la propagande par les médias dans ce conflit, selon lequel

«une comparaison entre les propagandes nationalistes serbe, croate et bosniaque porte à conclure que la première surpasse les deux autres tant par l'échelle que par le contenu des messages médiatiques délivrés» (TPIY, *Milošević*, décision du 16 juin 2004, par. 237).

351. Ainsi, la haine était générale, et elle a fait de nombreuses victimes. Les villageois ont commencé à se haïr mutuellement, parfois entre anciens voisins, uniquement en raison de leur appartenance ethnique, sans savoir exactement pourquoi. Les conséquences de cette campagne de haine ont été catastrophiques — et, comme tant d'autres entreprises de dévastation menées par l'homme tout au long de son histoire, elles illustrent la présence pérenne du mal dans la condition humaine (voir *infra*).

352. Enfin, avec le déclenchement des attaques armées, il importe de rappeler un autre élément qui plaide en faveur de l'examen de la campagne de nationalisme extrême: les comptes rendus non expurgés du Conseil suprême de la défense (CSD) de la RFY — ceux-là mêmes qui, dans la précédente affaire concernant la convention sur le génocide, n'avaient pas été mis à la disposition de la Cour, et que celle-ci n'avait d'ailleurs pas jugés indispensables pour rendre son arrêt de 2007. Aujourd'hui, huit ans plus tard, les transcriptions non expurgées des comptes rendus du CSD (1992-1996), sur lesquelles l'attention du TPIY a été récemment appelée, sont connues du public.

353. Je n'ai pas l'intention de passer ici ces comptes rendus en revue, et me bornerai à en mentionner deux bref passages qui ont une incidence directe sur les considérations précédentes. Le compte rendu (sténographié) non expurgé de la CSD, daté du 7 août 1992, fait référence à la violence des formations paramilitaires et contient l'instruction de vêtir ces paramilitaires d'«uniformes de soldats yougoslaves» et de leur donner des armes. Dans celui daté du 9 août 1994, il est dit que les armées de la Republika Srpska et de la République serbe de Krajina «sont des armées du peuple serbe», et que, «[p]ar conséquent, elles doivent servir les intérêts du peuple serbe dans son ensemble»³⁴⁹.

³⁴⁹ FRY/CSD, comptes rendus non expurgés (1992-1996) du 7 août 1992 et du 9 août 1994.

2. *L'obligation de porter un ruban blanc*

354. A mon sens, il est clair, compte tenu des atrocités déjà passées en revue, que, dans le cas d'espèce concernant l'*Application de la convention sur le génocide* et opposant la Croatie à la Serbie, il s'agissait non pas exactement d'une guerre, mais plutôt d'une campagne de dévastation, dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et généralisée (voir *supra*). Je passerai à présent à d'autres aspects sur lesquels l'attention de la Cour a aussi été appelée au cours de la procédure, en commençant par l'obligation de porter un ruban blanc imposée aux personnes prises pour cible.

355. Lors de la phase écrite de la procédure, la Croatie a affirmé dans son mémoire que, dans certaines municipalités, les Croates étaient contraints, pour être reconnaissables, à porter un ruban blanc ou d'autres signes distinctifs, ou d'en apposer sur leurs biens³⁵⁰. Elle a produit diverses déclarations de témoins attestant que la Serbie avait imposé cette pratique³⁵¹, qui, si l'on en croit les éléments de preuve (et lesdites déclarations), était très répandue et avait pour unique raison d'être d'identifier les Croates, de les isoler du reste de la population et de les humilier à des degrés divers, notamment par le travail forcé, la violence et la restriction de leur liberté de circulation (par exemple en imposant des couvre-feux). Selon la Croatie,

«[I]a population croate locale était tenue de porter un signe distinctif — ruban blanc et autres signes — et d'en marquer ses biens; l'accès à la nourriture, à l'eau, à l'électricité et aux télécommunications ainsi qu'à des soins médicaux convenables lui était refusé; ses déplacements faisaient l'objet de restrictions; elle était mise au travail forcé; ses biens étaient détruits ou pillés; les monuments culturels et religieux croates étaient détruits; et les écoles et autres établissements publics étaient tenus d'adopter les traditions culturelles et la langue serbes»³⁵².

356. En ce qui concerne les objectifs de la pratique consistant à obliger les Croates à porter un ruban blanc, la Croatie a fait valoir que des «autorités» locales serbes avaient été établies et «impos[ai]ent un régime d'humiliation et de déshumanisation à la population croate restante, laquelle était tenue de porter un signe distinctif — ruban blanc et autres signes — et d'en marquer ses biens»³⁵³. Elle a affirmé que, à Antin, par exemple, la plupart des habitants croates avaient quitté le village et que les 93 Croates restés sur place devaient porter un ruban blanc au bras;

³⁵⁰ Voir mémoire de la Croatie, par. 4.08, 4.60, 4.87 et 4.98. D'après la Croatie, l'obligation de porter un ruban blanc a été imposée par exemple à Sarengrad, Bapska et Sotin; *ibid.*, par. 8.16.8.

³⁵¹ *Ibid.*, vol. 2 (I), annexes 53 (Sarengrad), 66 (Bapska), 76 (Tovarnik), 84 (Tovarnik), 101, 106 et 108 (Lovas) et 128 (Vukovar).

³⁵² *Ibid.*, par. 8.60.

³⁵³ *Ibid.*, par. 3.73.

elle a ajouté que, au moment de la rédaction de son mémoire, on ignorait toujours ce qu'il était advenu de 15 d'entre eux³⁵⁴. Il en est allé de même dans le village de Sarengrad, où étaient restés 412 habitants croates qui ont tous été forcés de porter un ruban blanc³⁵⁵.

357. Lors des plaidoiries, la Croatie a répété ses allégations concernant le «marquage» de la population croate. Quant aux Croates forcés de se distinguer du reste de la population en portant un ruban blanc, elle n'a pas fait état d'un sort commun que tous auraient subi. Les pièces de procédure ne permettent pas de savoir si absolument *tous* ceux qui portaient un ruban blanc étaient condamnés à être exterminés³⁵⁶. La Croatie a néanmoins déclaré ce qui suit :

«[D]es civils croates ont été forcés, dans les communautés et les régions occupées (et ces faits, exposés dans les pièces de procédure, étaient très loin d'être isolés), de porter des rubans blancs, et ont reçu l'ordre d'accrocher des chiffons blancs à leurs maisons. Il s'agissait de mesures de marquage ethnique. Ainsi repérés, *ils devenaient des cibles à abattre*. A Bapska, au cri de «On vous tuera tous, sales Oustachis!», des Serbes ont obligé les Croates à accrocher des rubans blancs à leurs portes, comme cela figure dans les déclarations de témoins. Les populations croates d'Arapovac, Lovas, Sarengrad, Sotin, Tovarnik et Vukovar, entre autres, ont été contraintes par les forces serbes de porter des rubans blancs.»³⁵⁷

358. La Croatie a surtout insisté sur le fait que les Croates avaient été obligés de porter un ruban blanc pour se distinguer du reste de la population; même s'ils ne semblent pas avoir tous subi le même sort, une fois distingués de la sorte, ils sont devenus plus vulnérables. A cet égard, l'expert-témoin de la Croatie a déclaré, en réponse à une question que j'ai posée à l'audience du 3 mai 2014, que les Croates

«détenus n'étaient pas marqués de la sorte. Cette marque a été utilisée dans plusieurs cas — à Lovas et à Tovarnik précisément — où nous l'avons trouvée sur des victimes dans des charniers. Il est de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc.»³⁵⁸

Il ressort donc des éléments produits en l'espèce que certains des Croates qui ont été exterminés ont d'abord été contraints à porter des rubans ou des brassards blancs³⁵⁹, ou à accrocher des draps blancs aux portes de leurs maisons.

³⁵⁴ Mémoire de la Croatie, par. 4.17.

³⁵⁵ *Ibid.*, par. 4.60.

³⁵⁶ CR 2014/9, p. 35.

³⁵⁷ CR 2014/6, p. 57 [les italiques sont de moi].

³⁵⁸ CR 2014/9, p. 35.

³⁵⁹ Il ne ressort pas clairement des pièces de la Croatie si absolument *tous* les Croates qui portaient un ruban blanc étaient condamnés à être exterminés; voir CR 2014/9, p. 35.

3. *Le sort réservé aux corps*

359. Au cours de la procédure, la Croatie a fait état de diverses déclarations de témoins décrivant les atteintes à l'intégrité des cadavres croates commises par les Serbes. Selon de nombreux témoignages, des cadavres ont été brûlés ou jetés dans des charniers (voir *infra*), et parfois criblés de balles (à Vukovar-centre)³⁶⁰, démembrés (à Berak)³⁶¹ et jetés dans des puits (à Glina), des canaux (à Lovas)³⁶² et des rivières³⁶³. C'était une façon, selon la Croatie, de dissimuler les meurtres; des pelleteuses ont servi à transporter les restes³⁶⁴.

360. Dans la phase écrite de la présente procédure, la Croatie a aussi relevé que les corps étaient parfois simplement brûlés (par exemple à Ervenik, Cerovljani, Hum/Podravska, Joševica)³⁶⁵. Elle a aussi fait état de plusieurs cas dans lesquels les assaillants s'étaient débarrassés des corps un peu au hasard, sinon avec incurie³⁶⁶. Il y avait des cadavres partout. Selon des témoignages, les cadavres auraient posé problème à Vukovar lors du bombardement: nombre d'entre eux étaient laissés dans les rues, les cours ou les caves; 520 personnes décédées ont été transportées par des bénévoles et des soldats croates pour identification³⁶⁷. A Vukovije, selon un témoin, trois cadavres ont été découverts sur les marches d'une maison³⁶⁸. Un autre témoin a raconté qu'il y avait à Tovarnik 48 cadavres gisant le long de la route et dans les cours, et qu'il était interdit de les enterrer³⁶⁹.

361. Il me semble opportun de revenir ici sur une idée que j'ai déjà exprimée dans le présent exposé (partie II, *supra*). Ces scènes dans lesquelles des dépouilles restent sans sépulture évoque irrésistiblement (du moins dans mon esprit), dans une dimension intertemporelle, la tragédie d'*Antigone* écrite par Sophocle il y a vingt-cinq siècles. Antigone fait part de sa détermination à passer outre la décision tyrannique qu'a prise le puissant Créon de laisser le cadavre de son frère Polynice pourrir sur le champ de bataille;

³⁶⁰ Mémoire de la Croatie, par. 4.165.

³⁶¹ *Ibid.*, par. 4.42.

³⁶² *Ibid.*, par. 4.127.

³⁶³ *Ibid.*, par. 5.80.

³⁶⁴ *Ibid.*, par. 4.136.

³⁶⁵ *Ibid.*, par. 5.215, 5.122, 5.41, 5.85 et 5.169-5.170, respectivement.

³⁶⁶ Un témoin a dit qu'il était chargé de ramasser avec un tracteur les corps des civils croates tués; 24 ont été enterrés, mais il était impossible d'en identifier certains (mémoire de la Croatie, par. 4.102). Un autre témoin a rapporté qu'il était aussi chargé de creuser des fosses et de transporter les morts (*ibid.*). Un autre encore a dit avoir vu des cadavres sur une remorque emmenés au cimetière, où ils ont été jetés dans un trou et recouverts à l'aide d'une pelleteuse (*ibid.*, par. 4.122). Selon un autre témoignage, des colonnes de camions de la JNA servaient à transporter les restes des morts; seuls les corps de cinq habitants de Tordinci et de neuf habitants d'Antin ont été laissés dans le charnier (*ibid.*, par. 4.138).

³⁶⁷ *Ibid.*, par. 4.152.

³⁶⁸ *Ibid.*, par. 5.62. Ailleurs, un témoin a vu un corps sur un camion de marchandises (*ibid.*, par. 5.37).

³⁶⁹ *Ibid.*, par. 4.97, et CR 2014/8, par. 51.

elle donnera à la dépouille de son frère une sépulture digne, car elle se réjouit de retrouver un jour ses proches bien-aimés qui sont décédés :

«[J]enterreraï, moi, Polynice
 et serai fière de mourir en agissant de telle sorte...
 Ne dois-je pas plus longtemps plaire à ceux d'en bas
 Qu'à ceux d'ici... ?
 ... Pouvais-je cependant gagner plus noble gloire
 que celle d'avoir mis mon frère au tombeau ?»³⁷⁰

362. Lorsque la mort qu'elle a choisie frappe Antigone, la disgrâce s'abat aussi, rapidement, sur le despotique Créon. Et le chœur se borne à dire que, comme dans les temps anciens, «les maux ... sous le toit...», toujours, «après les morts, s'abatt[ent] sur les vivants», de sorte «qu'aucune génération jamais libère la suivante»³⁷¹. L'amour «est invincible» et «triomphe»³⁷². Et le chœur avertit que «c'est un terrible pouvoir» que le «pouvoir du Destin. Ni la richesse ni les armes ... ne sauraient lui échapper»³⁷³. A la fin, les «grands coups du sort ... apprennent à être sages»³⁷⁴.

363. Le chef-d'œuvre de Sophocle a résisté à l'épreuve du temps et a inspiré des œuvres littéraires à diverses époques. Avec le temps, *Antigone* est devenue le symbole de la résistance à la toute-puissance des dirigeants et de l'affrontement entre le droit naturel (qu'elle défend) et le droit positif (que représente Créon). Des écrivains se sont emparés de ce thème et des philosophes l'ont étudié tout au long des siècles. Au milieu du XX^e siècle, par exemple, J. Anouilh a écrit sa propre version de la tragédie d'*Antigone*, dans une perspective différente, mais en dépeignant aussi la fatalité qui s'abat sur Antigone et sur les autres personnages. Son *Antigone* a été publiée initialement en 1942 et donnée pour la première fois en 1944 à Paris, sous l'occupation nazie.

364. A travers les siècles, les champs de bataille sont couverts de cadavres abandonnés, comme l'attestent de si nombreux textes (historiques, philosophiques et littéraires). C'est contre cet abandon qu'Antigone s'insurge. La pièce montre que, de l'époque de Sophocle à nos jours, les morts et les vivants sont proches les uns des autres dans de nombreuses cultures, et en fin de compte dans la conscience humaine. La détermination d'Antigone à offrir une sépulture digne à la dépouille de son frère rapproche les morts bien-aimés de leurs vivants, et les vivants de leurs morts. Ce précepte éternel est plein d'humanisme. Face à des considérations relevant de la *raison d'Etat*, Antigone résiste et reste fidèle à elle-même, respectant des principes fondamentaux et les valeurs humaines supérieures qui les sous-tendent. Elle incarne un exemple à suivre.

³⁷⁰ Sophocle, *Antigone*, vers 72-73, 74-76, 502-503, traduit par Paul Mazon.

³⁷¹ *Ibid.*, vers 594-597.

³⁷² *Ibid.*, vers 782.

³⁷³ *Ibid.*, vers 951-954.

³⁷⁴ *Ibid.*, vers 1351-1352.

365. Aujourd'hui, vingt-cinq siècles après l'*Antigone* de Sophocle, les «coups du sort» nous ont-ils enseigné la sagesse? J'en doute. Les leçons ont-elles été tirées des souffrances de tant de générations qui nous ont précédés? Je crains que non. Comme le montre la présente affaire concernant l'*Application de la convention sur le génocide*, dans des situations de conflit, les cadavres continuent d'être traités avec mépris (voir *supra*). Et les plaintes se succèdent sans fin. La Croatie affirme que, en 1993, à Tordinici (Slavonie orientale), des corps ont été enlevés d'un charnier et transportés en un lieu inconnu en Serbie³⁷⁵. A Glina, au moins 10 personnes ont été tuées, mais aucun reste n'avait été retrouvé à la date où le mémoire a été soumis³⁷⁶. Toujours à Glina, les corps de neuf civils ont été exhumés (le 13 mars 1996), mais six d'entre eux seulement ont été identifiés³⁷⁷. Les corps d'autres victimes sont toujours portés disparus ailleurs³⁷⁸.

366. En outre, à Karlovac, a ajouté la Croatie, les corps de cinq femmes et d'un homme ont été emportés vers une destination inconnue et demeureraient portés disparus à la date où le mémoire a été soumis, à l'exception du corps d'une femme retrouvé dans une boîte aux alentours du village de Banski Kovačevac au printemps 1992³⁷⁹. Dans sa réplique, la Croatie a de nouveau fait état de déclarations de témoins figurant dans le mémoire et a ajouté que, à Dalj, des civils croates ont été empêchés de fuir après le 1^{er} août 1991 et ont été contraints de ramasser les corps de ceux qui avaient été tués lors de l'attaque et de les inhumer³⁸⁰.

367. Lors de la phase écrite de la présente procédure, la Serbie n'a pas rejeté expressément les allégations de la Croatie concernant les corps des victimes et les atteintes à l'intégrité des cadavres commises par les forces serbes. Elle a en revanche contesté la fiabilité des éléments de preuve produits par la Croatie, notamment le nombre de corps trouvés au Velepromet (un millier environ, selon la Croatie)³⁸¹. Elle a ensuite soutenu, dans son contre-mémoire, que la Croatie avait porté atteinte à l'intégrité des corps de victimes serbes et avait dissimulé des preuves; elle a prétendu, par exemple, que des soldats croates avaient tiré sur les cadavres de Serbes³⁸². Elle a fait état de la déclaration d'un témoin qui, à Glina, avait vu une vingtaine de cadavres joncher la route et les bas-côtés³⁸³. D'après un autre témoin, près de Zirovac, des chars avaient roulé sur les cadavres épars sur la route³⁸⁴.

368. La Serbie a en outre affirmé que, à Knin, les cadavres avaient été enlevés des rues afin de les cacher à l'ONU; elle a ajouté que le bataillon canadien de la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU)

³⁷⁵ Mémoire de la Croatie, par. 4.138, et voir aussi par. 4.07.

³⁷⁶ *Ibid.*, par. 5.93.

³⁷⁷ *Ibid.*, par. 5.83.

³⁷⁸ Voir par exemple, *ibid.*, par. 5.179.

³⁷⁹ *Ibid.*, par. 5.157.

³⁸⁰ Réplique de la Croatie, par. 5.21.

³⁸¹ Contre-mémoire de la Serbie, par. 736.

³⁸² *Ibid.*, par. 1222.

³⁸³ *Ibid.*, par. 1248.

³⁸⁴ *Ibid.*, par. 1249.

avait vu les forces croates déplacer et brûler des corps pour dissimuler les preuves³⁸⁵. Toutes ces mesures, selon elle, visaient à empêcher que le nombre de victimes soit établi avec précision³⁸⁶. Dans sa duplique, la Serbie a affirmé que la route qui menait au pont sur la Save était couverte de corps de Serbes morts sur environ 3,5 kilomètres³⁸⁷. Elle a ajouté que les forces croates effaçaient toute trace des cadavres afin de camoufler l'ampleur des crimes commis³⁸⁸, en brûlant les corps avant de les enterrer³⁸⁹. De nombreux civils qui avaient constitué des colonnes et tenté de fuir ont été tués et leurs corps ont été vus dans les rues de Knin³⁹⁰.

369. De son côté, la Croatie, lors de la phase orale de la présente procédure, a fait valoir qu'elle ne savait pas où se trouvaient les dépouilles de plus de 840 citoyens croates, toujours portées disparues à la suite des attaques contre les civils³⁹¹; elle a ajouté que la Serbie s'obstinait à refuser d'aider à les retrouver³⁹². Elle a mentionné un autre témoignage selon lequel les rues de la zone résidentielle située au sud de la Vuka étaient jonchées d'innombrables cadavres qui n'avaient pu être inhumés en raison des risques que couraient tous ceux qui sortaient sous les bombardements³⁹³. Dans le centre-ville sur le Danube, a-t-elle ajouté, il y avait également des corps restés sans sépulture³⁹⁴. A Borovo Selo, a-t-elle aussi affirmé, des paramilitaires serbes ont tué 12 policiers croates dont ils ont mutilé les cadavres³⁹⁵.

370. Selon le demandeur, après le bombardement de la ville de Vukovar, des témoins avaient vu des corps démembrés étendus dans les décombres³⁹⁶; les corps jonchaient les rues³⁹⁷. Au Velepomet, un témoin a affirmé avoir vu 15 corps décapités gisant près d'un trou dans le sol³⁹⁸. A Donji Caglić, selon la Croatie, les corps de civils avaient été enterrés dans une tranchée creusée par un véhicule de la JNA³⁹⁹. A Siroka Kula, a-t-elle ajouté, 29 Croates avaient été tués par la SAO Krajina et leurs cadavres jetés dans des maisons en feu⁴⁰⁰. En outre, un témoin a raconté que, aux alentours de Lovas, les Croates avaient été utilisés pour nettoyer

³⁸⁵ Contre-mémoire de la Serbie, par. 1262 et 1131.

³⁸⁶ *Ibid.*, par. 1238.

³⁸⁷ Duplique de la Serbie, par. 652-4.

³⁸⁸ *Ibid.*, par. 654.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*, par. 760.

³⁹¹ CR 2014/5, par. 6.

³⁹² CR 2014/6, par. 40.

³⁹³ CR 2014/8, par. 13.

³⁹⁴ *Ibid.*, par. 14.

³⁹⁵ *Ibid.*, par. 13.

³⁹⁶ *Ibid.*, par. 32.

³⁹⁷ *Ibid.*, par. 38.

³⁹⁸ *Ibid.*, par. 57. Un autre témoin, qui se trouvait à Vukovar et avait été emmené à Dalj, a décrit une fosse remplie de corps (voir *ibid.* par. 77).

³⁹⁹ Voir réplique de la Croatie, vol. 1, par. 6.8, et CR 2014/10, par. 16.

⁴⁰⁰ CR 2014/10, par. 27.

des champs de mines; les mines explosaient, les cadavres gisaient tout autour et les forces serbes les criblaient de balles⁴⁰¹.

371. La Croatie a fait état de l'accord conclu entre elle et la Serbie en 1995, portant création d'une commission conjointe chargée, notamment, d'exhumer et d'identifier les corps non identifiés. Elle a affirmé que les dépouilles de 394 personnes avaient été exhumées, mais que 103 corps seulement lui avaient été restitués⁴⁰². La Serbie a répondu que « 103 [corps] seulement » avaient été remis à la Croatie parce que 103 profils ADN seulement correspondaient aux échantillons d'ADN des Croates disparus⁴⁰³.

372. Lors de la phase orale de la présente procédure, la Serbie a affirmé que les forces croates avaient porté atteinte à l'intégrité des cadavres de Serbes après l'opération Tempête et enlevé toute trace des corps qui gisaient sur les routes⁴⁰⁴. Elle a ajouté que les Croates tiraient sur les cadavres de Serbes⁴⁰⁵ et a fait état de cas dans lesquels des corps avaient été brûlés par les Croates⁴⁰⁶; cinq corps calcinés avaient été retrouvés à Bijeli Klanac⁴⁰⁷. D'après la Serbie, cinq conducteurs de tracteurs avaient été tués par des soldats croates et leurs corps, jetés dans une rivière⁴⁰⁸.

373. Depuis des temps immémoriaux jusqu'à nos jours, le respect dû aux morts, en particulier dans les situations de conflits armés ou d'extrême violence dans la perturbation de l'ordre social, a été une préoccupation constante, déjà présente à l'esprit des « pères fondateurs » du droit international public. Il y a dix ans, dans une autre juridiction internationale (CIDH), j'ai jugé utile, dans l'exposé de l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire du massacre de la *Communauté moiwana c. Suriname* (15 juin 2005), de faire état de ce qui suit :

« L'on ne saurait méconnaître que la reconnaissance des devoirs des vivants à l'égard de leurs morts était, en fait, présente aux origines mêmes, et tout au long de l'élaboration, du droit international public. Ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, H. Grotius, dans son traité *De jure belli ac pacis* (1625), a consacré le chapitre XIX du livre II au droit à la sépulture (« *derecho de sepultura* »). Il y soutient que le droit d'enterrer les morts trouve son fondement dans le droit

⁴⁰¹ CR 2014/20, p. 55, par. 33.

⁴⁰² CR 2014/21, p. 37, par. 9.

⁴⁰³ CR 2014/24, p. 60-61, par. 8.

⁴⁰⁴ CR 2014/16, p. 43, par. 3. La Serbie a cité des témoignages à l'appui de ses griefs; (voir *ibid.*, p. 46-51). Elle a en outre indiqué qu'un témoin avait été appelé à identifier le cadavre de son père, mais que celui-ci avait été brûlé; l'identification avait finalement été possible grâce à l'analyse de l'ADN (*ibid.*, p. 57, par. 52). Un autre témoin a découvert le cadavre d'un de ses proches sous les décombres de leur maison brûlée, six mois après le conflit dans la région (*ibid.*, p. 59, par. 3).

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 44-45, par. 10.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 60, par. 11.

⁴⁰⁷ CR 2014/17, p. 44, par. 104.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 36, par. 80.

volontaire des gens, et que tous les êtres humains sont rendus à l'égalité précisément en retournant à la poussière commune de la terre⁴⁰⁹.

Grotius a aussi rappelé que les rites funéraires originaux n'étaient pas uniformes (par exemple, dans l'Égypte ancienne, les corps des morts étaient embaumés avant d'être mis au tombeau, alors que la plupart des Grecs les brûlaient); cela étant, quels que soient les types de rites funéraires, le droit à la sépulture s'expliquait en dernière analyse par la dignité de la personne humaine⁴¹⁰. H. Grotius a en outre soutenu que tous les êtres humains, y compris les «ennemis publics» («*enemigos públicos*»), avaient le droit à une sépulture, ce qui était un précepte de «vertu et d'humanité».⁴¹¹ (CIDH, *Communauté moiwana c. Suriname*, arrêt du 15 juin 2005, par. 60-61.)

374. Malgré cette préoccupation durable, des atteintes au respect dû aux morts continuent d'être commises, comme le montre la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*. Et ce n'est pas le seul exemple contemporain de ce triste manque de respect. Il en va ainsi — comme je l'ai souligné dans l'exposé susmentionné joint à l'arrêt rendu en l'affaire de la *Communauté Moiwana* (*ibid.*, par. 63) — en dépit du fait que le droit international humanitaire prévoit le respect des dépouilles des défunts. L'article 130 de la convention IV de Genève (1949) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre exige que l'attention et le respect requis soient portés aux restes mortels. L'article 34 du Protocole I de 1977 additionnel aux conventions de Genève de 1949 apporte des précisions sur cette question; et

«le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge sur cet article souligne que le respect des restes «implique aussi qu'il en soit disposé, dans toute la mesure du possible et dans la mesure où ils sont connus, conformément aux vœux ou aux croyances religieuses du défunt», et affirme que même des motifs impérieux d'intérêt public ne sauraient justifier, en aucun cas, de ne pas respecter les restes des personnes décédées»⁴¹² (*ibid.*).

4. L'existence de charniers

375. Dans la procédure concernant le cas d'espèce, la Croatie a présenté, tant dans ses pièces écrites que dans ses plaidoiries, des moyens relatifs aux charniers découverts dans diverses municipalités. Elle a mis l'accent sur la description des crimes commis dans chaque municipalité et

⁴⁰⁹ H. Grotius, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], vol. III (books II and III), Madrid, Edit. Reus, 1925, p. 39, et p. 55.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 43 et 45.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 47 et 49; et voir H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* [1625] (dir. publ., B. M. Telders), La Haye, Nijhoff, 1948, p. 88 (version abrégée).

⁴¹² Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 369 et 379.

sur l'existence de charniers prouvant la commission de ces crimes. Elle a aussi présenté des preuves matérielles de l'existence de charniers, notamment des photographies et des planches en couleurs, en annexe à ses pièces.

376. L'analyse des moyens de la Croatie montre que les charniers étaient courants dans la plupart des municipalités qu'elle a présentées. La Croatie a soumis des preuves photographiques et documentaires consignnant les constatations faites lors de l'excavation de charniers, à titre de preuve des crimes qu'elle affirme avoir été commis. Il semble, d'après les éléments de preuve et les moyens examinés, que le nombre de charniers découverts dans diverses municipalités vienne appuyer l'allégation selon laquelle les Croates ont été victimes de massacres.

377. Au cours de la phase écrite de la présente procédure, la Croatie a développé ses arguments concernant les charniers dans son mémoire⁴¹³. Elle a fait valoir que, au total, 126 charniers avaient été découverts (au moment de la rédaction du mémoire), dont 61 en Slavonie orientale⁴¹⁴. Elle a fait état de charniers découverts dans diverses municipalités, notamment dans des villages de Slavonie orientale, dans la Banovina, où 39 charniers avaient été découverts et 241 corps exhumés (dont 175 avaient été identifiés)⁴¹⁵, le Kordun et la Lika, où 11 charniers avaient été mis au jour⁴¹⁶, et dans le village de Lovas. Elle a présenté des moyens et des informations relatifs à chaque fosse. En ce qui concerne Vukovar, par exemple, elle a fait valoir que l'essentiel de la ville avait été complètement détruite et a fait état du charnier d'Ovčara, où les Serbes avaient emmené quelque 200 Croates de l'hôpital de Vukovar, les avaient exécutés sommairement puis les avaient laissés dans un charnier peu profond⁴¹⁷.

378. Toujours au sujet de Vukovar, la Croatie a fait valoir que trois charniers avaient été découverts : à Ovčara, où 200 corps avaient été trouvés (dont 145 identifiés), au Novo Groblje [nouveau cimetière], où les restes de 938 victimes avaient été exhumés (dont 722 identifiés) et rue Nova, où 10 corps avaient été exhumés (dont six identifiés). Une tombe contenant trois corps avait été découverte à Borovo Selo. La Croatie a précisé que «[l]e seul autre endroit où le nombre de victimes a atteint des proportions analogues est le district de Prijedor, en Bosnie-Herzégovine»⁴¹⁸. Au total, a-t-elle affirmé, 1151 corps avaient été découverts dans des charniers à Vukovar⁴¹⁹.

⁴¹³ Voir mémoire de la Croatie, annexes 165-166. Voir aussi *ibid.*, vol. 3, section 7 (charniers recensés).

⁴¹⁴ *Ibid.*, par. 8.11.

⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 5.77.

⁴¹⁶ *Ibid.*, par. 5.137.

⁴¹⁷ *Ibid.*, par. 4.175. En ce qui concerne le charnier d'Ovčara, la Croatie renvoie au rapport sur l'évacuation de l'hôpital de Vukovar et le charnier d'Ovčara, Commission d'experts des Nations Unies établie en vertu de la résolution 780 (1993) du Conseil de Sécurité, et à Physicians for Human Rights, Reports of Preliminary Site Exploration of a Mass Grave Near Vukovar, Former Yugoslavia et annexes A-D jointes auxdits rapports (19 janvier 1993).

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 4.188.

⁴¹⁹ *Ibid.*

379. La Croatie a également affirmé que, au moment de la rédaction du mémoire, en raison des opérations menées par les groupes paramilitaires serbes et la JNA dans la région de la Slavonie occidentale, cinq charniers avaient été mis au jour, ce qui avait permis d'exhumer et d'identifier 20 corps, dont la quasi-totalité étaient ceux de Croates⁴²⁰. Elle a ajouté que, au moment de la rédaction du mémoire,

«61 charniers avaient été découverts en Slavonie orientale... Sur les 2028 personnes exhumées, 1533 avaient pu être identifiées. Dans le district d'Osijek-Baranja, sur les 171 corps exhumés, 135 avaient pu être identifiés. Dans le district de Vukovar-Srijem, sur les 1857 corps exhumés, 1418 avaient pu être identifiés. D'autres charniers sont encore mis au jour. De plus, nombre d'entre eux, creusés à l'époque analysée, n'ont servi que de sépulture provisoire.»⁴²¹

380. La Croatie a en outre fait valoir que «[l]a JNA avait fréquemment déterré les corps pour les transférer dans d'autres parties du territoire occupé ou en Serbie. Ainsi, les cadavres d'habitants du village de Tordinci avaient été emportés en Serbie et ceux d'habitants du village de Tikveš transportés à Beli Manastir»⁴²². En ce qui concerne la Slavonie orientale, par exemple, la Croatie a affirmé, s'agissant du village de Tenja, qu'un charnier avait été mis au jour dans une ferme, et que les restes de trois personnes avaient été identifiés. Dans le village de Berak, un charnier situé entre Orolik et Negoslavci, dans une vallée appelée «Sarviz», avait aussi été découvert⁴²³. La Croatie a aussi fait état de la mise au jour de charniers à Ilok⁴²⁴. A Tovarnik, a-t-elle ajouté, une pratique courante des groupes paramilitaires serbes occupant le village consistait à contraindre les Croates à enterrer leurs morts, et elle a renvoyé à la déposition d'un témoin confirmant l'existence de charniers et de nombreux meurtres de civils croates⁴²⁵.

381. De même, au moment de la rédaction du mémoire, une fosse contenant 68 corps, dont 67 ont été identifiés, avait été découverte dans le cimetière du village de Lovas. Quant à Tordinci, la Croatie affirme qu'un charnier contenant

«environ 209 Croates avait été découvert près de l'église catholique... L'officier de l'état civil avait été chargé de dresser la liste des personnes enterrées dans le charnier, mais en raison du nombre de cadavres il avait été incapable de terminer sa tâche. A ce jour, l'identité de certains corps demeure inconnue. En 1993, les corps ont été retirés de la fosse et transportés en un lieu inconnu en Serbie... Des colonnes de camions de la JNA ont servi à transporter les restes des morts et seuls les corps de cinq habitants de Tordinci et de neuf habitants d'Antin

⁴²⁰ Mémoire de la Croatie, par. 5.04.

⁴²¹ *Ibid.*, par. 4.07.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*, par. 4.41.

⁴²⁴ *Ibid.*, par. 4.72.

⁴²⁵ *Ibid.*, par. 4.102; et voir annexe 83.

ont été laissés dans la tombe. Ils ont par la suite été exhumés et identifiés, alors que les autres sont toujours portés disparus.»⁴²⁶

En outre, s'agissant du village de Saborsko, la Croatie a fait valoir que l'issue de l'attaque avait été «la destruction intégrale du village et l'extermination de sa population. Les corps des Croates assassinés avaient été enterrés plusieurs jours plus tard dans un charnier creusé à l'aide d'un excavateur.»⁴²⁷

382. Dans sa réplique, la Croatie a de nouveau exposé ses moyens et a mis à jour les informations figurant dans son mémoire, notamment celles concernant l'emplacement et l'exhumation des corps⁴²⁸ découverts depuis le dépôt de cette pièce. Elle s'est appuyée sur la découverte d'autres charniers «pour établir le contexte et montrer l'ampleur des homicides commis par les forces serbes»⁴²⁹. Elle a aussi répondu aux arguments de la Serbie concernant le prétendu manque d'impartialité des renseignements obtenus, faisant valoir que des organisations internationales telles que le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la mission d'observation de la Communauté européenne (en sus du TPIY lui-même) avaient été invitées à observer le déroulement de la mise au jour de charniers en Croatie⁴³⁰.

383. Toujours dans sa réplique, la Croatie a rappelé que le TPIY était aussi parvenu aux conclusions suivantes au sujet des charniers en Croatie, dans l'affaire *Mrkšić, Radić et Sljivančanin* :

«La Chambre constate que, dans la soirée du 20 novembre et dans la nuit du 21 novembre 1991, les prisonniers de guerre ont été emmenés, par groupes de 10 ou 20, du hangar d'Ovčara à l'emplacement où une grande fosse avait été creusée plus tôt dans l'après-midi. Là, des membres de la TO de Vukovar et des paramilitaires ont exécuté au moins 194 prisonniers de guerre. Les exécutions ont commencé après 21 heures et se sont poursuivies jusqu'à bien après minuit. Les corps ont été jetés dans la fosse et n'ont été découverts que plusieurs années plus tard.»⁴³¹ (TPIY, *Mrkšić, Radić et Sljivančanin*, par. 252-253.)

384. La Croatie a aussi renvoyé aux conclusions rendues par le TPIY dans le jugement *Martić*, en ce qui concerne les charniers. Le TPIY a constaté, par exemple, que certains habitants de Cerovljani (dont il énumère les noms) avaient été tués délibérément. Il a ensuite rappelé que «les victimes de Hrvatska Dubica avaient été arrêtées au cours d'une rafle et détenues dans la caserne des pompiers» le 20 octobre 1991, puis tuées le lendemain à Krečane (près de Bačín), avant d'être «enterrées dans une fosse commune sur place». Il a constaté que les crimes commis à Cerovljani

⁴²⁶ Mémoire de la Croatie, par. 4.138.

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 5.152.

⁴²⁸ Réplique de la Croatie, annexes 43-46.

⁴²⁹ *Ibid.*, par. 5.12.

⁴³⁰ *Ibid.*, par. 2.56.

⁴³¹ *Ibid.*, par. 5.80.

étaient «quasiment identiques» à ceux de Hrvatska Dubica, y compris le fait que «la plupart des victimes ont été enterrées dans la fosse commune de Krečane». Il a conclu en outre qu'il était «établi au-delà de tout doute raisonnable que ces victimes étaient des civils qui ne participaient pas directement aux hostilités au moment de leur décès» (TPIY, *Martić*, par. 359)⁴³².

385. La Serbie, de son côté, a fait valoir que certains éléments de preuve, en particulier les graphiques intitulés «charniers», avaient été établis par des organes croates⁴³³. Selon elle, ces éléments n'avaient «guère de valeur», car

«les rapports d'exhumation ne signal[ai]ent pas l'existence de fosses communes à l'échelle de celles qui ont été mises au jour à Srebrenica, au Rwanda ou en Europe orientale après la seconde guerre mondiale. Il s'agit surtout de petits groupes de personnes décédées dispersés dans les diverses régions et municipalités de Slavonie.»⁴³⁴

Cependant, même si elle s'est efforcée de déprécier les preuves, la Serbie n'est pas allée jusqu'à nier l'existence de charniers.

386. Au cours des plaidoiries, la Croatie a réaffirmé ses arguments concernant l'existence de charniers, leur emplacement et les corps qui y avaient été trouvés. Elle a ajouté que de nouveaux charniers avaient été découverts plus récemment, par exemple celui de Sotin, qui contenait 13 cadavres⁴³⁵. Elle a aussi affirmé, au sujet de la Slavonie orientale, que, en moins d'un an d'occupation par la Serbie, les communautés de la région avaient été détruites et que

«[l]'évidence de l'intention de détruire la population croate n'a[vait] d'égale que la brutalité des chiffres ... : on a[vait] découvert depuis 510 charniers et fosses communes contenant les restes de près de 2300 hommes, femmes et enfants. Nombre d'autres victimes [avaie]nt été exhumées de fosses individuelles, et chaque année apport[ait] de nouvelles découvertes à ce chapitre.»⁴³⁶

387. La Croatie a ensuite rappelé la déclaration faite au cours des plaidoiries par un expert-témoin (M. Grujić), qui a déposé, notamment, au sujet des charniers. M. Grujić a affirmé que, «[e]n ce qui concerne les exhumations et la découverte de charniers et l'époque où ceux-ci ont été creusés», il

⁴³² Réplique de la Croatie, par. 6.35. Voir aussi TPIY (chambre de première instance), affaire *Martić*, par. 364-367, pour les atrocités commises à Baćin; par. 202-208, en ce qui concerne Lipovača, et par. 233-234 pour les meurtres commis à Saborsko.

⁴³³ Duplique de la Serbie, par. 264.

⁴³⁴ *Ibid.*, par. 349.

⁴³⁵ CR 2014/8, p. 22, par. 55.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 27, par. 71. La Croatie a ensuite corrigé cette déclaration dans les termes suivants:

«En réalité, j'entendais dire qu'on avait découvert en Slavonie orientale un total de 510 fosses communes et individuelles contenant les restes de près de 2300 personnes. Nous avons vérifié les données les plus récentes sur le site de la direction chargée des personnes détenues et disparues, et il s'avère que les nombres exacts sont de 71 fosses communes et de 432 fosses individuelles, pour un total de 503.» (CR 2014/10, p. 10.)

devait dire que «les premiers l'ont été dès juillet 1991» et que «les excavations se sont poursuivies jusqu'en 1992»⁴³⁷. Il a ensuite affirmé que le plus grand charnier découvert était celui du nouveau cimetière de Vukovar, dans lequel se trouvaient 938 corps⁴³⁸. En réponse à une question posée par le soussigné, le témoin a dit que, à Lovas et à Tovarnik, les corps des victimes trouvées dans des charniers portaient des signes distinctifs tels qu'un brassard blanc au bras et qu'«[i]l [était] de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc»⁴³⁹ (voir *supra*).

388. La Croatie a en outre déclaré, au sujet des fosses individuelles et des charniers que, en 1995, lorsque la Serbie s'était retirée des zones occupées de Croatie, «des fosses communes et des fosses individuelles contenant les dépouilles de victimes croates du génocide [avaie]nt commencé à être mises au jour. Ces fosses [avaie]nt fait l'objet de fouilles minutieuses et d'un recensement par la direction [croate] chargée des personnes détenues et des personnes disparues»⁴⁴⁰. En ce qui concerne le nombre de victimes dans ces fosses⁴⁴¹, la Croatie a fait valoir ce qui suit :

«[E]n juillet 2013, 142 charniers [projection] avaient été découverts en Croatie, contenant les cadavres de 3656 victimes. Trois mille cent vingt et un (3121) de ces corps ont été identifiés, dont 27% étaient des cadavres de femmes et 38,5% étaient ceux de personnes de plus de 60 ans. Trente-sept (37) mineurs ont également été identifiés.»⁴⁴²

389. La Croatie a poursuivi en affirmant que, «[e]n décembre 2013, plus de 1100 fosses de ce type avaient été repérées dans l'ensemble du territoire précédemment occupé de Croatie». Elle a ajouté que les démarches qu'elle avait effectuées en vue de mettre au jour les fosses avaient été d'autant plus difficiles que «la Serbie, pendant son occupation de la région, avait pour pratique de déterrer les corps et de les enterrer ailleurs — souvent sur son propre territoire afin de tenter, en vain, de dissimuler les atrocités qu'elle avait commises»⁴⁴³. En tout état de cause, l'existence de charniers n'avait pas été niée, et, vers la fin des années 1990, on disposait de renseignements complets sur ceux-ci, en Croatie comme en Bosnie-Herzégovine⁴⁴⁴.

⁴³⁷ CR 2014/9, p. 28.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁴⁰ CR 2014/10, p. 18.

⁴⁴¹ En ce qui concerne la définition des charniers, la Croatie a fait valoir que, étant donné qu'il n'existait pas en droit international de définition universellement acceptée de l'expression «fosse commune», elle s'en tenait à la définition employée par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, mandaté pour «réunir des renseignements de première main au sujet de la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie», qui a défini comme commune une fosse contenant trois victimes au moins (voir *ibid.*, p. 19, par. 42).

⁴⁴² *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁴⁴ Sur les résultats des recherches sur le sujet, menées en Croatie et en Bosnie-Herzégovine de 1992 à 1997, voir, par exemple, *The Graves — Srebrenica and Vukovar* (dir. publ., E. Stover et G. Peress), Berlin/Zurich/New York, Scalo Ed., 1998, p. 5-334.

5. *Nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins*

390. Les informations données à la Cour dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)* établissent clairement, à mon sens, que les événements survenus en Croatie étaient non pas exactement une guerre, mais une campagne de dévastation; une entreprise de destruction systématique et généralisée de la population, des villageois, en raison de leur appartenance ethnique, était à l'œuvre. Selon moi, lorsque l'extrême violence s'est intensifiée, l'intention était, à l'évidence, non seulement de chasser de force les Croates de chez eux, mais aussi de les détruire. De nouveaux éclaircissements ont été apportés par le contre-interrogatoire des témoins, que j'ai tenu à mener lors des audiences publiques et à huis clos qui se sont tenues devant la Cour du 4 au 6 mars 2014. Ces éclaircissements portent sur trois points précis, à savoir: *a)* les actes d'intimidation et l'extrême violence; *b)* le fait de distinguer les Croates par des rubans blancs; *c)* l'inhumation des corps.

391. En ce qui concerne le premier point, lors de l'audience publique du 4 mars 2014, j'ai posé au témoin (M. Kožul) la question suivante: «Quel était le critère décisif appliqué pour faire le tri des personnes détenues à Vukovar? Où ce tri a-t-il été fait et comment?» Il a répondu qu'ils «savaient que l'armée arrivait dans différents secteurs des villes. Nous avons donc invité les gens à venir à l'hôpital et c'est là que la plupart des séparations ont eu lieu. Les autres ont eu lieu là où les gens se trouvaient.»⁴⁴⁵ Ensuite, lors de l'audience à huis clos du 6 mars 2014, j'ai posé la question ci-dessous au témoin (M^{me} Milić), qui a répondu comme suit:

- «— Aviez-vous connaissance, ou vous souvenez-vous, d'une initiative visant à contenir ou empêcher les violences constantes que vous rapportez dans votre déclaration, ou à y mettre un terme? ... Avez-vous connaissance, ou vous souvenez-vous, d'une initiative visant à contenir ou empêcher les violences constantes que vous rapportez dans votre déclaration, ou à y mettre un terme? — A ma connaissance, rien n'a été fait pour nous aider ou nous défendre.»⁴⁴⁶

392. Lors de l'audience publique du 5 mars 2014, j'ai procédé à un contre-interrogatoire sur l'obligation faite aux Croates de porter des rubans blancs, dont le compte rendu suit:

«*Le juge Cançado Trindade*: Je remercie infiniment le témoin-expert pour son exposé. J'ai une question particulière à poser.

Vos données sur les victimes figurant à la partie 2 (par. 6-9) de votre exposé concernent des victimes exhumées de charniers et de sépultures

⁴⁴⁵ CR 2014/7, p. 20.

⁴⁴⁶ CR 2014/11, p. 23-24.

individuelles. Et la partie 3 (par. 10-13) fait référence à des personnes détenues dans des camps et soumises, comme indiqué au paragraphe 13, à des violences atteignant le «paroxysme [de] la cruauté».

S'agissant des premières, c'est-à-dire les victimes exhumées de charniers ou de sépultures individuelles, vous indiquez (par. 8) que, «dans certaines localités [de la Podunavlje croate], les meurtres de Croates restés dans leurs maisons ont été précédés d'un marquage (trait blanc sur l'avant-bras)». A votre connaissance, ... est-ce aussi ce qui s'est produit pour les secondes, c'est-à-dire les personnes détenues dans des camps? Et dans ce cas, toutes les personnes portant cette marque ont-elles subi le même sort?

M. Grujić [témoin]: A ma connaissance, les détenus n'étaient pas marqués de la sorte. Cette marque a été utilisée dans plusieurs cas — à Lovas et à Tovarnik précisément — où nous l'avons trouvée sur des victimes dans des charniers. Il est de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc.»⁴⁴⁷

393. Le dernier point sur lequel de nouveaux éclaircissements ont été apportés par les témoins, à savoir celui de l'inhumation des corps, a fait l'objet du contre-interrogatoire auquel j'ai jugé utile de procéder lors de l'audience publique du 5 mars 2014, dont le compte rendu suit:

«Le juge Cançado Trindade: ... Je remercie infiniment le témoin de sa déposition et je vais lui poser mes questions, qui ont trait à l'inhumation des personnes tuées après la chute de Bogdanovci.

A la fin de votre déclaration (au dernier paragraphe), vous rapportez que, après la destruction du village de Bogdanovci, les personnes enterrées sur ce qu'on appelait la «place de l'école» l'ont été selon les modalités suivantes: «leurs corps [étaient] emballés dans des tentes et enterrés chacun avec une bouteille à côté contenant les renseignements relatifs à la personne décédée».

M^{me} Katić: Oui, les renseignements en question étaient leur nom et leur prénom.

Le juge Cançado Trindade: Savez-vous si les proches des personnes décédées ont pu assister aux enterrements que vous évoquez dans votre déclaration? Ou les défunts ont-ils été inhumés par de tierces personnes? Dans l'affirmative, la vie des familles et leurs projets pour l'au-delà ont-ils été perturbés à Bogdanovci? ... Je me demandais si les funérailles étaient préparées et célébrées par des membres de la famille proche des défunts.

M^{me} Katić: En ce qui concerne l'enterrement, c'est moi qui préparais les corps des nôtres pour l'inhumation. Au sein du corps médical, je les déshabillais, j'emballais leurs corps soit dans une toile de tente repliée soit dans un grand sac noir, et je plaçais à côté d'eux cette bouteille qui contenait leur nom et leur prénom. Il y avait un

⁴⁴⁷ CR 2014/9, p. 35.

jeune homme — Ivica Simunović, c'est son nom —, son frère avait été tué. Il récitait généralement une prière, car nous n'avions pas de prêtre. Nous avions de l'eau bénite, nous en aspergions le défunt. Branko Krajina aidait aussi pour les inhumations. Mais parfois, il n'était pas possible de retirer les corps des endroits où ils se trouvaient, caves ou garages par exemple. S'il n'était pas possible d'extraire le cadavre, nous le recouvrons de chaux éteinte.

Le juge Cançado Trindade: Je vous remercie de cette précision.»⁴⁴⁸

394. Ces nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins lors des audiences publiques et à huis clos tenues devant la Cour, en sus de ceux apportés par voie de déclarations, sont une preuve supplémentaire de la campagne de destruction systématique et généralisée mise en œuvre lors des attaques contre la population civile en Croatie qui constituent le dossier du cas d'espèce. A ces éléments, nous pouvons également ajouter les conclusions du TPIY au sujet de l'assaut dévastateur qui a eu lieu, en particulier dans la période 1991-1992, tel qu'examiné dans le cadre du présent exposé.

6. Déplacement forcé de personnes et privation de domicile

395. Dans la jurisprudence du TPIR figurent aussi des indications intéressantes concernant la soumission des groupes visés à des conditions d'existence insupportables. Dans le jugement *Kayishema et Ruzindana* (21 mai 1999), par exemple, le TPIR a adopté l'interprétation selon laquelle «la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence visant à entraîner sa destruction physique totale ou partielle»⁴⁴⁹ s'entend également

«des méthodes de destruction qui n'entraînent pas immédiatement la mort des membres du groupe... [L]es conditions d'existence visées incluent, notamment, le viol, la privation de nourriture, la réduction des services sanitaires en dessous du minimum requis et la détention des membres du groupe pendant une durée excessive dans des locaux dont la surface ne répond pas au minimum requis, dès lors que ces mesures sont de nature à entraîner la destruction du groupe, en tout ou en partie.» (TPIR, *Kayishema et Ruzindana*, jugement du 21 mai 1999, par. 116.)

396. Dans le même ordre d'idées, dans son arrêt *S. Gacumbitsi* (7 juillet 2006), le TPIR, après avoir rappelé que, conformément à sa jurisprudence, l'intention génocidaire pouvait s'inférer des faits et des circonstances d'une affaire (TPIR, *Gacumbitsi*, arrêt du 7 juillet 2006, par. 40), a ajouté que ceux-ci pouvaient s'entendre du «contexte général» et

«[de] la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, [de] l'ampleur des atrocités commises,

⁴⁴⁸ CR 2014/9, p. 22-23.

⁴⁴⁹ Voir partie XIII 4 du présent exposé, *supra*.

[du] fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou [de] la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires» (TPIR, *Gacumbitsi*, arrêt du 7 juillet 2006, par. 41).

397. En effet, dans la présente affaire concernant l'*Application de la convention sur le génocide*, ceux qui ont été déplacés de force, expulsés de leurs maisons (beaucoup sont détruites), ont été soumis à des conditions d'existence, ou de survie, insupportables. Il n'est pas étonnant que, dans le cadre de la procédure en l'espèce, tant la Croatie dans sa demande principale que la Serbie dans sa demande reconventionnelle aient présenté des arguments sur les réfugiés, quoique dans des contextes différents.

398. Dans sa demande, la Croatie a fait valoir que les forces serbes avaient commis de nombreuses atrocités contre les réfugiés. Elle a affirmé que près de 7000 réfugiés venus de villages voisins s'étaient installés à Ilok⁴⁵⁰, qui était le lieu initial où avaient été évacués les Croates chassés d'autres parties de la Slavonie orientale; selon la Croatie, un exode massif de la ville a eu lieu le 17 octobre 1991⁴⁵¹. Pendant cet exode, les réfugiés ont été humiliés et molestés par les soldats de la JNA et les membres des forces paramilitaires serbes. De nombreux biens auraient été confisqués⁴⁵². Les Croates ayant refusé de partir ont été soumis à un harcèlement physique et psychologique, voire tués⁴⁵³.

399. La Croatie a fait en outre état d'autres cas de harcèlement de réfugiés croates qui quittaient Bapska à la suite de son occupation. Elle a affirmé qu'un millier environ de Croates fuyaient en direction de Sid en Serbie, quand ils avaient été arrêtés par la police serbe puis placés en détention. Elle a déclaré que certains d'entre eux avaient servi de «boucliers humains» aux forces serbes et que d'autres avaient été tués, tandis que certains autres avaient dû chercher refuge dans les bois d'alentour⁴⁵⁴. Selon elle, les réfugiés croates qui se trouvaient dans les territoires serbes occupés avaient été empêchés de retourner chez eux⁴⁵⁵. Elle a ajouté que la «RSK» inculpait les réfugiés croates qui avaient combattu dans les forces croates de diverses infractions pénales et faisait donc obstacle à leur retour⁴⁵⁶.

400. De son côté, dans sa demande présentée à titre reconventionnel, la Serbie a aussi fait état d'attaques contre les réfugiés serbes commises par la Croatie: selon elle, des colonnes de réfugiés et de personnes qui fuyaient ont été prises pour cible et attaquées par les forces croates en août 1995⁴⁵⁷. Elle a également affirmé que la Croatie avait imposé des barrières phy-

⁴⁵⁰ Mémoire de la Croatie, par. 4.64.

⁴⁵¹ *Ibid.*, par. 4.62.

⁴⁵² *Ibid.*, par. 4.65.

⁴⁵³ *Ibid.*, par. 4.66.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, par. 4.85.

⁴⁵⁵ Réplique de la Croatie, par. 10.34 et 10.40.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, par. 10.42.

⁴⁵⁷ Contre-mémoire de la Serbie, par. 1242-1257; voir aussi duplique, par. 74-761.

siques au retour des réfugiés serbes, principalement en détruisant des maisons et des biens⁴⁵⁸, ainsi qu'en posant des obstacles juridiques, notamment en promulguant des lois permettant la confiscation de leurs biens⁴⁵⁹.

401. La Croatie et la Serbie ont toutes deux fait état des efforts déployés en commun pour résoudre les questions relatives aux réfugiés⁴⁶⁰, mais chacune a affirmé que la partie adverse avait violé les accords conclus⁴⁶¹. On peut donc en conclure que les deux Parties ont traité, et n'ont pas mésestimé, la question des attaques contre les réfugiés et, de manière plus générale, la façon dont la partie adverse a traité les réfugiés. Dans le présent arrêt, la Cour a renvoyé aux éléments de preuve qui lui avaient été soumis, mais plus particulièrement en relation avec la demande reconventionnelle⁴⁶². Pourtant, le dossier de la présente affaire montre clairement qu'il y avait des réfugiés des *deux* côtés, qui ont été victimes d'attaques ou de harcèlement et d'humiliation, comme il apparaît dans les pièces des *deux* Parties.

402. Si l'on considère, dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire, l'ampleur des arguments des Parties ayant trait à la demande principale dans son ensemble, il semble, dans une certaine mesure, injuste d'essayer de mettre la demande reconventionnelle presque sur le même pied que la demande. Rien ne saurait d'ailleurs le justifier, car ils ne sont pas proportionnels. En effet, les Parties ont produit de nombreux éléments se rapportant à la demande — notamment des déclarations de témoins (dans la phase écrite comme dans la phase orale), des photographies, des données sur les charniers et d'autres preuves matérielles importantes du génocide qui aurait été commis en Croatie. Les éléments de preuve soumis à l'appui de la demande reconventionnelle ne semblent pas comparables, sur les plans quantitatif et qualitatif.

403. A mon sens, les éléments de preuve soumis par la Croatie à l'appui de sa demande principale sont beaucoup plus convaincants en ce qui concerne l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément moral (*mens rea*) du génocide. De même, les Parties, tant dans la phase écrite que dans la phase orale de la

⁴⁵⁸ Duplique de la Serbie, par. 773-774.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, par. 775-780.

⁴⁶⁰ Voir, notamment, le rôle joué par la FORPRONU en vue d'assurer le retour des réfugiés et des personnes déplacées dans leurs foyers, mémoire de la Croatie, par. 2.125; la signature des accords de Dayton de 1995, traitant notamment des réfugiés, *ibid.*, par. 2.153-2.154. Voir également le rôle de l'administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie orientale (ATNUSO créée par la résolution 1037 (1996) du Conseil de sécurité, qui était notamment chargée de permettre à tous les réfugiés et aux personnes déplacées d'exercer leur droit de retourner librement dans leurs foyers), *ibid.*, par. 2.155-2.158. Voir en outre l'accord sur les procédures de retour (qui traite la question des réfugiés), signé par la Croatie, l'ATNUSO et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) en 1997, *ibid.*, par. 2.157; voir aussi le plan Vance de décembre 1991, réplique de la Croatie, par. 10.12-10.24.

⁴⁶¹ Voir mémoire de la Croatie, par. 2.129 et 2.148; contre-mémoire de la Serbie, par. 570; duplique de la Serbie, par. 639-685. En ce qui concerne le plan Vance, voir réplique de la Croatie, par. 10.39-10.43. La mission de l'ATNUSO a cependant été considérée comme un succès; voir mémoire de la Croatie, par. 2.158.

⁴⁶² Voir par. 458, 484 et 492.

procédure, ont porté beaucoup plus d'attention à la demande principale qu'à la demande reconventionnelle. Les éléments de preuve ayant trait à celle-ci⁴⁶³ sont, par comparaison, beaucoup moins convaincants; cela ne signifie pas que des crimes de guerre n'ont pas été commis, notamment dans le cadre de l'opération Tempête, qui a fait de nombreuses victimes serbes (civiles). Dans le présent arrêt, la Cour reprend des aspects de la demande reconventionnelle (partie VI) dont elle aurait pu rendre compte de manière plus concise⁴⁶⁴, sans essayer, de manière semble-t-il assez artificielle, de traiter la demande et la demande reconventionnelle dans des conditions de quasi-égalité.

404. Enfin, il est aujourd'hui de notoriété publique que le problème des migrations forcées s'est posé avec une grande ampleur pendant les guerres en ex-Yougoslavie tout au long des années 1990, qui ont vu se succéder des milliers de réfugiés et de personnes déplacées de Croatie, de Bosnie-Herzégovine puis du Kosovo. Les souffrances et les conditions d'existence presque insupportables auxquelles les victimes ont été exposées, les familles étant souvent séparées et désintégréées et les maisons détruites, ont fait l'objet de descriptions et d'études⁴⁶⁵.

405. La crise humanitaire provoquée par les migrations forcées de masse a commencé par une première vague de personnes déplacées (fin 1991), suivie par des vagues de réfugiés de Croatie et de Bosnie-Herzégovine (début 1992). Cinq ans plus tard, selon des estimations, il y avait en Croatie 180 000 personnes déplacées et 170 000 réfugiés de Bosnie-Herzégovine (dont plus de 80% étaient des Croates de Bosnie)⁴⁶⁶. Des organisations non gouvernementales (ONG) aidaient au rapatriement ou au retour volontaires des réfugiés en Croatie et en Bosnie-Herzégovine. Les migrations forcées de masse ont été un autre élément de la campagne de violence extrême et de destruction systématiques et généralisées menée dans les guerres des Balkans tout au long des années 1990.

406. Il importe de rappeler ici que, dans sa décision du 11 juillet 1996 (examen des actes d'accusation) en l'affaire *Karadžić et Mladić*, le TPIY (chambre de première instance) a mentionné l'accusation de génocide (TPIY, *Karadžić et Mladić*, décision du 11 juillet 1996, par. 6) et a souligné les conditions inhumaines de détention des civils, notamment la commission de crimes (comme la torture et le viol des femmes, dans les camps ou dans d'autres lieux) (*ibid.*, par. 13); il a aussi fait état des effets dévas-

⁴⁶³ Par exemple, au sujet de l'opération Tempête (août 1995).

⁴⁶⁴ Il n'y aurait, par exemple, pas grand-chose à ajouter à ce que la Cour a constaté, dans le présent arrêt, au sujet du procès-verbal de la réunion de Brioni, tenue le 31 juillet 1995 (par. 501-507).

⁴⁶⁵ Voir notamment N. Mrvić-Petrović, «Separation and Dissolution of the Family», *Women, Violence and War — Wartime Victimization of Refugees in the Balkans* (dir. publ., V. Nikolić-Ristanović), Budapest, Central European University Press, 2000, p. 135-149; N. Mrvić-Petrović et I. Stevanović, «Life in Refuge — Changes in Socioeconomic and Familial Status», *ibid.*, p. 151-169.

⁴⁶⁶ Pour un compte rendu, voir, notamment, P. Stubbs, *Displaced Promises — Forced Migration, Refuge and Return in Croatia and Bosnia-Herzegovina*, Uppsala/Suède, Life & Peace Institute, 1999, p. 1, 21-22.

tateurs des déplacements forcés et de l'abandon (destiné à être définitif) des maisons (TPIY, *Karadžić et Mladić*, décision du 11 juillet 1996, par. 14), ainsi que des expulsions et déportations (*ibid.*, par. 16-17)⁴⁶⁷.

7. Destruction de biens culturels

407. Plus haut dans le présent exposé, lorsque j'ai examiné la campagne de violence extrême et de destruction systématiques et généralisées dans le contexte factuel du cas d'espèce, j'ai insisté sur la destruction de la culture du groupe⁴⁶⁸. En sus des exemples déjà mentionnés, il me semble opportun d'examiner le bombardement de Dubrovnik (octobre-décembre 1991), car les Parties y ont prêté une attention particulière dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire devant la Cour.

a) Moyens des Parties

408. Selon la Croatie, les politiciens serbes cherchaient à intégrer la ville de Dubrovnik en territoire serbe; la JNA avait soigneusement planifié et prémédité les attaques contre la vieille ville, et le bombardement aveugle de Dubrovnik avait commencé le 1^{er} octobre 1991 et s'était poursuivi jusqu'en décembre 1991; dans ce climat de peur, 34 000 personnes avaient été expulsées de leurs maisons, et les habitants qui étaient restés dans les villages occupés aux alentours avaient été emmenés dans des camps, et certains d'entre eux torturés⁴⁶⁹. Des meurtres avaient aussi été commis⁴⁷⁰. Les voies de ravitaillement avaient été coupées tandis que la ville restait sous le feu de l'artillerie lourde. La population s'était vue privée de toute assistance médicale, d'eau et de nourriture. Les mauvais traitements, l'intimidation physique et mentale et la destruction des maisons étaient monnaie courante⁴⁷¹.

409. En outre, a ajouté la Croatie, il y avait une volonté délibérée de détruire des symboles importants de la culture croate; de nombreux objets culturels et sacrés avaient été détruits à Dubrovnik, surtout dans la vieille ville: la JNA avait endommagé au moins 683 monuments, notamment des églises, des chapelles et les fortifications de la cité⁴⁷². Lors de ses attaques contre Dubrovnik, a poursuivi la Croatie, la JNA avait essayé de détruire la ville à une échelle que ne justifiait aucun principe de nécessité ou de

⁴⁶⁷ Il a également examiné la «politique de «nettoyage ethnique»» (par. 60-62, 90 et 93-95).

⁴⁶⁸ Voir partie X.4) du présent exposé, *supra*.

⁴⁶⁹ Mémoire de la Croatie, par. 2.77, 3.90 et 5.237.

⁴⁷⁰ Selon la Croatie, 161 civils avaient été tués, 272 blessés et 1 porté disparu (*ibid.*, par 5.237).

⁴⁷¹ D'après la Croatie, 11 hommes des villages de Bistoče et Beroje avaient été conduits au camp de Morinje, où ils avaient été soumis à des sévices de toute sorte, dont la torture (*ibid.*, par 5.238). D'autres avaient été faits prisonniers et conduits aux «camps de Morinje, à Boka Kotorska, et de Bileća, en Bosnie-Herzégovine, et certains [avaient été] battus à mort» (*ibid.*, par 5.240).

⁴⁷² *Ibid.*, par. 5.241.

logique militaire, ce qui révélait ses intentions génocidaires⁴⁷³. La Croatie a ensuite renvoyé aux jugements du TPIY relatifs à Dubrovnik, dans les affaires *Strugar* (17 juillet 2008) et *Jokić* (30 août 2005), et a affirmé que le procédé à l'œuvre à Dubrovnik était une tentative de génocide⁴⁷⁴.

410. La Serbie a elle aussi fait état de la reconnaissance de culpabilité et de la condamnation par le TPIY de M. Jokić et P. Strugar pour le bombardement de la vieille ville de Dubrovnik le 6 décembre 1991⁴⁷⁵ et a affirmé que la Croatie n'avait pas prouvé que l'un quelconque des crimes avait été commis dans une intention génocidaire ou avait constitué une tentative de génocide. Elle a contesté les déclarations de témoins (au motif qu'elles ne satisfaisaient pas au critère d'établissement de la preuve énoncé pour les déclarations)⁴⁷⁶. Elle a ajouté que le TPIY avait examiné les crimes prétendument commis dans la région de la Dalmatie et avait conclu que les conditions requises pour que lesdits crimes soient constitutifs du crime d'extermination en tant que crime contre l'humanité n'étaient pas réunies (les meurtres n'avaient pas été commis à grande échelle)⁴⁷⁷. De l'avis de la Serbie, aucune intention génocidaire n'avait été démontrée s'agissant des événements survenus à Dubrovnik⁴⁷⁸.

411. En ce qui concerne la querelle sur le nombre des victimes, la Croatie a fait observer que les actes d'accusation dans les affaires *Strugar* et *Jokić* ne concernaient que les attaques de décembre 1991 sur Dubrovnik (à partir du bombardement du 6 décembre) et que les crimes commis entre le 1^{er} octobre et le 5 décembre 1991 n'avaient pas été minutieusement examinés et n'avaient été évoqués que dans le but d'établir le contexte. Elle a ajouté que les crimes commis à Dubrovnik s'étendaient sur une période beaucoup plus étendue et n'étaient pas tous la conséquence des attaques de décembre⁴⁷⁹.

412. La Croatie a reconnu que les affaires *Jokić* et *Strugar* ne donnaient pas le nombre exact de victimes des attaques d'octobre et novembre 1991 contre Dubrovnik, puisque l'accent était mis sur les événements du 6 décembre 1991 ; les actes d'accusation dans ces deux affaires ne portaient pas sur les crimes commis entre le 1^{er} octobre et le 5 décembre 1991⁴⁸⁰. Selon la Croatie, les affaires *Jokić* et *Strugar* étaient sa cause en précisant le contexte de ce qui s'était produit à Dubrovnik, c'est-à-dire le bombardement de la vieille ville⁴⁸¹.

⁴⁷³ Mémoire de la Croatie, par 5.236.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, par. 8.27.

⁴⁷⁵ Contre-mémoire de la Serbie, par. 924.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, par. 920.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, par. 994 et 927, et voir par. 923-924.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, par. 925.

⁴⁷⁹ Réplique de la Croatie, par. 6.97. La Croatie a aussi relevé que le TPIY lui-même avait fait référence aux bombardements de Dubrovnik d'octobre et de novembre 1991 (voir *ibid.*, par. 6.99-6.105). Et, selon le TPIY, «[i]l ressort des éléments de preuve que le bombardement subi par la vieille ville le 12 novembre était intense» (voir *ibid.*, par. 6.100).

⁴⁸⁰ *Ibid.*, par. 6.101-6.102.

⁴⁸¹ *Ibid.*, par. 6.98-6.105.

413. En outre, la Croatie a cité la décision rendue en l'affaire *Strugar*, dans laquelle le TPIY a déclaré ce qui suit: *a)* «la vieille ville avait été largement prise pour cible par la JNA»; *b)* «la JNA n'avait visé aucune position de tir ou autre objectif militaire, réel ou supposé, dans la vieille ville»; *c)* en conséquence de ce qui précède, «[la Chambre conclut] que l'intention des auteurs du bombardement était de tirer sur des civils et des biens de caractère civil dans la vieille ville»; *d)* le TPIY a constaté que la JNA avait soigneusement préparé et prémédité l'attaque et qu'il ne s'agissait pas d'une action spontanée⁴⁸².

414. La Serbie a répondu que Jokić et Strugar n'étaient pas poursuivis pour crime contre l'humanité ou pour génocide dans ces affaires, et a affirmé que les attaques sur Dubrovnik ne satisfaisaient en rien aux critères requis pour le crime de génocide⁴⁸³. Elle a ensuite fait valoir que ces attaques n'avaient pas été autorisées par les dirigeants de la JNA et qu'il n'existait pas de politique visant la destruction des Croates⁴⁸⁴. Selon elle, les affaires *Strugar* et *Jokić* ne contenaient aucune preuve que les attaques sur Dubrovnik avaient été ordonnées par les dirigeants serbes ou menées sur leurs instructions⁴⁸⁵.

b) *Appréciation générale*

415. Comme on vient de le voir, l'essentiel du débat entre la Croatie et la Serbie tournait autour des affaires de M. Jokić et P. Strugar — dirigeants de la JNA qui auraient été responsables des attaques du 6 décembre 1991 contre Dubrovnik — jugées par le TPIY. Pourtant, Dubrovnik avait subi les lourdes attaques de la JNA non seulement le 6 décembre 1991, mais pendant une période beaucoup plus longue, pendant laquelle un certain nombre de faits concomitants se sont produits pendant et après les attaques, à savoir des actes de torture, le transfert de prisonniers, des sévices physiques et des meurtres, l'ensemble constituant une campagne de violence extrême et de destruction.

416. La Serbie a déclaré, au sujet des événements de Dubrovnik, qu'il n'y avait pas d'accusations de génocide dans les affaires susmentionnées jugées par le TPIY⁴⁸⁶. Mais en quoi l'absence du chef de génocide peut-elle être pertinente dans la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie devant la Cour, en ce qui concerne les événements de Dubrovnik, étant donné que des critères d'établissement de la preuve différents s'appliquent (voir *supra*) dans les affaires ayant trait à la responsabilité pénale individuelle (interne) et à la responsabilité internationale de l'Etat?

417. Tous les groupes et les peuples ont le droit à la préservation de leur patrimoine culturel, de leur mode de vie et de leurs valeurs humaines.

⁴⁸² Réplique de la Croatie, par. 6.103-6.105.

⁴⁸³ Duplique de la Serbie, par. 408 et 473.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, par. 474.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, par. 475.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, par. 403-404; et voir réplique de la Croatie, par. 6.97-6.105.

La destruction de biens culturels, telle qu'elle s'est produite lors des bombardements de Dubrovnik par la JNA, révèle l'absence de valeurs humaines et, pis encore, le mépris de ces valeurs⁴⁸⁷. Il y a eu une destruction délibérée, par la JNA, de biens culturels de la vieille ville de Dubrovnik (site classé sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, inscription en 1979 et extension en 1994); l'intention discriminatoire contre le groupe visé était manifeste⁴⁸⁸, comme il est reconnu dans la jurisprudence du TPIY.

418. A mon sens, cette forme de destruction est bel et bien liée à la destruction physique et biologique, car les individus vivant en groupes ne peuvent pas faire abstraction de leurs valeurs culturelles, et, dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient (même dans l'isolement), de leurs croyances spirituelles. La vie elle-même et les croyances qui aident les gens à faire face aux mystères qui les entourent vont de concert. Le droit à la vie et le droit à l'identité culturelle vont de pair, ils sont indissociables. La destruction physique et biologique est intimement liée à la destruction de l'identité d'un groupe en tant que partie de son existence, de ses conditions de vie.

419. Dans un contexte factuel mettant en évidence une entreprise de destruction systématique et généralisée, pouvons-nous, en gardant à l'esprit les victimes, dissocier vraiment la destruction physique/biologique de la destruction culturelle? A mon avis, c'est exclu, compte tenu de l'importance qu'a la culture — l'identité culturelle — pour la préservation du droit à la vie lui-même, du droit de vivre dans la dignité. A ce sujet, j'ai eu l'occasion de dire, il y a presque dix ans, dans une autre juridiction internationale, ce qui suit:

«La notion de culture — du latin *colere*, qui signifie cultiver, tenir compte de, prendre soin de et préserver — est apparue à l'origine dans l'agriculture (le soin apporté à la terre). Avec Cicéron, cette notion en est venue à être appliquée à des questions touchant à l'esprit et à l'âme (*cultura animi*). Avec le *passage du temps*, elle a été associée à l'humanisme, à l'attitude consistant à préserver les choses du monde, y compris celles du passé, et à en prendre soin. Face au mystère de la vie, les peuples — les êtres humains dans leur milieu social — ont développé et préservé leurs cultures afin de comprendre le monde extérieur et d'être en lien avec celui-ci. D'où l'importance de l'identité culturelle, en tant que partie ou tout du droit fondamental à la vie lui-même.»⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Voir C. Bories, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik — La protection internationale des biens culturels*, Paris, Pedone, 2005, p. 145, 169-170, et voir p. 150-154.

⁴⁸⁸ Voir *ibid.*, p. 150-157 et 161-163.

⁴⁸⁹ CIDH, affaire *Communauté sawhoyamaxa c. Paraguay* (arrêt du 29 mars 2006), opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 4.

420. J'ai déjà souligné, dans le présent exposé, que, dans sa jurisprudence — notamment sa décision de 1996 dans l'affaire *Karadžić et Mladić* —, le TPIY a été particulièrement attentif à la destruction de sites culturels et religieux. Et, dans son jugement de 2001 en l'affaire *Krstić*, il a dit à juste titre que l'entreprise de destruction dans son ensemble (y compris la destruction du patrimoine culturel et religieux) doit être dûment prise en considération, comme preuve de l'intention de détruire le groupe⁴⁹⁰.

421. La Cour a au contraire, dans le présent arrêt, préféré fermer les yeux sur cette réalité, faisant observer à plusieurs reprises (arrêt, par. 136, 388-389) avec dédain que la destruction du patrimoine culturel et religieux ne relève pas des catégories des actes de génocide réprimés à l'article II de la convention sur le génocide. S'efforcer de dissocier la destruction physique/biologique de la destruction culturelle, aux fins de la détermination du génocide, me semble procéder d'une démarche artificielle. Qu'on veuille l'admettre ou non, *le corps et l'âme sont inséparables*, et il est parfaitement artificiel et, à l'évidence, intenable de tenter de les dissocier l'un de l'autre. Mieux vaut, au contraire, tirer les conséquences qui en découlent.

XIV. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL (*ACTUS REUS*) DU GÉNOCIDE : VOLONTÉ DE DESTRUCTION SYSTÉMATIQUE ET GÉNÉRALE — VIOLENCES EXTRÊMES ET ATROCITÉS DANS CERTAINES MUNICIPALITÉS

422. Avec les considérations qui précèdent, j'ai achevé l'examen, dans le présent exposé, de tous les aspects de l'assaut meurtrier mené dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et générale, qui a été porté à l'attention de la Cour en l'espèce. Le moment est à présent venu d'examiner l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément moral (*mens rea*) du génocide, dans le contexte factuel de la présente affaire concernant l'*Application de la convention sur le génocide*.

1. Observations méthodologiques préliminaires

423. Je m'intéresserai en premier lieu à l'élément matériel (*actus reus*). Un examen attentif des arguments des Parties et des déclarations des témoins présentés à la Cour fait apparaître une volonté systématique de destruction, pendant la période où les forces serbes ont mené des attaques armées en Croatie, en particulier dans certaines municipalités — à savoir Lovas, Ilok, Bogdanovci et Vukovar (dans la région de la Slavonie orientale) et Saborsko (dans la région de la Lika). Les faits qui s'y sont produits, tels que relatés chronologiquement, peuvent, à mon avis, être examinés à la lumière des dispositions pertinentes de la convention sur le

⁴⁹⁰ Voir partie X 4) du présent exposé, *supra*.

génocide (en particulier l'article 2), pour établir l'élément matériel du crime de génocide (et aussi, selon moi, l'élément moral; voir *infra*).

424. Dans d'autres villages, notamment à Poljanak, Dalj, Bapska ou Tovarnik, toute une série de crimes graves a aussi été commise. J'appelle l'attention sur ces localités, et sur d'autres, ailleurs dans le présent exposé. Mais ici, après avoir examiné les faits survenus dans tous les villages touchés, je me concentre seulement sur cinq localités particulières — Vukovar, Saborsko, Ilok, Bogdanovci et Lovas —, au vu de leur dévastation complète, de l'extrême violence qui s'y est déchaînée et des atrocités qui y ont été commises, révélant une volonté de destruction systématique et généralisée (*actus reus*, et à mon avis *mens rea* également).

425. Il me semble regrettable que la Cour n'ait pas pris en considération toutes les localités citées par la Croatie, et qu'elle ait exclu de son raisonnement certains villages ou municipalités. Tel est par exemple le cas d'Ilok, qui a été dévastée. Dans son arrêt, la Cour a cherché à expliquer sa démarche comme suit :

«La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de considérer séparément chacun des incidents que le demandeur a rapportés, ni de dresser une liste exhaustive des actes allégués. Elle se concentrera sur les allégations relatives à des localités qui ont été présentées par la Croatie comme constituant des exemples d'actes systématiques et généralisés commis à l'encontre du groupe protégé, dont on pourrait déduire l'intention de le détruire, en tout ou en partie. Il s'agit des localités qui ont été mises en avant par la Croatie au cours de la procédure orale ou au sujet desquelles elle a présenté des témoins, ainsi que celles où certains actes ont été établis devant le TPIY.» (Arrêt, par. 203.)

426. Ce point de vue de la Cour, qui tente d'expliquer pourquoi elle a choisi certaines municipalités, ne me semble pas satisfaisant, compte tenu de la conclusion générale qu'elle en a tirée au sujet du génocide, dans laquelle elle a rejeté l'élément moral sans dire pour quelles raisons. La Cour aurait dû, à cet égard, prendre en considération dans son arrêt tous les villages où la Croatie a affirmé que des crimes graves ont été commis. Un examen plus complet, sinon exhaustif, de la volonté systématique de destruction aurait été opportun — et en réalité nécessaire — dans une affaire ayant l'importance du cas d'espèce.

2. La campagne d'actes de destruction systématiques

427. L'examen des preuves, et en particulier des déclarations de témoins, contestées en termes généraux par la Serbie, révèle que de nombreuses atrocités ont été commises dans diverses municipalités. Ces atrocités sont notamment le meurtre arbitraire et à grande échelle de membres de la population croate (*litt. a*) de l'article II de la Convention), l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres de la population croate, y compris par des actes de violence cruels (comme la mutilation de membres), la torture et la violence sexuelle (*litt. b*) de l'article II de la Convention) et

la soumission intentionnelle de la population croate à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction et son élimination des régions concernées, y compris la destruction de villes et villages et l'expulsion systématique des logements (*litt. c*) de l'article II de la Convention).

428. Les déclarations de témoins concernant cinq municipalités font état d'événements similaires qui s'y sont produits. L'examen approfondi de ces faits démontre l'existence d'une campagne cohérente et systématique d'actes contraires aux dispositions de la convention sur le génocide, attestant un plan génocidaire. Je passerai donc à présent en revue les infractions commises dans ces municipalités, telles que portées à l'attention de la Cour.

3. *Le meurtre de membres de la population croate (litt. a) de l'article II)*

429. Le «meurtre de membres du groupe» est un acte interdit par la convention sur le génocide, au titre du *litt. a)* de l'article II. Pour que la violation de cette disposition soit établie, il faut des preuves que la mort de la victime résulte d'un acte illégal, commis dans l'intention de tuer ou d'infliger une atteinte physique grave dont l'auteur aurait dû raisonnablement savoir qu'elle pourrait conduire à la mort⁴⁹¹. Il s'agit donc de savoir si les éléments de preuve soumis par les Parties, et notamment les déclarations de témoins examinées dans les municipalités retenues, appuient la conclusion qu'il y a eu des «meurtres de membres du groupe». Il ressort clairement de l'étude de ces éléments qu'il y a eu des meurtres de membres du groupe croate dans diverses municipalités en Croatie. Ces meurtres étaient des actes illégaux, commis dans l'intention de tuer ou d'infliger aux victimes des atteintes physiques graves.

430. Dans le dossier figurent des déclarations de témoins oculaires concernant les meurtres de membres de la population civile de nationalité croate pendant l'occupation de Lovas. Le village a été envahi et occupé par la JNA le 10 octobre 1991, après 10 jours de bombardements intensifs causant la mort d'au moins 23 civils croates⁴⁹². Pendant les attaques menées dans le village occupé, des civils sans défense ont été tués: ils se cachaient dans des caves et les Serbes y ont jeté des bombes⁴⁹³. Les Croates faits prisonniers servaient de boucliers humains aux Serbes pour pénétrer dans les maisons de Croates⁴⁹⁴. Plusieurs hommes ont été emmenés et séparés de leurs familles, puis exécutés⁴⁹⁵.

431. Lors des événements connus depuis sous le nom de «*massacre du champ de mines*», le 17 octobre 1991, la JNA a mis à part tous les hommes croates de Lovas (une centaine, âgés de 18 à 65 ans), dont 50 ont été

⁴⁹¹ Voir mémoire de la Croatie, par. 7.59-7.61, et contre-mémoire de la Serbie, par. 76-78.

⁴⁹² Voir CR 2014/12, par. 59, p. 28, et CR 2014/8, par. 23, p. 17.

⁴⁹³ Voir déposition de M. M., mémoire de la Croatie, annexe 99.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, par. 4.126.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, par. 4.122.

emmenés dans un champ de mines⁴⁹⁶. En chemin, les forces serbes ont abattu l'un d'eux qui n'arrivait pas à suivre la cadence parce qu'il avait été poignardé à la jambe au cours d'une séance de torture la nuit précédente⁴⁹⁷. Dès qu'ils sont arrivés, les membres du groupe ont été contraints de se tenir par la main et d'avancer dans le champ de mines⁴⁹⁸.

432. Un témoin a rapporté que, à un moment, ils ont vu quelques-unes des mines devant eux. Un jeune homme croate a été poussé sur l'une des mines, qui a immédiatement explosé et entraîné une détonation en chaîne des mines tout autour; selon le demandeur, les explosions ont tué 21 personnes sur le coup et fait 12 blessés. Les soldats serbes ont alors demandé aux blessés de crier et de lever la main pour être secourus. Selon les témoins, dès que les blessés ont levé la main et crié à l'aide, les soldats serbes ont commencé à tirer et à les tuer⁴⁹⁹. Les cadavres ont été transportés dans un charnier⁵⁰⁰.

433. La Serbie a reconnu que «quatorze personnes sont actuellement en procès devant le tribunal de district de Belgrade pour le meurtre présumé de 68 Croates originaires du village de Lovas»⁵⁰¹. En outre, à Ilok, par exemple, des meurtres de Croates par des Serbes ont aussi été signalés: ainsi, dans sa déposition, F. D. (qui a été maintenu en détention à Ilok du 1^{er} novembre 1991 au 31 mars 1992) a fait état de meurtres brutaux, notamment de personnes battues à mort⁵⁰².

434. A Bogdanovci, de nombreux témoignages font état de meurtres de Croates pendant l'occupation. Beaucoup auraient été tués chez eux, d'autres alors qu'ils tentaient de fuir le village⁵⁰³. Selon la Croatie, de nombreux Croates ont été tués alors qu'ils étaient forcés de sortir de chez eux, ou à l'intérieur des maisons quand ils préféraient y rester⁵⁰⁴. Le village a été occupé le 10 novembre 1991 par des paramilitaires et la JNA après avoir été attaqué à l'artillerie lourde et par l'infanterie. Marija Katić⁵⁰⁵, par exemple, a témoigné que le village avait été complètement détruit, et que «lors de la destruction dix personnes ont été tuées et enterrées sur ce qu'on appelait la «place de l'école», leurs corps enveloppés dans des tentes et enterrés chacun avec une bouteille à côté contenant les renseignements relatifs à la personne décédée»; d'autres témoins ont fait état de meurtres de Croates et de morts sous la torture⁵⁰⁶.

⁴⁹⁶ CR 2014/10, par. 24, p. 15.

⁴⁹⁷ Voir mémoire de la Croatie, par. 4.118-4.119 et 4.123-4.126, et dépositions de S. P., annexe 97, et de P. V., annexe 95.

⁴⁹⁸ Voir *ibid.*, par. 4.125, et déposition de Z. T., annexe 102.

⁴⁹⁹ Voir *ibid.*, par. 4.125, et dépositions de Z. T., annexe 102, et de L.S., annexe 98.

⁵⁰⁰ Sur le charnier de Lovas, voir *ibid.*, annexe 168B.

⁵⁰¹ Contre-mémoire de la Serbie, par. 720.

⁵⁰² Mémoire de la Croatie, annexe 55.

⁵⁰³ Voir *ibid.*, par. 4.51, et déposition de A. T., *ibid.*, annexe 39.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, par. 4.52, et annexes 41 et 45.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, annexe 40.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, annexes 41 et 45.

435. De même, à Saborsko, il existe des preuves de meurtres de Croates ; selon certains témoignages, par exemple, des hommes ont été alignés et abattus, et des femmes abattues dans le dos⁵⁰⁷. D'autres font état de corps de Croates enterrés dans une fosse commune⁵⁰⁸. Selon M. M.,

«[a]près la chute de Saborsko, personne n'a enterré les morts, de sorte qu'ils ont tous été laissés là où ils étaient tombés. Au cours des 15 derniers jours, parce que les casques bleus arrivaient, l'armée a utilisé des pelleteuses pour enterrer ces gens là où ils avaient été tués, et les tombes ont été marquées avec des croix qui ne portaient ni nom ni prénom.»⁵⁰⁹

En ce qui concerne les actes commis à Saborsko, la Serbie a pour une très large part reconnu que la plupart d'entre eux avaient été confirmés par le jugement du TPIY⁵¹⁰.

436. Il y a en outre de nombreuses preuves concernant les meurtres de Croates à Vukovar⁵¹¹ ; d'après le dossier, 1700 personnes auraient été tuées (70% de civils), et 2000 environ après l'occupation⁵¹². Il ressort du dossier qu'un camp de concentration a été créé au Velepromet et a servi ultérieurement pour des meurtres organisés. D'après la déclaration d'un témoin, une cinquantaine de personnes ont été exécutées dans ce camp avant la chute finale de Vukovar. Deux bombes de 250 kilos ont été larguées sur l'hôpital de Vukovar⁵¹³.

437. Dans le centre de Vukovar, par exemple, des exécutions ont eu lieu⁵¹⁴ : des grenades étaient lancées dans les maisons et les rues étaient jonchées de cadavres. Selon E. M.⁵¹⁵, tous les jours, quatre ou cinq personnes étaient passées par les armes ou massacrées. E. M. a déclaré que des maisons avaient été incendiées et que, au Velepromet, il y avait des exécutions de masse (au moins 50 cadavres, sinon plus). Un autre témoin, F. G., a affirmé avoir été coupé au front et avoir vu une quinzaine de corps décapités dans un trou et une fosse à ordures au Velepromet, et les têtes éparpillées ; il a aussi vu un homme être décapité⁵¹⁶. A Ovčara, il y aurait eu une exécution de masse de 260 personnes, dont les corps ont été enterrés dans une fosse commune⁵¹⁷. Il a été procédé à une exhumation en 1996 et 145 corps ont été identifiés, mais on ignore toujours quel a été le sort de 60 des patients qui ont été emmenés de l'hôpital⁵¹⁸.

438. D'autres civils ont été emmenés de l'hôpital au Velepromet — un entrepôt qui était essentiellement un camp de concentration, où

⁵⁰⁷ Mémoire de la Croatie, par. 5.149-5.152.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, annexes 364-365.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, annexe 365.

⁵¹⁰ Contre-mémoire de la Serbie, par. 841.

⁵¹¹ En ce qui concerne Vukovar, voir mémoire de la Croatie, par. 4.139-4.192.

⁵¹² *Ibid.*, par. 4.139.

⁵¹³ *Ibid.*, par. 4.154.

⁵¹⁴ *Ibid.*, par. 4.164-4.167.

⁵¹⁵ *Ibid.*, annexe 126.

⁵¹⁶ *Ibid.*, annexe 121.

⁵¹⁷ *Ibid.*, par. 4.175.

⁵¹⁸ *Ibid.*, par. 4.178.

15 000 Croates ont été envoyés pendant l'occupation. Des atrocités s'y sont produites, notamment des décapitations et des meurtres. Selon F. J., des meurtres de masse y ont été commis⁵¹⁹. Fait révélateur, en ce qui concerne la région de Vukovar, la Serbie a reconnu que «[l]e TPIY a accusé plusieurs personnes pour les crimes qui auraient été commis à Vukovar, mais le nombre de morts imputés aux accusés est nettement inférieur aux chiffres avancés par [la Croatie]»⁵²⁰.

439. En conclusion, il ressort clairement des éléments de preuve qu'il y avait une entreprise cohérente et systématique de meurtres de Croates dans toutes les municipalités examinées. Toutes les déclarations de témoins concernant chacun des villages font état de meurtres et de l'intention de tuer, en tant que partie de l'élément matériel du crime. Les éléments figurant dans le dossier et les preuves correspondantes révèlent un ensemble de meurtres systématiques de Croates. Il semble donc y avoir des preuves suffisantes de l'élément matériel du «meurtre de membres du groupe» réprimé au *litt. a)* de l'article II de la convention sur le génocide.

4. Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe (litt. b) de l'article II)

440. Le *litt. b)* de l'article II de la convention sur le génocide interdit de commettre une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe»; en ce qui concerne l'élément matériel de cet acte interdit, les parties conviennent que la grave atteinte physique ou mentale n'a pas besoin d'être permanente et irréversible, et que les violences sexuelles peuvent tomber sous le coup de cette disposition⁵²¹. Après examen des preuves présentées par les Parties, et en particulier des déclarations des témoins dans les municipalités retenues, il ressort clairement que de graves «atteintes à l'intégrité physique ou mentale» ont été commises contre des membres de la population croate dans diverses municipalités de Croatie.

441. La torture, les sévices physiques, les mauvais traitements et la violence sexuelle contre les Croates étaient les dénominateurs communs des preuves produites devant la Cour. En ce qui concerne Lovas, par exemple, il y avait des témoignages de torture, de mauvais traitements et de sévices physiques ainsi que d'humiliation; ces récits apportent la preuve d'«atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale» commises contre des membres de la population. La déclaration du témoin P. V. concernant les événements survenus pendant l'occupation de Lovas en est un exemple⁵²². P. V. a affirmé que des personnes étaient détenues le jour dans la «cour collective» et que certaines y étaient gardées la nuit. Elle a fait état de sévices physiques infligés aux détenus et de torture, déclarant

⁵¹⁹ Mémoire de la Croatie, annexe 129.

⁵²⁰ Contre-mémoire de la Serbie, par. 741.

⁵²¹ Voir mémoire de la Croatie, par. 7.62-7.64, et contre-mémoire de la Serbie, annexe, par. 79-81.

⁵²² *Ibid.*, annexe 95.

que «[i]ls battaient les victimes chaque matin devant tout le monde». Elle a affirmé avoir dû désamorcer des mines; elle a donné les noms de certaines victimes de la torture qu'elle connaissait personnellement⁵²³.

442. Selon toute une série de témoignages, des personnes ont été violemment rouées de coups. Stjepan Peulić, par exemple, a témoigné au sujet des méthodes d'interrogatoire et de la cruauté de la torture:

«Petronije m'a giflé à plusieurs reprises puis m'a donné un coup de botte dans le menton, qui m'a laissé une cicatrice et deux dents cassées; il a continué à me battre. En même temps, Ljuba Devetak a commencé à appeler les gens, qui ont été emmenés dehors, battus à coups de tubes de fer et poignardés avec des baïonnettes devant nous.»⁵²⁴

Les déclarations de P. M.⁵²⁵ et de J. K.⁵²⁶ font aussi état de personnes violemment rouées de coups.

443. Des brutalités similaires se seraient produites à Ilok; ainsi, alors qu'ils quittaient la ville en convoi, des milliers de civils croates ont été victimes d'humiliations et de brutalités infligées par la JNA et les paramilitaires, qui leur volaient aussi leurs biens. Les Croates qui ne voulaient pas quitter leurs maisons étaient victimes de harcèlement physique et psychologique, de vol et de détention arbitraire. Le témoin P. V., par exemple, a affirmé avoir vécu dans la peur de devoir quitter sa maison⁵²⁷. Il a déclaré que

«[I]es gens travaillaient pendant des jours sans nourriture ni aucune indemnité. Les Serbes nous humiliaient tout le temps... Nous n'étions pas autorisés à nous réunir en public. Quand nous marchions dans les rues, par exemple, les Serbes... nous lançaient des pierres et nous insultaient.»⁵²⁸

Le témoin M. V.⁵²⁹ a aussi affirmé avoir été torturé pendant quatre ans.

444. A Bogdanovci, des cas de torture et de mauvais traitements infligés aux Croates ont aussi été signalés. Les déclarations de témoins font toutes état de lourdes attaques causant de graves préjudices corporels. Selon Marija Katić, il y avait des attaques d'artillerie tous les deux ou trois jours (comme en août 1991), détruisant les maisons et les outils agricoles. Le témoin M. B. a aussi fait état de cas de torture, notamment de «l'étirement» jusqu'à la mort d'un Croate sur un arbre en face d'une église⁵³⁰. Des cas similaires d'atteintes physiques et mentales ont été signalés à Saborsko. Un témoin a par exemple dit que, à Saborsko, lorsque les com-

⁵²³ Mémoire de la Croatie, vol. II, annexes, p. 284.

⁵²⁴ *Ibid.*, annexe 97.

⁵²⁵ *Ibid.*, annexe 101.

⁵²⁶ *Ibid.*, annexe 104.

⁵²⁷ *Ibid.*, annexe 58.

⁵²⁸ *Ibid.*, vol. II, annexe 58, p. 165.

⁵²⁹ *Ibid.*, annexe 59.

⁵³⁰ *Ibid.*, annexe 41.

mandants ordonnaient de tuer les civils, ils disaient généralement que ceux-ci étaient tous des «Oustachis» et devaient tous être tués⁵³¹.

445. A Vukovar, de graves atteintes physiques et mentales auraient aussi été commises. Il y a eu des témoignages de torture au Velepromet; des civils ont été maltraités et subissaient des souffrances morales. Il y avait aussi des récits faisant état de violence sexuelle, d'humiliation et de mutilations. Le témoin Franjo Kozul, par exemple, a fait état d'atteintes physiques et mentales infligées à des Croates à Vukovar. Il a dit qu'il «avait entendu» des coups de feu, des gens crier et pleurer, être frappés, roués de coups, entre autres brutalités. Il a ajouté ce qui suit :

«Quand nous sommes entrés dans l'écurie, nous avons dû passer devant une rangée d'hommes, sur une trentaine de mètres, qui nous frappaient avec tout et n'importe quoi. On m'a ordonné de faire la liste des personnes présentes, de sorte que j'en connais le nombre — j'ai établi une liste de 1242 personnes, par ordre alphabétique. Après un certain temps j'ai découvert qu'il y avait 480 hommes dans une autre écurie. Nous étions insultés, battus, maltraités... Les premiers jours, nous nous asseyions et dormions les uns sur les autres, sur le béton nu. Ils nous donnaient de l'eau, une petite tranche de pain et un peu de fromage, deux fois par jour, et ils nous battaient et nous torturaient 24 heures sur 24. Je ne peux pas décrire tous les actes de torture physique et psychologique, je n'aurais jamais imaginé que des gens avec qui nous vivions et travaillions commettraient ce crime.»⁵³²

446. De même, le témoin S. E. a fait état de viols quotidiens par la police serbe et des officiers de l'armée à son arrivée en prison. Les viols avaient eu lieu dans la cellule devant les autres détenues. S. E. a aussi fait état de coups et de violences psychologiques⁵³³. M. M. a elle aussi témoigné avoir subi à de multiples reprises des violences sexuelles, des mauvais traitements et des souffrances morales; avec son bébé de deux mois et sa sœur âgée de six ans, elle a été emmenée en Serbie, puis à Vukovar, où elles ont été violées à plusieurs reprises par des Serbes locaux. Elle a fait état du meurtre de son mari et du préjudice moral qu'elle avait subi. Elle a dit qu'elle avait été contrainte au travail forcé, et que, si elle ne travaillait pas, on ne lui donnait rien à manger. Elle a aussi affirmé avoir été torturée et violée à de multiples reprises par plusieurs hommes, pendant des heures (devant sa petite sœur, qui était tout le temps terrifiée) et avec des objets, ce qui avait provoqué des hémorragies⁵³⁴.

447. Le témoin T. C. a déclaré que les Tchetsniks «maltraitaient, expulsaient, menaçaient, battaient, violaient et tuaient tous les jours. Ils nous terrorisaient impitoyablement. Tous nos hommes capables de travailler ont été emmenés dans des camps.» Certains d'entre eux ont reçu l'ordre de continuer

⁵³¹ Mémoire de la Croatie, annexe 365, déclaration de M. M.

⁵³² *Ibid.*, annexe 114.

⁵³³ *Ibid.*, annexe 116.

⁵³⁴ *Ibid.*, annexe 117.

à «creuser des trous»; ils «ne sont jamais rentrés chez eux» et plus personne n'a entendu parler d'eux. Le témoin a déclaré qu'elle avait été violée et a ajouté que «les Croates devaient mettre des rubans blancs à leur porte pour que les Tchetsniks qui n'étaient pas du village puissent les reconnaître»⁵³⁵.

448. En conclusion, il ressort clairement des éléments de preuve figurant dans le dossier que, dans les municipalités en question, les victimes ont souffert de graves atteintes physiques et mentales sous la forme de torture, de mauvais traitements, de coups, de violence sexuelle, de détresse psychologique et de travail forcé. Il ne s'agissait pas de faits isolés; on les retrouve dans les dépositions des témoins de différentes municipalités. Les faits mentionnés ci-dessus mettent en évidence un ensemble systématique d'actes de destruction interdits, ce qui démontre l'élément matériel des actes interdits par le *litt. b)* de l'article II de la convention sur le génocide.

5. Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle (litt. c) de l'article II)

449. La «soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle» est un acte interdit par le *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide. En ce qui concerne l'élément matériel (*actus reus*), la Serbie a reconnu que l'expulsion systématique des logements peut entrer dans le champ d'application de cette disposition, si elle s'accompagne de l'intention génocidaire requise et s'inscrit dans le cadre d'une ligne de conduite patente susceptible d'aboutir à la destruction physique du groupe, et pas simplement à son déplacement dans un autre lieu⁵³⁶. Ainsi, il reste à examiner la question de savoir si, après analyse du dossier, et notamment des déclarations des témoins dans les municipalités concernées, l'on peut conclure qu'il y a eu violation du *litt. c)* de l'article II de la Convention.

450. Dans ces déclarations, les témoins ont fait état, en sus de viols et de violences sexuelles, de privation de nourriture et des biens de première nécessité; ils ont aussi fait état de déportation d'habitants de régions entières. A Lovas, par exemple, il y a eu des mesures qui ont provoqué la fuite des Croates, comme la destruction de maisons et les expulsions. Selon J. K., avant l'occupation, Lovas comptait 1700 habitants, dont 94% étaient des Croates; ensuite, «ils y ont installé 1500 Serbes environ», et dans «le village occupé il restait une centaine de Croates, 25 couples mixtes et 144 Serbes de Lovas. Les colons sont arrivés en voiture ou en tracteur et se sont installés dans nos maisons avec la permission de la commission du logement.»⁵³⁷

⁵³⁵ Mémoire de la Croatie, annexe 128.

⁵³⁶ Voir contre-mémoire de la Serbie, par. 83-84, et duplique de la Serbie, par. 333.

⁵³⁷ Mémoire de la Croatie, annexe 104, p. 316.

451. A Ilok, P. V. a dit dans sa déposition qu'il avait été forcé de quitter sa maison et qu'il continuait à avoir peur de devoir la quitter; il a ajouté ce qui suit :

« Les gens travaillaient pendant des jours sans nourriture ni aucune indemnité. Les Serbes nous humiliaient tout le temps... Nous n'étions pas autorisés à nous réunir en public. Quand nous marchions dans les rues, par exemple, les Serbes nous crachaient dessus depuis l'église, nous lançaient des pierres et nous insultaient. »⁵³⁸

En ce qui concerne Ilok, il importe de relever que même la Serbie a reconnu que « [l]e procureur du TPIY a mis en accusation Slobodan Milošević pour l'expulsion ou le transfert forcé d'habitants d'Ilok »⁵³⁹. De même, à Bogdanovci, des témoins ont affirmé que des civils avaient été forcés de partir, et que l'occupation était destinée à décimer la population du village par la destruction des maisons, des fermes et de leurs infrastructures, et des églises. Il semble que l'occupation ait eu pour objectif de rendre la vie des Croates impossible, comme l'illustre l'expérience de D. B.⁵⁴⁰

452. Le village de Saborsko semble lui aussi avoir été complètement détruit. Selon le témoignage de M. M., l'intention était de procéder au « nettoyage » ethnique du village⁵⁴¹. De même, A. S. a déclaré qu'un avion avait largué des bombes sur le village et que les maisons et les églises avaient été incendiées; il a aussi affirmé que des gens avaient emporté des biens de Saborsko⁵⁴². M. M. a témoigné que, « [a]près l'attaque de Saborsko, Nedjeljko Trbojević, dit « Kičo », pendant l'opération de « nettoyage », allait de maison en maison et jetait des bombes », et « avait brûlé quelques maisons au lance-roquettes »⁵⁴³.

453. Rappelons que la Serbie a reconnu que, dans le jugement *Martić*, le TPIY a confirmé l'attaque menée en novembre 1991 sur le village de Saborsko et « la plupart des faits allégués à Saborsko »⁵⁴⁴. En ce qui concerne Vukovar, il y avait, là aussi, des témoignages faisant état de tentatives de détruire tous les signes de la vie et de la culture croates dans la ville, de la destruction de biens et de lourds bombardements. La plupart des habitants de la ville ont passé trois mois dans des caves et des abris collectifs, et beaucoup ont été tués alors qu'ils tentaient de se procurer de la nourriture, de l'eau et d'autres produits⁵⁴⁵.

454. D. K. était à Vukovar jusqu'à ce qu'il soit blessé; il a ensuite été chargé dans un bus et expulsé vers la Serbie. Il a témoigné des conditions

⁵³⁸ Mémoire de la Croatie, annexe 58.

⁵³⁹ Contre-mémoire de la Serbie, par. 693.

⁵⁴⁰ Mémoire de la Croatie, annexe 45.

⁵⁴¹ *Ibid.*, annexe 365.

⁵⁴² *Ibid.*, annexe 364.

⁵⁴³ *Ibid.*, annexe 365.

⁵⁴⁴ Contre-mémoire de la Serbie, par. 840-841.

⁵⁴⁵ Mémoire de la Croatie, par. 4.151.

de vie à Stajicevo et Sremska Mitrovica⁵⁴⁶; les conditions d'existence étaient inhumaines, les victimes recevant très peu de nourriture⁵⁴⁷. B. V. a affirmé qu'il n'avait rien à manger de jour comme de nuit⁵⁴⁸. L. D. a déclaré que «les maisons étaient en feu, des grenades tombaient et tuaient les gens. Les Serbes avaient envoyé leurs femmes et leurs enfants en Serbie avant et les hommes étaient restés à Vukovar pour nous tuer.»⁵⁴⁹ En résumé, il ressort des preuves produites devant la Cour que des violations du *litt. c*) de l'article II de la convention sur le génocide ont été commises, dans le cadre d'une campagne d'extrême violence systématique visant à soumettre intentionnellement les groupes visés de Croates à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction physique totale ou partielle.

6. *Appréciation générale des déclarations de témoins et conclusions*

a) *Déclarations de témoins*

455. Les déclarations de témoins concernant chacune des municipalités retenues — Lovas, Ilok, Bogdanovci, Saborsko et Vukovar — font toutes état d'événements semblables survenus dans chacune d'elles. Elles ont toutes été analysées, y compris celles qui n'étaient pas signées. Toutes convergent et attestent de faits semblables qui tombent sous le coup de l'article II de la convention sur le génocide. Je considère que même les déclarations non signées sont pertinentes pour l'appréciation des événements survenus dans les municipalités susmentionnées, car elles s'inscrivent dans le droit fil de celles qui sont signées. Toutes les déclarations de témoins (signées et non signées), prises ensemble, apportent des preuves solides des crimes perpétrés dans ces municipalités, en violation de l'article II de la convention sur le génocide.

456. Dans le même ordre d'idées, j'ai jugé opportun d'examiner les actes qui auraient été commis dans *toutes* les municipalités pour lesquelles la Croatie a présenté des éléments de preuve, plutôt que d'isoler telle ou telle municipalité, de manière à déterminer s'il existait une entreprise de destruction systématique. En l'espèce, la Cour, au lieu d'examiner un nombre limité de preuves, comme elle l'a fait, aurait dû tenir compte de la totalité des actes criminels commis pendant toute la campagne militaire contre la Croatie et portés à son attention, pour déterminer si une volonté de destruction systématique constitutive de génocide avait été à l'œuvre. La mention de faits survenus dans des municipalités particulières sert à illustrer la campagne générale de destruction.

⁵⁴⁶ Il s'agit de localités en Serbie, où il semble qu'il y avait des camps où des Croates ont été emmenés.

⁵⁴⁷ Mémoire de la Croatie, annexe 138.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, annexe 151.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, annexe 143.

b) *Conclusions*

457. A mon sens, les déclarations de témoins dans leur totalité apportent la preuve de la campagne de destruction systématique et générale mise en œuvre dans les municipalités victimes d'extrême violence. Cette campagne, telle qu'elle a été établie dans la présente affaire, consistait en la perpétration généralisée et systématique des actes illicites susmentionnés (infractions graves) tombant sous le coup de la convention sur le génocide.

458. Les actes en question, comme on l'a vu plus haut, incluaient le meurtre de membres de la population (civile) croate (*litt. a*) de l'article II, des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de membres de groupes visés (*litt. b*) de l'article II) et la soumission intentionnelle des groupes en question à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction physique totale ou partielle (*litt. c*) de l'article II). Il apparaît que l'on peut conclure, sur la base des atrocités commises dans les municipalités retenues, que l'élément matériel (*actus reus*) du génocide prévu aux alinéas *a*), *b*) et *c*) de l'article II de la convention sur le génocide a été établi.

XV. ÉLÉMENT MORAL (*MENS REA*) DU GÉNOCIDE : PREUVE
DE L'INTENTION GÉNOCIDAIRE PAR DÉDUCTION

459. Je passerai à présent, à ce stade de mon exposé, de l'élément matériel (*actus reus*) du génocide à l'élément moral (*mens rea*) (intention de détruire) prévu par la convention sur le génocide, telle qu'appliquée en l'espèce. Au cours de la procédure, les Parties elles-mêmes ont présenté des moyens relatifs à la question de savoir si l'intention génocidaire peut être prouvée par déduction⁵⁵⁰. A partir de l'analyse d'ensemble du dossier du cas d'espèce dans sa totalité, à mon avis, la preuve de l'intention de détruire les groupes visés, en tout ou en partie, peut être déduite des éléments produits (même si ce ne sont pas des éléments de preuve directs). L'extrême violence à l'œuvre dans la perpétration des atrocités atteste cette intention de détruire.

460. La campagne de destruction systématique et générale menée dans les municipalités, qui recouvre des meurtres de masse, des actes de torture et des sévices physiques, des disparitions forcées, des viols et d'autres violences sexuelles et l'expulsion systématique des logements (accompagnée d'exode massif), constitue la base qui permet de déduire, à défaut d'éléments de preuve directs, l'existence d'un plan génocidaire mis en œuvre dans l'intention de détruire les groupes visés, en tout ou en partie. En effet, le fait d'exiger la preuve directe de l'intention génocidaire dans toutes les affaires ne va pas dans le sens de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, comme nous le verrons ci-dessous.

⁵⁵⁰ Voir, par exemple, l'argument de la Croatie dans sa réplique, par. 2.11, invoquant le fait que la Serbie partage cet avis dans son contre-mémoire, par. 135 (difficulté d'obtenir des preuves directes, et recours à des éléments de preuve indirecte afin d'établir une preuve par présomptions de fait); réplique de la Croatie, par. 2.12.

1. Jurisprudence internationale relative à l'élément moral
(mens rea)

461. La preuve de l'intention peut, à défaut d'éléments de preuve directs, être déduite des faits et des circonstances. Ainsi, dans le jugement *Akayesu* (2 septembre 1998), le TPIR a conclu que l'intention de commettre le génocide suppose que les actes aient été commis contre les membres d'un groupe en raison même de leur appartenance à ce groupe (par. 521). On peut aussi se référer à d'autres exemples de jurisprudence allant dans le même sens. Dans l'arrêt *Jelisić* (5 juillet 2001), par exemple, le TPIY a dit ce qui suit :

«Quant à la preuve de l'intention spécifique, elle peut, à défaut d'éléments de preuve directs et explicites, procéder d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires.» (Par. 47.)

Le TPIY a en outre dit, dans l'arrêt *Krstić* (19 avril 2004), que, lorsque l'accusation se fonde sur la preuve de l'intention génocidaire obtenue par déduction, «celle-ci doit être la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis» (par. 41).

462. Dans la jurisprudence du TPIR, il a aussi été établi, dans le même ordre d'idées, que l'intention de commettre le génocide peut être déduite des faits et des circonstances. Dans le jugement *Rutaganda* (6 décembre 1999), par exemple, le TPIR a déclaré que «l'intention est déterminée, au cas par cas, par une déduction tirée des éléments de preuve qui ... ont été soumis [à la Chambre], y compris ceux qui permettent d'établir l'existence chez l'accusé d'une ligne de conduite délibérée»⁵⁵¹ (par. 61-63). Il a également affirmé, dans le jugement *Semanza* (15 mai 2003), que «la *mens reas* peut se déduire des agissements de l'auteur présumé du crime» (par. 313).

463. En outre, dans le jugement *Bagilishema* (7 juin 2001), le TPIR a dit ce qui suit :

«Ainsi, le contexte de perpétration des actes allégués peut-il aider la Chambre à déterminer l'intention de l'accusé, en particulier lorsque ses propos et ses actes ne font pas apparaître cette intention. La Chambre relève cependant que, lorsque l'on a recours au contexte pour déduire l'intention de l'accusé, on doit le faire par référence à la conduite même de l'accusé. La Chambre est d'avis que l'intention de l'accusé devrait se déduire, avant tout, de ses propos et de ses actes, et ressortir clairement d'une ligne de conduite délibérée.» (Par. 63.)

⁵⁵¹ Voir aussi jugement *Musema* du TPIR, 27 janvier 2000, par. 167.

464. A cet égard, dans le jugement historique qu'il a rendu en l'affaire *Akayesu* (2 septembre 1998), le TPIR a jugé que «l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender», et il a décidé, que «à défaut d'aveux de la part de l'accusé», l'intention peut se déduire des faits suivants: *a)* «le contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe», que ces actes soient commis «par le même agent ou même par d'autres agents»; *b)* «l'échelle des atrocités commises»; *c)* le «caractère général» des atrocités commises «dans une région ou un pays»; *d)* «le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes»; *e)* «la doctrine générale du projet politique inspirant les actes»; *f)* «la répétition d'actes de destruction discriminatoires»; *g)* «la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tel, actes qui ne relèveraient pas nécessairement eux-mêmes de l'énumération ..., mais qui sont commis dans le cadre de la même ligne de conduite» (par. 523-524).

465. Dans le jugement *Kayishema et Ruzindana* (21 mai 1999), le TPIR a déclaré qu'il peut être difficile de prouver l'intention mais qu'il n'empêche que «son existence peut être établie de manière convaincante à partir des actes de l'auteur, y compris au moyen de preuves indirectes», et que «l'intention peut être déduite soit des propos soit des actes de l'auteur, et peut être établie par la mise en évidence de l'existence d'une ligne de conduite délibérée». Il a affirmé que les éléments suivants peuvent être des indices pertinents: *a)* le nombre de membres du groupe victimes; *b)* le fait de s'attaquer physiquement au groupe ou à ses biens; *c)* l'usage de termes insultants à l'égard des membres du groupe visé; *d)* les armes utilisées et la gravité des blessures subies par les victimes; *e)* le caractère méthodique de la planification; *f)* le caractère systématique du crime; *g)* l'étendue relative de la destruction, ou de la tentative de destruction, d'un groupe (par. 93 et 527).

466. La jurisprudence susmentionnée montre que les tribunaux pénaux internationaux considèrent que la preuve de l'intention génocidaire peut être déduite des faits et des circonstances, et énoncent quelques lignes directrices à cet effet, même en l'absence de preuves documentaires. Les éléments factuels pouvant être pris en considération pour cette déduction sont, par exemple, des indications de la préméditation, de l'existence d'une politique ou d'un plan de l'Etat, la répétition des atrocités contre les mêmes groupes visés, le caractère systématique de la violence extrême exercée contre des groupes d'individus vulnérables ou sans défense et de leur destruction.

2. *Appréciation générale*

467. Au vu de ce qui précède, la Cour semble avoir imposé un seuil trop élevé pour la détermination de la *mens rea* du génocide, qui ne paraît pas être conforme à la jurisprudence constante des tribunaux pénaux

internationaux en la matière. Elle a recherché, et a insisté pour continuer à rechercher, un critère d'établissement de la preuve trop élevé pour déterminer l'existence d'un génocide ou une complicité de génocide. Selon moi, l'on ne saurait écarter simplement la *mens rea* — comme la Cour l'a fait en l'espèce — en se fondant sur l'adoption *a priori* d'un critère d'établissement de la preuve, tel que celui que la Cour a adopté, parfaitement inopportun pour déterminer la responsabilité de l'Etat pour des violations graves des droits de la personne humaine, individuellement ou en groupes.

468. La Cour ne peut pas se contenter de dire, comme elle le fait dans le présent arrêt, qu'il n'y a pas eu d'intention de détruire dans les atrocités perpétrées, simplement parce qu'elle le déclare⁵⁵². Il s'agit là d'un *diktat*, pas d'une administration appropriée de la preuve. Ce *diktat* va à l'encontre des nombreuses preuves de l'élément matériel (*actus reus*) au sens de la convention sur le génocide (art. II), desquelles l'intention de détruire peut être déduite. Il n'est pas défendable et n'est qu'une pétition de principe militant contre le bon exercice de la fonction judiciaire internationale. *Summum jus, summa injuria* (l'application excessive du droit conduit à l'injustice). L'élément moral (*mens rea*), ou l'intention spécifique (*dolus specialis*), ne peut qu'être déduit d'un certain nombre de facteurs.

469. A mon sens, l'appréciation des preuves ne peut faire abstraction de considérations axiologiques. Les valeurs humaines sont toujours présentes, comme le confirme l'émergence historique du principe, qui se fait jour actuellement, de la conviction intime (*libro convencimiento, libre convencimiento, libero convencimiento*) du juge. Les faits et les valeurs sont indissociables dans l'appréciation des éléments de preuve. C'est sur la base de la conviction intime de chaque juge, autrement dit de la conscience humaine, qu'est déduit l'élément moral (*mens rea*) ou l'intention spécifique (*dolus specialis*) aux fins d'établir la responsabilité pour génocide.

470. En fin de compte, la conscience prime — et l'emporte — sur tout *diktat* intentionnel. Les éléments produits devant la Cour concernent la conduite générale de l'Etat concerné, et pas seulement celle des personnes, dans chaque crime pris séparément. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* contient des preuves irréfutables d'une campagne généralisée et systématique d'extrême violence et de destruction, comme on l'a vu dans le présent exposé.

471. Cette campagne généralisée et systématique d'extrême violence et de destruction recouvre des meurtres de masse, des actes de torture, des

⁵⁵² La Cour a fait la même chose, il y a huit ans, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine* : après avoir estimé qu'il avait été « démontré ... que des meurtres de membres du groupe protégé [avaie]nt été commis de façon massive » (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 154, par. 276), elle a ajouté qu'il n'avait pas été « établi de façon concluante » que ces « meurtres de masse » avaient été commis « avec l'intention spécifique (*dolus specialis*), de la part de leurs auteurs, de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel » (*ibid.*, p. 255, par. 277) — simplement parce qu'elle l'affirmait, sans aucune explication. Voir, de même, par. 440-441 du présent arrêt.

séviés physiques, des viols et d'autres crimes sexuels, des disparitions forcées de personnes, des expulsions de logements et des pillages, des déplacements forcés et des humiliations⁵⁵³ (*supra*). Les faits constitutifs de cette campagne de destruction ont été prouvés, par la jurisprudence internationale et par la mission d'établissement des faits de l'ONU⁵⁵⁴ (*supra*). Même en l'absence d'éléments de preuve directs, l'intention génocidaire (*mens rea*) peut être raisonnablement déduite de cette destruction planifiée et à grande échelle, systématiquement dirigée contre les mêmes groupes visés.

XVI. LA NÉCESSITÉ DE RÉPARATIONS : QUELQUES RÉFLEXIONS

472. La campagne généralisée et systématique de destruction, dans le contexte factuel du cas d'espèce révèle, en fin de compte, la présence perpétuelle du mal, qui semble propre à la condition humaine, à toutes les époques. On peut donc comprendre que la pensée juridique, ainsi que d'autres domaines du savoir (histoire, psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie et théologie), s'y soit intéressée et heurtée, à notre époque comme aux siècles passés. Il en va de même pour la littérature. Cette réflexion pérenne, égrenée au fil des siècles, n'est toutefois pas parvenue à expliquer l'existence du mal.

473. Malgré les efforts déployés tout au long de l'histoire, l'humanité n'a pas été capable de se débarrasser de ce fléau. Comme le passage du temps, la présence perpétuelle du mal reste l'un des mystères qui entoure les êtres humains, où qu'ils soient et tant qu'ils vivent. Quand des individus prétendent soumettre leurs semblables à leur «volonté», en plaçant celle-ci au-dessus de leur conscience, le mal se manifeste inévitablement. Dans l'un des meilleurs ouvrages sur la question du mal, R. P. Sertillanges rappelle que toutes les civilisations sont marquées par la conscience du mal et l'angoisse que celle-ci génère. Cette menace sur l'avenir de l'espèce humaine justifie l'omniprésence d'une telle préoccupation tout au long de l'histoire de la pensée humaine⁵⁵⁵.

474. Les religions ont été les premières à étudier la question du mal, sujet dont la philosophie, l'histoire, la psychologie, les sciences sociales et la littérature se sont ensuite emparées. Tout au long des siècles, l'homme, conscient du monde dans lequel il vit et sans perdre foi en ses valeurs, a toujours ressenti le besoin d'analyser cette question et ses incidences sur les relations humaines⁵⁵⁶. En dépit de cette quête pérenne de réponses à la question du mal — qui remonte au *Livre de Job*, voire à la Genèse

⁵⁵³ Parties IX, X et XI du présent exposé, *supra*.

⁵⁵⁴ Partie IX du présent exposé, *supra*.

⁵⁵⁵ R. P. Sertillanges, *Le problème du mal — l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5-412.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 5-412.

elle-même⁵⁵⁷ —, aucune explication satisfaisante pour tous n'a été trouvée, même par la théologie.

475. Dans une entreprise de dévastation telle que celle du contexte factuel de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*, le préjudice causé à de si nombreuses personnes — des milliers — s'avère irréparable. Il n'y a aucun rétablissement de la situation antérieure (*restitutio in integrum*) possible pour les victimes directes qui sont mortes, et dont le souvenir doit être honoré. Quant aux survivants, les réparations, sous leurs diverses formes, ne peuvent que *soulager* leurs souffrances, qui défient le passage du temps. Pourtant, ces réparations sont indispensables pour leur rendre la vie — ou la survie à des atrocités — supportable. Il faudrait toujours garder ce fait à l'esprit.

476. La recherche de violations de l'article II de la convention sur le génocide (voir *supra*) rend indispensable l'examen de la question des réparations. En effet, au cours de la procédure, chacune des Parties, dans son argumentation écrite et orale, a présenté des demandes de réparation pour le génocide qu'aurait commis l'autre. Les principaux arguments de la Croatie à cet égard figurent dans son mémoire, où elle fait en premier lieu valoir que, bien que la convention ne contienne aucune disposition particulière relative aux conséquences de sa violation par une partie, toute violation d'une obligation internationale entraîne l'obligation de réparer intégralement le préjudice subi. En ce sens, la Croatie a affirmé que, si la Serbie⁵⁵⁸ était reconnue internationalement responsable des violations alléguées de la convention sur le génocide, elle serait tenue de réparer intégralement le préjudice matériel et le préjudice moral occasionnés⁵⁵⁹.

477. La Croatie a demandé à la Cour de réserver la question des réparations «pour une phase ultérieure de la procédure», comme dans des affaires précédentes. Un jugement dans lequel la Cour déclarerait la responsabilité de la Serbie, a-t-elle ajouté, fournirait déjà un premier moyen de satisfaction en soulignant l'importance des obligations imposées par la convention sur le génocide et en réaffirmant la primauté du droit et du respect des droits humains fondamentaux. Pour la Croatie, une telle déclaration «serait également utile aux fins de rétablir la vérité historique» et «contribuerait ainsi à la réconciliation à plus long terme»⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Voir, notamment, M. Neusch, *L'énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, p. 7-193; J. Maritain, *Dio e la Permissione del Male*, 6^e éd., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, p. 9-100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 [réimpr.], p. 11-468; P. Ricœur, *Evil — A Challenge to Philosophy and Theology*, Londres, Continuum, 2007, p. 33-72; P. Ricœur, *Le mal — Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Ed. Labor et Fides, 2004, p. 19-65; C. S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, p. 7-292; A. Morton, *On Evil*, New York/Londres, Routledge, 2004, p. 1-148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2010, p. 1-163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, p. 1-234.

⁵⁵⁸ La RFY, au début de la procédure.

⁵⁵⁹ Mémoire de la Croatie, par. 8.75.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, par. 8.75-8.77.

478. La Croatie a en outre prié la Cour de dire que la Serbie avait l'obligation de prendre toutes les mesures à sa disposition pour fournir immédiatement à la Croatie des informations complètes concernant le lieu où se trouvent les personnes portées disparues, et d'ordonner à la Serbie de restituer les biens culturels dérobés au cours de la campagne génocidaire. Elle a aussi affirmé que, en conséquence de la conduite illicite dont la Serbie s'était rendue responsable, elle était en droit d'obtenir réparation entière pour les préjudices et les pertes occasionnés, en particulier pour les actes illicites liés à la campagne génocidaire serbe, tels que décrits dans son mémoire⁵⁶¹.

479. La Croatie a ajouté qu'une indemnisation était «due pour tous les dommages causés à l'intégrité physique et morale et au bien-être des citoyens de la Croatie». Elle a ensuite conclu que, «dans une affaire relative à un génocide ayant entraîné un nombre considérable de victimes et une misère humaine indicible», la réparation sous forme de restitution n'effacera jamais les conséquences de l'acte illicite; elle a donc demandé aussi satisfaction pour les préjudices subis⁵⁶². Enfin, dans ses conclusions finales lues à la fin de sa plaidoirie, elle a réitéré sa demande de réparation⁵⁶³.

480. La Serbie, de son côté, a répondu brièvement à ces arguments relatifs à la réparation en faisant d'abord valoir qu'ils étaient hypothétiques car, selon elle, sa responsabilité pour génocide ne saurait être engagée. En ce qui concerne la demande de compensation lorsque la restitution en nature est impossible, elle a affirmé que la Croatie cherchait à obtenir réparation pour tous les dommages qui auraient pu être causés par la guerre sur son territoire. Elle a ajouté que les demandes de réparation de la Croatie ne relevaient pas de la compétence de la Cour, qui se limitait exclusivement aux éventuelles violations de la convention sur le génocide⁵⁶⁴.

481. La Serbie a aussi soumis une demande de réparation dans le cadre de sa demande reconventionnelle, comme indiqué dans son contre-mémoire. Elle a prié la Cour de dire et juger qu'il incombait à la Croatie de «réparer les conséquences des faits internationalement illicites qui lui sont imputables», et en particulier d'indemniser pleinement les victimes de l'ensemble des dommages et des pertes causés par les actes de génocide⁵⁶⁵. Elle a réitéré cette demande dans les conclusions finales concernant sa demande reconventionnelle lues à la fin de sa plaidoirie⁵⁶⁶.

482. Il importe de rappeler que les deux Parties ont demandé que les réparations pour les actes allégués de génocide soient déterminées par la Cour dans une phase ultérieure de la procédure. Selon moi, en ce qui concerne la demande de la Croatie, la Cour aurait dû juger, pour les raisons exprimées dans le présent exposé, que des actes de génocide ont été commis. En conséquence, elle aurait dû prendre en considération la demande de réparation de la Croatie et réserver la détermination de ces

⁵⁶¹ Mémoire de la Croatie, par. 8.78-8.79. Voir aussi requête introductive d'instance, p. 18-20; mémoire de la Croatie, p. 414, et réplique de la Croatie, p. 472.

⁵⁶² Mémoire de la Croatie, par. 8.80-8.84.

⁵⁶³ Voir CR 2014/21, p. 40-41.

⁵⁶⁴ Contre-mémoire de la Serbie, par. 1059-1068.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 471; voir aussi duplique de la Serbie, p. 322.

⁵⁶⁶ CR 2014/24, p. 64.

réparations à une phase distincte de la procédure dans la présente affaire, comme cela avait été souhaité par le demandeur.

483. A cet égard, il convient de rappeler que, dans la récente affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour a examiné, pendant la phase relative au fond, les violations des conventions internationales relatives aux droits de l'homme invoquées par la Guinée⁵⁶⁷. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 30 novembre 2010, elle a jugé que la République démocratique du Congo avait manqué à certaines obligations énoncées par ces conventions, à savoir les articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en sus du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires⁵⁶⁸. La Cour a donc dit ce qui suit, au sujet de la réparation :

«Au vu des circonstances propres à l'espèce, en particulier du caractère fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme qui ont été violées et de la demande de réparation sous forme d'indemnisation présentée par la Guinée, la Cour est d'avis que, outre la constatation judiciaire desdites violations, la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation.»⁵⁶⁹

484. A cet égard, la Cour a réservé la question de l'indemnisation du préjudice subi par M. A. S. Diallo à une phase ultérieure de la procédure⁵⁷⁰, dans laquelle elle a statué sur la question de l'indemnisation due par la République démocratique du Congo à la Guinée au titre des préjudices subis par la victime, M. A. S. Diallo, et elle a rendu son arrêt le 19 juin 2012⁵⁷¹. Dans l'exposé de mon opinion individuelle (par. 1-101), j'ai approfondi cette question et fait valoir, notamment, que le bénéficiaire ultime des réparations ordonnées par la Cour était la personne victime, et non son Etat de nationalité.

485. Dans le présent arrêt relatif à l'*Application de la convention sur le génocide*, opposant la Croatie à la Serbie, si la Cour avait conclu — ce qu'elle n'a malheureusement pas fait — que l'Etat défendeur avait violé la Convention, elle aurait dû ouvrir une phase ultérieure de la procédure pour le règlement des réparations (sous leurs diverses formes) dues, en fin de compte, aux victimes (êtres humains) elles-mêmes. Au cours des dernières années, les problèmes posés par la détermination des réparations

⁵⁶⁷ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 639.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, par. 73-74, 85 et 97.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, par. 161.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 693, points 7-8 du dispositif.

⁵⁷¹ Voir C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 324.

dans les situations les plus complexes ont commencé à attirer l'attention des théoriciens; pourtant, aussi étonnant que cela puisse paraître, ce domaine du droit international n'en est encore qu'à ses débuts.

XVII. LA DIFFICILE VOIE DE LA RÉCONCILIATION

486. Dans les conflits violents qui forment le contexte factuel de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, les nombreuses atrocités commises (torture et meurtres de masse, violence extrême dans les camps de concentration, viols et autres violences sexuelles, disparitions forcées de personnes, expulsions et déportations, conditions d'existence insupportables et humiliations de toutes sortes, entre autres), outre qu'elles ont fait des milliers de victimes, ont généralisé la haine et décomposé les milieux sociaux. Les conséquences à long terme sont, comme on pouvait s'y attendre, désastreuses, compte tenu du ressentiment transmis d'une génération à l'autre.

487. Il importe donc d'avancer dans la difficile voie de la réconciliation. Selon moi, il est tout d'abord nécessaire de reconnaître que, en fin de compte, une campagne de destruction systématique et générale brise aussi bien les opprimés (victimes) que les oppresseurs (agresseurs). De l'époque de l'*Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, les effets de la guerre et de la destruction ont toujours averti les hommes de la pérennité du mal qui accompagne l'humanité, et, pourtant, les leçons du passé n'ont pas été retenues.

488. Dans un essai pénétrant (1934), Simone Weil, l'une des grandes penseuses du siècle dernier, a appelé l'attention sur les exigences totalement injustes de la lutte pour le pouvoir, qui en fin de compte fait de tous des victimes. De l'*Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, les individus, endoctrinés et conditionnés pour la guerre et la destruction, sont devenus des objets de la lutte pour la domination. C'est à ce moment-là que se produit «le retournement entre fin et moyens», qui fait des humains de simples moyens pouvant être sacrifiés; les individus deviennent incapables de penser et s'abandonnent entièrement à «une collectivité aveugle», luttant pour le pouvoir (la fin)⁵⁷².

489. La distinction entre «opresseurs et opprimés», observe avec sagacité S. Weil, est bien près de perdre sa signification compte tenu de l'«impuissance» de tous les hommes devant la «machine sociale» à écraser les esprits et à fabriquer de l'inconscience⁵⁷³. Les conséquences, comme le montre la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* opposant la Croatie à la Serbie, sont désastreuses, et, comme je viens de le souligner, génèrent un ressentiment de longue durée.

⁵⁷² S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opression Social*, Barcelone, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82, 84 et 130.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 130-131; S. Weil, *Reflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, p. 124-125, et voir p. 114-115 et 144.

490. L'étape suivante dans la difficile voie de la réconciliation consiste à accorder aux victimes une réparation sous toutes ses formes. Les réparations (voir plus haut) sont, selon moi, indispensables pour avancer dans cette longue et difficile voie, après la tragédie des guerres qui ont déchiré l'ex-Yougoslavie dans les années 1990. Outre la reconnaissance judiciaire (jugement déclaratif) des violations de la convention sur le génocide, d'autres mesures permettent d'y parvenir.

491. A cet égard, qu'il me soit permis de souligner que lors de l'audience publique du 10 mars 2014, dans un moment de grâce de la longue procédure orale en la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*, l'agent de la Serbie a pris l'initiative louable de faire la déclaration suivante :

« Au nom du Gouvernement et du peuple de la République de Serbie, je tiens à réitérer l'expression de nos sincères regrets envers l'ensemble des victimes de la guerre et des crimes commis au cours du conflit armé en Croatie, indépendamment de la qualification juridique de ces crimes qui pourra être retenue et de l'origine ethnique et nationale des victimes. Pour chacune de celles-ci, le devoir de mémoire doit être pleinement honoré. »⁵⁷⁴

492. La voie de la réconciliation est à l'évidence difficile, après la dévastation des guerres dans les Balkans. Il ne fait aucun doute que les Parties en ont bien conscience. Lors de la même audience publique, l'agent de la Serbie a aussi déclaré ce qui suit :

« Les affaires auxquelles la Serbie s'est trouvée partie étaient d'une gravité exceptionnelle : elles étaient le résultat des conflits dont l'ex-Yougoslavie avait été le théâtre dans les années 1990, qui ont eu des conséquences tragiques pour l'ensemble des peuples qu'elle abritait, et soulevé d'importantes questions de responsabilité de l'Etat. La présente instance est la dernière de cette série. Dans cette affaire, la Serbie espère — davantage encore que dans les précédentes — que les souffrances du peuple serbe se verront elles aussi accorder toute l'attention voulue, qu'il en sera pris acte et que des remèdes seront ordonnés.

Aujourd'hui, nul n'ignore que le conflit en Croatie a donné lieu à de graves violations du droit international humanitaire. Nul doute que les Croates ont beaucoup souffert. La présente affaire nous donne l'occasion de nous remémorer la tragédie qu'ils ont vécue... Cependant, la guerre en Croatie a aussi été source de terribles souffrances pour les Serbes... »⁵⁷⁵

493. La Croatie, de son côté, fait valoir que l'un des remèdes qu'elle sollicite est la restitution des dépouilles aux familles⁵⁷⁶. Elle affirme que 840 corps au moins⁵⁷⁷ sont toujours portés disparus à la suite des actes

⁵⁷⁴ CR 2014/13, par. 5.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, par. 2-3.

⁵⁷⁶ Mémoire de la Croatie, par. 1.10 et 1.37.

⁵⁷⁷ CR 2014/5, par. 6.

génocidaires que les forces serbes auraient commis. Elle soutient que la Serbie n'a pas fourni l'assistance requise pour continuer à chercher ces dépouilles et les identifier. L'identification et la restitution de tous les corps par chacune des Parties reste encore une autre étape importante dans la voie de la réconciliation. J'ose nourrir l'espoir que le présent exposé peut d'une certaine façon, même modestement, servir l'objectif de la réconciliation.

XVIII. OBSERVATIONS FINALES : LA NÉCESSITÉ DE S'ATTAQUER
GLOBALEMENT À TOUS LES ASPECTS DU GÉNOCIDE
EN VERTU DE LA CONVENTION DE 1948

494. Contrairement à ce que les disciples contemporains de Jean Bodin et de Thomas Hobbes souhaitent peut-être continuer de penser, le Palais de la Paix à La Haye n'a pas été construit et inauguré il y a un siècle pour demeurer un sanctuaire de la souveraineté de l'Etat. Il était destiné à devenir un sanctuaire de la justice internationale, non de la souveraineté de l'Etat. Même si le mécanisme de règlement des différends par la Cour permanente de Justice internationale/Cour internationale de Justice est resté strictement inter-étatique, par force d'inertie mentale, le caractère et les sujets de certaines procédures engagées devant la Cour de La Haye au cours des neuf décennies passées ont obligé celle-ci à dépasser la stricte conception interétatique⁵⁷⁸. Le caractère artificiel de cette conception reposant sur un dogme déjà ancien du passé a donc souvent été mis en évidence, et l'est de plus en plus.

495. Ces dernières années, la Cour a dû dépasser cette conception rigide dans un nombre croissant d'affaires contentieuses⁵⁷⁹. Il en a été de même dans les deux avis consultatifs qu'elle a récemment donnés⁵⁸⁰. Il y a cinq ans, par exemple, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif de la Cour concernant la *Conformité au droit*

⁵⁷⁸ Pour cette question, voir A. A. Cançado Trindade, « A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo », *O Direito Internacional e o Primado da Justiça* (dir. publ., A. A. Cançado Trindade et A. C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, p. 3-89, en part. p. 18-20, 46-47, 51, 64 et 68.

⁵⁷⁹ Par exemple, l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (2009-2012), ayant trait au principe de la compétence universelle en vertu de la convention des Nations Unies contre la torture; l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (1998-2012) concernant la détention et l'expulsion d'un étranger; l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* (2008-2012); l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (2008-2011); l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (*Camboge c. Thaïlande*) (2011-2013).

⁵⁸⁰ Concernant la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (2010), et le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole* (2012), respectivement.

internationale de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo (22 juillet 2010), il m'a semblé utile de mettre en garde contre les lacunes de la stricte conception interétatique (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 599, par. 191) et j'ai souligné qu'il était nécessaire, face à une crise humanitaire dans les Balkans, de s'intéresser en priorité aux *personnes* ou à la *population concernée* (*ibid.*, par. 53, 65-66, 185 et 205-207), en appliquant une conception humaniste (*ibid.*, par. 75-77 et 190) et à la lumière du principe d'humanité (*ibid.*, par. 211)⁵⁸¹.

496. La présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* montre une nouvelle fois, de manière encore plus convaincante, qu'il faut impérativement dépasser la conception interétatique dogmatique et stricte, et s'en éloigner. En effet, la convention de 1948 sur le génocide — adoptée à la veille de la Déclaration universelle des droits de l'homme — est non pas *axée* sur l'Etat, mais sur la *personne*. Elle ne peut pas être interprétée et appliquée correctement selon une conception stricte centrée sur l'Etat et donnant la priorité à la susceptibilité des Etats. C'est aux *justiciables*, aux victimes — réelles et potentielles — qu'il convient de continuer d'accorder la priorité pour rendre la justice en vertu de la convention sur le génocide.

1. *Appréciation des éléments de preuve et détermination des faits*

497. Je regrette donc de ne pouvoir en aucune façon souscrire au raisonnement de la Cour dans le cas d'espèce, ni à sa conclusion quant aux prétentions du demandeur. Tout d'abord, la Cour a procédé à une *appréciation des éléments de preuve* et une *détermination des faits* fragmentaires et non exhaustives. Elle a choisi certaines municipalités (voir arrêt, par. 203) et décrit brièvement quelques-uns des événements qui y sont survenus. Son examen des faits est plutôt aseptisé⁵⁸². Comme on pouvait s'y attendre, elle ne reconnaît pas que les atrocités commises, prises dans leur ensemble, constituent une campagne systématique et générale.

498. La Cour a relevé les atrocités — telles que les exécutions sommaires et les décapitations — perpétrées à Vukovar et aux environs, reconnues par le défendeur (*ibid.*, par. 212-224). Elle a pris note de massacres commis, notamment à Lovas (*ibid.*, par. 231-240) et à Bogdanovci, que la Serbie a reconnus (*ibid.*, par. 225-230). Elle a aussi pris note d'autres massacres, notamment ceux commis à Saborsko (*ibid.*, par. 268-271), à Poljanak (*ibid.*, par. 272-277) et à Hrvatska Dubika et ses environs (*ibid.*, par. 257-261). Pourtant, ce n'est là qu'une partie limitée des atrocités qui ont été perpétrées dans le cas d'espèce.

⁵⁸¹ Dans la même opinion individuelle, j'ai aussi appelé l'attention sur l'élargissement de la personnalité et de la capacité juridiques internationales, ainsi que de la responsabilité internationale (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 617, par. 239), en droit international contemporain.

⁵⁸² Dans mon opinion individuelle (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 610, par. 219) jointe à l'avis consultatif de la Cour concernant la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, j'avais déjà mis en garde contre les dangers d'un examen aseptisé des faits.

499. Outre les localités citées par la Cour dans le présent arrêt, de nombreuses autres — dans les régions de Slavonie orientale, de Slavonie occidentale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika et de Dalmatie — dans lesquelles des atrocités ont été commises et qui ont été portées à l'attention de la Cour par la Croatie n'ont pas été mentionnées ou examinées expressément dans le présent arrêt. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la Cour, sans expliquer suffisamment pourquoi elle a choisi de ne retenir que certains faits, ne conclue pas qu'une campagne de destruction générale et systématique a été menée dans l'intention de dévaster.

500. Dans le présent arrêt, la Cour note que le TPIY a conclu (dans ses jugements *Mrkšić, Radić et Sljivančanin* [«hôpital de Vukovar»] (2007), *Martić* (2007) et *Stanišić et Simatović* (2013)) ce qui suit :

«A partir de l'été 1991, la JNA et des forces serbes ont commis de nombreux crimes (meurtres, torture, mauvais traitements et déplacement forcé, entre autres) contre des Croates dans les régions de Slavonie orientale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika et de Dalmatie.» (Arrêt, par. 208.)

Pourtant, en dehors des meurtres de masse, la Cour n'a pas reconnu que d'autres crimes ont aussi été commis à grande échelle, dans le cadre d'une campagne de destruction générale et systématique. Parfois, elle minimise l'ampleur de crimes tels que les viols et autres actes de violence sexuelle (*ibid.*, par. 364), les expulsions des logements et les déplacements forcés (*ibid.*, par. 376), les privations alimentaires et la privation de soins médicaux (*ibid.*, par. 366 et 370).

501. Même un tribunal pénal international comme le TPIY, chargé de déterminer la responsabilité pénale internationale des individus, a veillé à examiner l'ensemble des éléments de preuve pour apprécier l'intention génocidaire. Dans l'arrêt qu'il a rendu récemment en l'affaire *Karadžić* (arrêt du 11 juillet 2013), il a dit ce qui suit :

«Au lieu de se demander si un accusé était animé de l'intention de détruire un groupe protégé au travers de chacun des actes de génocide pertinents, une chambre de première instance devrait examiner si tous les éléments de preuve, pris ensemble, établissent l'existence d'une intention génocidaire.» (Par. 56.)

502. Le TPIY a en outre affirmé, dans la même affaire, que, «de par sa nature même, l'intention génocidaire est généralement difficile à établir de façon directe» (TPIY, *Karadžić*, arrêt du 11 juillet 2013, par. 80). Cela étant, a-t-il ajouté,

«en l'absence de preuve directe, l'intention génocidaire peut se déduire d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités

commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires ou l'existence d'un plan ou d'une politique» (TPIY, *Karadžić*, arrêt du 11 juillet 2013, par. 80).

503. Avoir à déterminer la responsabilité internationale des Etats — tâche qui incombe à la Cour — justifie d'autant plus que l'on prenne en considération l'ensemble des éléments de preuve. Les tribunaux internationaux contemporains chargés des droits de l'homme — à qui il incombe aussi de déterminer la responsabilité internationale des Etats — savent bien, par expérience, que les Etats défendeurs ont tendance à garder le monopole des preuves des atrocités qui leur sont imputables.

504. L'on ne s'étonnera donc pas que, dans leur jurisprudence en constante évolution — mentionnée par les Parties, mais complètement méconnue par la Cour dans son arrêt en l'espèce —, les juridictions internationales des droits de l'homme aient à juste titre évité de fixer un critère élevé d'établissement de la preuve et aient appliqué les principes de la répartition de la charge de la preuve, ou de son renversement⁵⁸³. Pour déterminer les faits dans les affaires de ce type (portant sur des infractions graves), ils ont gardé une conscience aiguë de la primauté des droits fondamentaux inhérents aux êtres humains sur la susceptibilité des Etats. Après tout, la raison d'humanité l'emporte sur la raison d'Etat.

505. Dans le présent arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à l'*Application de la convention contre le génocide*, la Cour n'a vu que ce qu'elle voulait bien voir (c'est-à-dire pas grand-chose), en essayant de faire croire que les groupes visés avaient été simplement forcés de quitter le territoire revendiqué comme serbe (par. 426, et voir par. 435). Comme si elle tentait de se convaincre elle-même de l'absence d'intention génocidaire, elle a en outre relevé — faisant sien l'argument de la Serbie⁵⁸⁴ — que le procureur du TPIY n'avait jamais inculpé d'individus pour génocide dans le contexte du conflit armé qui s'est déroulé sur le territoire de la Croatie entre 1991 et 1995 (arrêt, par. 440).

506. Cela n'a cependant absolument aucune incidence sur la responsabilité de l'Etat. D'autres individus que ceux qui ont été inculpés auraient pu, en tant qu'agents de l'Etat, être responsables; les actes d'accusation peuvent être confirmés (comme dans l'affaire *Karadžić*, à la mi-2013) de manière à comprendre le génocide; et, dans ses actes d'accusation, le procureur exerce un pouvoir *discrétionnaire*, car son statut est parfaitement distinct de celui de juges internationaux. En tout état de cause, en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat, comme je l'ai déjà souligné, le critère d'établissement de la preuve n'est pas le même que celui appliqué à la responsabilité pénale individuelle.

⁵⁸³ Voir partie VII du présent exposé, *supra*.

⁵⁸⁴ Voir contre-mémoire de la Serbie, par. 944.

507. Même si nous ne connaissons pas, et ne connaissons jamais, le nombre total de victimes violées ou torturées (elles ont été nombreuses), tous les faits, pris ensemble, mettent en évidence, selon moi, une campagne de destruction générale et systématique, au sens de la convention sur le génocide, comme le montre cet exposé. Ce sont des *faits de notoriété publique* (*facts of common knowledge*/ *fatos de conhecimento público e notoriolhechos de conocimiento público y notoriolfatti notori [di comune esperienza]*) qui n'ont pas besoin, dans le cadre de la responsabilité de l'Etat, d'être examinés à l'aune d'un critère élevé d'établissement de la preuve qui prive la convention sur le génocide de son effet utile.

2. Cadre théorique et raisonnement juridique

508. Le *cadre théorique* de la Cour et son *raisonnement juridique* sont tout aussi fragmentaires et non exhaustifs. Tout d'abord, la Cour fait une lecture aussi restrictive que possible des catégories d'actes de génocide réprimés par la convention sur le génocide (art. II). En outre, elle envisage séparément les éléments interdépendants que sont l'*actus reus* et la *mens rea* du génocide, en appliquant un critère élevé d'établissement de la preuve qui ne trouve aucun pendant dans la jurisprudence en évolution constante émanée des tribunaux pénaux internationaux et des juridictions internationales des droits de l'homme. Cela finit, malheureusement, par faire de la détermination de la responsabilité de l'Etat en vertu de la convention sur le génocide une tâche presque impossible, et de la Convention elle-même presque une lettre morte. La voie est donc ouverte à l'absence de conséquences juridiques et à l'impunité des atrocités commises.

509. Le cadre théorique et le raisonnement juridique de la Cour sont aussi fragmentaires dans la façon qu'elle a d'appréhender chaque branche du droit international en tant que telle, même celles qui établissent des régimes de protection des droits de la personne humaine, à savoir le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés. La Cour insiste donc sur une démarche qui envisage même le droit international humanitaire et le droit pénal international de manière distincte et cloisonnée.

510. Dans son insistance à appliquer cette démarche cloisonnée, par exemple lorsqu'elle sépare la convention sur le génocide du droit international humanitaire (arrêt, par. 153), la Cour ne voit pas que la Convention, qui est un traité relatif aux droits de l'homme (comme cela est généralement reconnu), converge avec les instruments internationaux qui forment le *corpus juris* des droits de l'homme, et qu'ils s'appliquent tous pour déterminer la responsabilité de l'Etat. Certaines violations graves du droit international humanitaire peuvent être en même temps des violations de la convention sur le génocide.

511. Cette démarche cloisonnée me paraît à plusieurs égards statique et antihistorique, en ce qu'elle ne saisit pas l'évolution de la pensée juridique internationale à l'œuvre dans l'élargissement considérable, tout au long des dernières décennies, de la personnalité et de la capacité juridiques

internationales, ainsi que de la responsabilité internationale — caractéristique remarquable du *jus gentium* contemporain. Contrairement à ce que dit la Cour dans le présent arrêt, il existe, selon moi, des points de rapprochement et de convergence entre les trois branches de la protection des droits de la personne humaine (droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international des réfugiés)⁵⁸⁵ et le droit pénal international contemporain.

512. En outre, le droit international des réfugiés contemporain traite aussi de la situation des victimes. La convention sur le génocide, de son côté, en ce qu'elle fait une large place au *facteur humain*, s'attache de la même façon aux *victimes* de l'extrême cruauté humaine. Elle n'est pas séparée (comme la Cour en fait l'hypothèse) des autres branches de la sauvegarde des droits de la personne humaine; elle converge au contraire avec elles, en cherchant à protéger la dignité humaine. Elle atteste, en elle-même, les points de rapprochement ou de convergence entre le droit pénal international et le droit international des droits de l'homme.

513. Enfin, le raisonnement de la Cour est aussi fragmentaire dans le contre-pied qu'il prend du droit international humanitaire coutumier aussi bien que conventionnel (arrêt, par. 79 et 88-89, *supra*). Selon moi, c'est dans leur interaction qu'il faut envisager le droit international humanitaire coutumier et le droit international humanitaire conventionnel, qui ne doivent pas être séparés l'un de l'autre, comme la Cour cherche à le faire. Après tout, il n'y a pas de violation des dispositions de fond de la convention sur le génocide qui ne soit en même temps une violation du droit international coutumier sur la question. La démarche cloisonnée de la Cour, en outre, ne reconnaît pas l'importance majeure — pour le droit international conventionnel aussi bien que coutumier — des principes généraux du droit, et en particulier le principe d'humanité.

514. La détermination de la responsabilité de l'Etat pour génocide impose une démarche globale, et non une démarche cloisonnée comme celle adoptée par la Cour. Ainsi que je l'ai souligné plus haut dans le présent exposé, la convention sur le génocide est généralement considérée comme faisant partie des traités relatifs aux droits de l'homme, lesquels ont une herméneutique qui leur est propre (par. 32) et sont assortis d'un mécanisme de garantie collective (par. 29). L'herméneutique correcte de la convention sur le génocide impose, à mon sens, nécessairement une interprétation d'ensemble, et non une interprétation morcelée ou fragmentaire, comme celle qu'a faite la Cour dans le présent arrêt ainsi que dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine*.

515. Chaque instrument international est un produit de son temps et remplit sa fonction dans le temps en étant considéré comme un « texte vivant ». J'ai pris soin de traiter en détail ce point particulier au sujet des traités relatifs aux droits de l'homme dans le long exposé de l'opinion individuelle (par. 167 à 185) que j'ai joint à l'arrêt rendu par la Cour le

⁵⁸⁵ Par. 58, 60, 64, 69, 79 et 84, *supra*.

1^{er} avril 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* (C.I.J. Recueil 2011 (I)).

516. Dans cet exposé, j'ai mis en garde contre le choix qu'a fait la Cour dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* — et qui informe également le présent arrêt (par. 85) et l'arrêt de 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine* — d'attribuer une importance déterminante au consentement de l'Etat concerné, en le « plaçant [malheureusement] ... bien au-dessus des impératifs de réalisation de la justice au niveau international » (C.I.J. Recueil 2011 (I), par. 44). La CERD, comme d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, ai-je poursuivi, prescrit des obligations « d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement », et qui montrent que, dans ce domaine de protection, le droit international semble être, davantage que volontaire, « effectivement nécessaire » (*ibid.*, par. 63 et 72). Les droits protégés et les valeurs humaines fondamentales sont au-dessus des « intérêts » ou de la « volonté » de l'Etat (*ibid.*, par. 139 et 162).

517. L'herméneutique correcte des traités relatifs aux droits de l'homme, ai-je ajouté dans le même exposé, doit s'écarter d'une « perspective volontariste strictement centrée sur les Etats » et cesser « d'exalter le consentement des Etats », et s'appuyer sur les principes fondamentaux (*prima principia*) tels que le principe d'humanité, qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire, du droit international des réfugiés et du droit pénal international (*ibid.*, par. 209-212). Ces *prima principia* confèrent à l'ordre juridique international « sa dimension axiologique inévitable » ; ils sous-tendent l'ordre juridique international en exprimant l'idée d'une justice *objective*, propre au droit naturel (*ibid.*, par. 213).

518. C'est seulement ainsi, ai-je ajouté, que nous pouvons nous conformer à l'« impératif de *réalisation de la justice* au niveau international », en reconnaissant que « *la conscience l'emporte sur la volonté* » (*ibid.*, par. 214). Et j'ai fait la mise en garde suivante :

« La Cour ne peut demeurer l'otage du consentement des Etats. Elle ne peut continuer de rechercher instinctivement ce consentement, ... au point de perdre de vue l'impérieuse nécessité de rendre la justice. Le consentement d'un Etat se manifeste au moment où celui-ci décide de devenir partie à un traité — comme l'instrument de défense des droits de l'homme en question dans la présente affaire, la CIEDR. L'interprétation et la bonne application de cet instrument ne peuvent être systématiquement assujetties à une recherche continuelle du consentement de l'Etat. Cela rendrait injustement le traité lettre morte ; or, les instruments de défense des droits de l'homme, et *a fortiori* l'esprit qui les anime, sont censés être vivants. » (*Ibid.*, par. 198.)

519. Dans le présent arrêt, la Cour passe une nouvelle fois à côté de l'essentiel et ne sert pas la convention sur le génocide. Dans une affaire

relative à l'interprétation et l'application de cette Convention, la Cour fait même appel au « principe » dit de l'*Or monétaire*⁵⁸⁶, qui n'a pas sa place ici et qui ne relève pas des *prima principia*, n'étant rien de plus qu'une concession faite au consentement de l'Etat au titre d'une idée dépassée de l'Etat volontariste. Compte tenu de la persistance de cette conception, je me demande si la convention sur le génocide a même un avenir...

520. La convention, qui est essentiellement *axée sur les personnes*, aura un avenir si la priorité est dûment accordée à sa raison d'être, son objet et son but, en gardant à l'esprit la règle *ut res magis quam valeat pereat*, de façon à garantir ses effets appropriés (effet utile) et, en fin de compte, la réalisation de la justice. Depuis quelque temps déjà, l'attention a été appelée sur les lacunes de la convention sur le génocide telle qu'elle a été rédigée, à savoir: *a*) le rétrécissement de son champ d'application, à l'exclusion du génocide culturel et du massacre de groupes politiques et sociaux; *b*) l'attention bien moindre portée à la prévention du génocide par rapport à sa répression⁵⁸⁷; *c*) l'affaiblissement des dispositions relatives à sa mise en œuvre, le souci de la souveraineté de l'Etat l'emportant sur celui de la protection contre le génocide⁵⁸⁸.

521. De l'adoption de la Convention en 1948 à nos jours, la vulnérabilité ou l'impuissance des groupes visés a persisté, de même que la réticence des Etats à traiter cette question et à les protéger contre le génocide conformément à la Convention. Cela montre, comme je l'ai déjà souligné dans le présent exposé, qu'il est à l'évidence inapproprié d'envisager le génocide dans une perspective interétatique stricte, en faisant preuve d'une déférence indue à l'égard de la souveraineté de l'Etat. Après tout, la convention sur le génocide est *axée sur l'être humain*.

522. Le génocide, qui se produit au niveau intra-étatique, exige un point de vue axé sur l'être humain et mettant l'accent sur les victimes, qui sont dans une situation d'extrême vulnérabilité. Parmi les spécialistes du génocide, certains sont assez sensibles pour soutenir une conception générique qui ne laisse sans protection aucun segment des victimes de « guerres génocidaires » ou de « massacres génocidaires »⁵⁸⁹, en allant même au-delà

⁵⁸⁶ Même si c'est seulement pour l'écarter (arrêt, par. 116).

⁵⁸⁷ Telle que transposée, historiquement, du droit interne dans le droit pénal international.

⁵⁸⁸ Voir L. Kuper, *International Action against Genocide*, Londres, Minority Rights Group (Report n° 53), 1982, p. 9, 11 et 13-14; G. J. Andreopoulos, « Introduction: The Calculus of Genocide », *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions* (dir. publ., G. J. Andreopoulos), Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 2-3 et 6-17; M. Lippman, « Genocide: The Crime of the Century — The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium », *Houston Journal of International Law* (2001), n° 23, p. 477-478, 487, 503-506, 523-526 et 533.

⁵⁸⁹ Voir, par exemple, L. Kuper, « Other Selected Cases of Genocide and Genocidal Massacres: Types of Genocide », *Genocide — A Critical Bibliographic Review* (dir. publ., I. W. Charny), Londres, Mansell Publ., 1988, p. 155-171; L. Kuper, « Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses », *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, *op. cit. supra* note 588, p. 32-37 et 44; I. W. Charny, « Toward a Generic Definition of Genocide », *ibid.*, p. 64-78, 84-85 et 90-92.

de la convention sur le génocide. Je ne m'étendrai pas ici sur cette conception, ou définition, générique; je me concentre, plus spécifiquement, sur une conception globale, que je défends, du génocide *au sens de la Convention de 1948*.

523. Cette conception globale tient dûment compte de l'*intégralité du contexte factuel* de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, et pas uniquement, comme l'a fait la majorité de la Cour, d'un nombre limité d'événements choisis dans certaines municipalités. Ce contexte factuel pris dans son intégralité met clairement en évidence, à mon sens, l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique; il semble poser problème à la majorité de la Cour, qui tantôt le minimise, tantôt l'ignore complètement. Tout ce qui précède, selon moi, impose en outre un examen global plutôt que fragmentaire, fidèle à la pensée humaniste et soucieux du principe d'humanité⁵⁹⁰ qui imprègne l'ensemble du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire, du droit international des réfugiés et du droit pénal international, y compris la convention sur le génocide.

524. Il ressort de toutes les considérations qui précèdent que mon point de vue est clairement à l'opposé de celui adopté par la majorité de la Cour en ce qui concerne les points susmentionnés — intéressant l'appréciation des preuves et le fond — qui font l'objet du présent arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*. Ma position dissidente est fondée non seulement sur l'appréciation des arguments présentés à la Cour par les deux Parties (la Croatie et la Serbie), mais aussi et avant tout sur des principes et des valeurs fondamentales auxquelles j'attache plus d'importance encore. Je me suis donc senti tenu, dans le fidèle exercice de la fonction judiciaire internationale, d'expliquer dans le présent exposé les fondements de ma dissidence en l'espèce.

XIX. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATIF

525. Il me semble indiqué, à ce stade, de récapituler à titre d'épilogue tous les points de ma position dissidente que j'ai exposés jusqu'ici, par souci de clarté et pour bien montrer qu'ils sont liés les uns aux autres. *Primus*: La longueur des délais — comme celui, sans précédent, de seize ans en l'espèce — dans le règlement international de ce type d'affaires est déplorable, en particulier du point de vue des victimes; paradoxalement, plus les violations du droit international sont graves, plus il semble long et difficile de rendre la justice.

526. *Secundus*: Dans la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, celle-ci ne saurait se défausser de sa responsabilité sur un Etat défunt; il y a continuité des personnels chargés des politiques et des pratiques dans la période considérée (depuis 1991). *Tertius*: La convention de 1948

⁵⁹⁰ Voir partie V du présent exposé, *supra*.

sur le génocide étant un traité relatif aux droits de l'homme (qualité qui lui est généralement reconnue), le droit régissant la succession d'Etats aux traités relatifs aux droits de l'homme s'applique (la succession étant *ipso jure*). *Quartus*: Il ne saurait y avoir d'interruption dans la protection accordée aux groupes humains par la convention sur le génocide dans une situation où la dissolution d'un Etat donne lieu à des violences, alors que cette protection est la plus nécessaire.

527. *Quintus*: Dans ce type de situation, la succession d'Etats à la convention sur le génocide est automatique et celle-ci reste applicable, car à défaut elle serait privée de son effet utile. *Sextus*: Une fois la compétence de la Cour établie lors de l'introduction de l'instance, aucune caducité ultérieure de l'instrument établissant sa juridiction et aucun changement d'attitude ultérieur de l'Etat concerné n'emporte d'effet sur ladite compétence. *Septimus*: La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme est reconnue dans la pratique des organes des Nations Unies chargés de la surveillance des droits de l'homme.

528. *Octavus*: L'essence de la présente affaire est constituée de questions matérielles qui concernent l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide, et non de question de compétence/recevabilité, comme les Parties l'ont elles-mêmes reconnu au cours de la procédure. *Nonus*: La succession automatique à la convention sur le génocide et la continuité des obligations découlant de celle-ci sont un impératif d'humanité, propre à garantir la protection des groupes humains au moment où ils en ont le plus besoin.

529. *Decimus*: Le principe d'humanité imprègne l'ensemble de la convention sur le génocide, qui est essentiellement *axée sur les personnes*; il imprègne tout le *corpus juris* de la protection des êtres humains, qui est essentiellement *axé sur les victimes*, et comprend aussi le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, en plus du droit pénal international contemporain. *Undecimus*: Le principe d'humanité a une incidence avérée sur la protection des êtres humains, en particulier lorsque ceux-ci sont *vulnérables ou sans défense*.

530. *Duodecimus*: La Charte elle-même proclame la volonté des Nations Unies de faire respecter les droits de l'homme partout dans le monde; le principe d'humanité, inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste (*recta ratio*), imprègne de la même façon le droit des Nations Unies. *Tertius decimus*: Le principe d'humanité, en outre, a été pleinement reconnu sur le plan judiciaire, par les juridictions internationales des droits de l'homme comme par les tribunaux pénaux internationaux contemporains.

531. *Quartus decimus*: L'établissement de la responsabilité de l'Etat en vertu de la convention sur le génocide ne répond pas seulement à l'intention des rédacteurs de la Convention (comme il ressort de ses travaux préparatoires), mais correspond aussi à la raison d'être, au but et à l'objet de ladite Convention. *Quintus decimus*: La convention sur le génocide entend prévenir et réprimer le crime de génocide — qui est contraire à

l'esprit et aux buts des Nations Unies — afin de délivrer l'humanité de ce fléau. Essayer de rendre son application impossible risque d'aboutir à ce que, vidée de son sens, elle devienne lettre morte.

532. *Sextus decimus*: Les juridictions internationales des droits de l'homme (CIDH et CEDH), dans leur jurisprudence, n'ont pas retenu un critère d'établissement de la preuve exigeant et élevé dans les affaires de graves violations des droits de la personne humaine; elles ont eu recours aux présomptions de fait et ont procédé par déduction, et elles sont allées jusqu'à transférer ou renverser le fardeau de la preuve. *Septimus decimus*: Dans leur jurisprudence, les tribunaux pénaux internationaux (TPIY et TPIR) se sont, en l'absence de preuves directes, appuyés sur des preuves obtenues par déduction de l'intention génocidaire à partir des faits.

533. *Duodevicesimus*: Les activités d'établissement des faits menées par les Nations Unies au moment des événements ont mis en évidence d'importants éléments constitutifs de la campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans les attaques en Croatie: tel est le cas des rapports de l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1992-1993) et de ceux de la Commission d'experts du Conseil de sécurité (1993-1994). *Undevicesimus*: Ces événements ont aussi eu des répercussions sur la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme (1993). Il y a aussi eu une reconnaissance judiciaire (dans la jurisprudence du TPIY) des attaques généralisées et/ou systématiques contre la population civile croate.

534. *Vicesimus*: Cette campagne de destruction générale et systématique, bien établie au cours de la présente procédure engagée devant la Cour, consistait en attaques sans discrimination contre la population civile, et notamment en meurtres de masse, actes de torture et sévices physiques, expulsion systématique des logements (et exode massif), et destruction de la culture du groupe. *Vicesimus primus*: Cette campagne de destruction générale et systématique consistait aussi en viols et autres actes de violence sexuelle, qui mettent en évidence la nécessité et l'importance de procéder à une analyse par sexe.

535. *Vicesimus secundus*: Il y a eu, en outre, un ensemble systématique de disparitions ou de personnes portées disparues. La disparition forcée de personnes est une violation grave et *continue* du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire; compte tenu de ses effets destructeurs, elle met en évidence la nécessité de l'élargissement de la notion de victimes (afin qu'elle recouvre non seulement les personnes portées disparues, mais aussi leurs proches parents, qui ignorent ce qu'il est advenu d'elles). La situation ainsi créée justifie l'application d'un critère approprié d'établissement de la preuve et le transfert ou le renversement du fardeau de la preuve, qui ne peut incomber à ceux qui en sont victimes.

536. *Vicesimus tertius*: Les graves violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire mentionnées ci-dessus constituent des violations du *jus cogens*, qui emportent la responsabilité de l'Etat et exigent que des réparations soient accordées aux

victimes. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la notion de droit (dans les différents systèmes juridiques — droit/*right*/*Recht*/*direito*/*derecho*/*diritto*) dans son ensemble.

537. *Vicesimus quartus*: Dans la présente affaire, la campagne de destruction générale et systématique a été menée conformément à un plan qui avait une composante idéologique. A cet égard, les deux Parties au litige ont mentionné les origines historiques du conflit armé en Croatie et le TPIY a examiné des témoignages d'experts sur ce sujet. La Cour n'a pas jugé nécessaire de s'y attarder; pourtant, l'incitation idéologique conduisant au déclenchement des hostilités a été portée à son attention par les Parties au litige, en tant qu'élément essentiel pour bien comprendre l'affaire.

538. *Vicesimus quintus*: Les preuves produites devant la Cour, concernant la campagne de destruction générale et systématique susmentionnée, montrent que les attaques armées menées en Croatie étaient non pas exactement une guerre, mais plutôt un assaut meurtrier. *Vicesimus sextus*: L'une de ses caractéristiques était l'obligation faite aux Croates de porter des rubans ou des brassards blancs, ou d'accrocher des draps blancs aux portes de leurs maisons. *Vicesimus septimus*: Cette campagne s'est aussi caractérisée par des atteintes à l'intégrité des dépouilles mortelles de Croates commises par les forces serbes, et par d'autres atteintes constatées par la suite dans de nombreux charniers, outre les nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins devant la Cour (lors d'audiences publiques ou à huis clos).

539. *Vicesimus octavus*: La campagne de destruction générale et systématique s'est aussi caractérisée par des déplacements forcés et des privations de domicile, ainsi que par la soumission des victimes à des conditions d'existence insupportables. *Vicesimus nonus*: Cette campagne, considérée dans son ensemble, comprenait aussi la destruction du patrimoine culturel et religieux (monuments, églises, chapelles, fortifications, entre autres). Il serait artificiel d'essayer de dissocier la destruction physique/biologique de la destruction culturelle.

540. *Trigesimus*: Les preuves produites devant la Cour en ce qui concerne certaines localités dévastées — Lovas, Ilok, Bogdanovci et Vukovar (dans la région de la Slavonie orientale), et Saborsko (dans la région de la Lika) — montrent que l'élément matériel (*actus reus*) du génocide (*litt. a*), *b*) et *c*) de l'article II de la convention sur le génocide) a été établi. *Trigesimus primus*: En outre, l'intention de détruire (*mens rea*) les groupes visés, en tout ou en partie, peut être déduite des preuves présentées (même si ce ne sont pas des preuves directes). La violence extrême avec laquelle des atrocités ont été perpétrées dans le cadre de la campagne planifiée de destruction atteste cette intention de détruire. La déduction de la *mens rea* ne peut faire abstraction de considérations axiologiques, et se fait sur la base de la *conviction intime* (*livre convencimento*, *libre convencimiento*, *libero convincimento*), autrement dit de la conscience humaine, du juge.

541. *Trigesimus secundus*: Il est donc nécessaire d'accorder aux victimes des réparations — question que les Parties ont soulevée devant la Cour — qui devront être déterminées par la Cour dans une phase ultérieure de l'affaire. *Trigesimus tertius*: La difficile voie de la réconciliation commence par la reconnaissance du fait que, en fin de compte, une campagne de destruction générale et systématique fait de tous des victimes, des deux côtés. L'étape suivante consiste à accorder des réparations (sous toutes leurs formes). La réconciliation suppose aussi des excuses appropriées, qui honorent la mémoire des victimes. Une autre étape consiste, pour chacune des Parties, à identifier et à restituer à l'autre tous les restes mortels.

542. *Trigesimus quartus*: Le règlement d'une affaire telle que le cas d'espèce montre qu'il est nécessaire de dépasser la stricte conception interétatique. La convention sur le génocide étant *axée sur les personnes*, il convient d'appeler l'attention sur les personnes ou la population concernées, conformément à une conception humaniste, à la lumière du principe d'humanité. Dans l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide, la priorité doit être accordée aux victimes, et non à la susceptibilité des Etats.

543. *Trigesimus quintus*: L'appréciation des preuves et la qualification des faits par la Cour en l'espèce doivent être exhaustives, et non fragmentaires. Toutes les atrocités soumises à la Cour, qui sont constitutives de la campagne de destruction susmentionnée, doivent être prises en considération, et pas seulement une partie limitée d'entre elles, pour la détermination de la responsabilité de l'Etat en vertu de la convention sur le génocide. *Trigesimus sextus*: Les crimes commis à grande échelle, tels que les viols et les autres actes de violence sexuelle, les expulsions de logements (et la privation de domicile), les déplacements forcés, la privation de nourriture et de soins médicaux, ne sauraient être minimisés.

544. *Trigesimus septimus*: Le cadre théorique et le raisonnement juridique de la Cour doivent eux aussi être exhaustifs, et non fragmentaires, de façon à garantir l'effet utile de la convention sur le génocide. Les différentes branches qui forment le *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine — droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international des réfugiés et droit pénal international — ne doivent pas être envisagées d'une manière cloisonnée, car il y a entre elles des points de rapprochement et de convergence.

545. La convention sur le génocide, *axée sur les victimes*, ne peut pas être envisagée de manière statique: c'est un «texte vivant». *Trigesimus octavus*: Pour être dûment appliqués, le droit international humanitaire coutumier et le droit international humanitaire conventionnel doivent être appréciés dans leur interaction, et non séparément. Une violation des dispositions de fond de la convention sur le génocide est nécessairement une violation du droit international coutumier sur la question. *Trigesimus nonus*: En outre, les éléments liés de l'*actus reus* et de la *mens rea* du génocide ne peuvent pas non plus être appréhendés séparément.

546. *Quadragesimus*: Les principes généraux du droit (*prima principia*), et en particulier le principe d'humanité, ont une grande importance pour le droit international conventionnel mais aussi coutumier. Ces *prima principia* confèrent une dimension axiologique inéluctable à l'ordre juridique international. *Quadragesimus primus*: Les traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la convention sur le génocide) ont une herméneutique qui leur est propre et qui impose une prise en considération de l'ensemble des faits et du droit, et non une interprétation cloisonnée ou fragmentée.

547. *Quadragesimus secundus*: L'impératif de la *réalisation de la justice* reconnaît que la conscience (*recta ratio*) l'emporte sur la «volonté». Le consentement le cède à la justice objective. *Quadragesimus tertius*: La convention sur le génocide s'occupe de groupes humains dans des situations de vulnérabilité, voire sans défense. Les principes fondamentaux et les valeurs humaines jouent un rôle important dans son interprétation et son application. *Quadragesimus quartus*: Le souci des victimes de la cruauté humaine prime ici, car, après tout, la raison d'humanité l'emporte sur la raison d'Etat. *Quadragesimus quintus*: Ce sont là les fondements de mon opinion dissidente dans le cas d'espèce; à mon sens, c'est ce que la Cour internationale de Justice aurait dû décider dans le présent arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide*.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.