

## SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

## INTRODUCTION

1. I have voted with the majority on all three operative clauses of the present Judgment. However, with respect to the second operative clause, i.e., the rejection of Croatia's principal claim, I wish to qualify and expand upon the rationales for my vote. In so doing, I shall take the present opportunity to expound upon certain reservations I continue to harbour regarding the analysis employed at various points throughout that portion of the Judgment with respect to issues which, in my respectful view, have received inadequate — or even incorrect — attention.

2. At the outset, I wish to underscore that the principal reason for my rejection of Croatia's claim is that the Applicant has failed, in my considered opinion and after having carefully scrutinized the entire evidentiary record in these proceedings, to satisfy the minimum standard of credible evidence required by this Court in its prior jurisprudence (in particular the *Bosnia* Judgment of 2007<sup>1</sup>, which dealt with claims of a highly similar nature) in relation to the *dolus specialis* of genocide. In this regard, I take specific note of Croatia's near complete inability to substantiate most of the figures it has averred in terms of number of victims as a consequence of the hostilities that occurred in the regions and during the period at issue. Moreover, I recall that it is a well-settled principle of law that the graver the offence alleged, the higher the standard of proof required for said offence to be established in a court of law. Consequently, I am not "fully convinced" (Judgment, para. 178) that the *only inference available from the evidence on record* is that attacks against ethnic Croats on the territory of Croatia between 1991 and 1995 were perpetrated with the requisite genocidal intent. Thus, although I concur with the majority that the *actus reus* of genocide has been conclusively satisfied with respect to many of the localities averred by Croatia, the Applicant's inability to prove that the *mens rea* of genocide — which, by its very nature, constitutes a charge "of exceptional gravity" (*ibid.*) — has been "clearly established" (*ibid.*) is necessarily fatal to Croatia's entire cause of action.

---

<sup>1</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 43 (hereafter the "*Bosnia* Judgment").

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

## INTRODUCTION

1. J'ai voté avec la majorité sur chacun des trois points du dispositif du présent arrêt. Toutefois, en ce qui concerne le deuxième point — le rejet de la demande principale de la Croatie —, je souhaite nuancer et expliciter les raisons de mon vote. Ce faisant, je saisirai cette occasion d'exposer certaines réserves que je continue de nourrir au sujet de l'analyse à laquelle il a été procédé en divers points de cette partie de l'arrêt à propos de questions qui, à mon humble avis, ont été traitées de manière insuffisante, voire incorrecte.

2. Tout d'abord, je tiens à souligner que la principale raison pour laquelle j'ai souscrit au rejet de la demande de la Croatie est que l'Etat demandeur, après avoir étudié attentivement tous les éléments de preuve figurant au dossier, n'a pas satisfait au critère d'établissement de la preuve énoncé par la Cour dans sa jurisprudence (en particulier dans l'arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*<sup>1</sup>, qui mettait en jeu des prétentions très semblables) pour établir l'élément moral propre au génocide (*dolus specialis*). A cet égard, je constate en particulier que la Croatie a été incapable d'étayer la plupart des chiffres qu'elle avait avancés en ce qui concerne le nombre des victimes des hostilités qui ont eu lieu dans les régions et pendant la période en question. Je rappelle aussi que, conformément à un principe bien établi en droit, plus l'infraction alléguée est grave, plus le critère d'établissement de la preuve applicable en justice est élevé. Je ne suis donc pas «pleinement convaincu» (arrêt, par. 178) que la *seule conclusion raisonnable qu'autorisent les éléments de preuve figurant au dossier* est que les attaques commises contre des Croates de souche sur le territoire de la Croatie entre 1991 et 1995 ont été perpétrées dans l'intention génocidaire requise. Ainsi, même si je conviens avec la majorité que l'élément matériel (*actus reus*) du génocide a été établi de façon concluante pour nombre des localités dont a fait état la Croatie, l'incapacité de celle-ci à démontrer que l'élément moral (*mens rea*) de ce crime — qui, par sa nature même, constitue une accusation «d'une exceptionnelle gravité» (*ibid.*) — était «clairement avéré» (*ibid.*) porte nécessairement un coup fatal à toute sa cause.

<sup>1</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43 (ci-après arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*).

3. Indeed, during the oral hearings phase of these proceedings, in response to a question posed by another Member of the Court, Croatia was compelled to concede that many of its written witness statements would have been inadmissible in a domestic Croatian court of law, to which Serbia responded that such statements would have been likewise inadmissible in the domestic courts of the former Yugoslavia (Judgment, para. 195). Moreover, in response to a question that I posed to the Parties, Croatia maintained that the Court enjoyed a free hand in determining what weight should be given to them, based on established Court jurisprudence pertaining to out-of-court documents (*ibid.*, para. 194). The sum total of these exchanges is that it stands to reason that a party to proceedings before the Court cannot expect to have documents that would be inadmissible before the courts of its own country, and which bear marked deficiencies when assessed using the standards applied in this forum, admitted for proof of their contents; *especially* where the matter to be proved is as grave as the crime of genocide.

4. In reaching this conclusion, I share the majority's sensitivity to "the difficulties of obtaining evidence in the circumstances of th[is] case" (*ibid.*, para. 198), wherein proof had to be gleaned from a *postbellum* context where the juridical infrastructure and other cornerstones of government and civil society typically relied upon by litigants appearing before this Court have been rendered largely absent or at least severely compromised by years of brutal war, massive displacements of populations and other seismic socio-political upheavals. Indeed, so Herculean are these obstacles that I must confess to having harboured a fleeting temptation to relax my approach to the methods of proof obtaining before the instant proceedings, specifically with respect to the documentary evidence adduced by Croatia, much of which admittedly lacks the indicia of reliability normally demanded of documents presented before a judicial body. However, the allure of adopting an elastic approach to Croatia's documents was, to my mind, definitively quelled by the countervailing consideration that the crime of genocide, being "an odious scourge"<sup>2</sup> that is "condemned by the civilized world"<sup>3</sup>, carries with it such grievous moral opprobrium that a judicial finding as to its existence can only be countenanced upon the most credible and probative evidence. Consequently, despite the sympathy I have expressed herein regarding the extraordinary evidentiary hurdles faced by the Parties to these proceedings, I ultimately share the majority's finding "that many of the statements produced by Croatia are deficient" (*ibid.*, para. 198), that these deficiencies are irremediable, and that the remainder of the Applicant's evidence has failed to conclusively demonstrate *the only conclusion to be drawn from the evidence it has proffered* is that there existed genocidal intent against the targeted group in question during the time period averred.

<sup>2</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide ("Genocide Convention"), Preamble.

<sup>3</sup> *Ibid.*

3. De fait, lors des audiences, en réponse à une question posée par un autre membre de la Cour, la Croatie a été contrainte de reconnaître que nombre des déclarations de témoins qu'elle avait produites auraient été irrecevables devant la juridiction interne, ce à quoi la Serbie a répondu que de telles déclarations auraient été également irrecevables devant les juridictions nationales de l'ex-Yougoslavie (arrêt, par. 195). Par ailleurs, en réponse à une question que j'ai posée aux Parties, la Croatie a soutenu que la Cour était libre de déterminer quel poids il fallait leur donner, en fonction de sa jurisprudence établie concernant les documents extrajudiciaires (*ibid.*, par. 194). Dans ces conditions, il va de soi qu'une partie à une procédure engagée devant la Cour ne peut pas s'attendre à ce que des documents qui seraient irrecevables devant ses propres tribunaux et qui présentent des déficiences marquées au regard des normes appliquées en l'espèce soient acceptés comme faisant foi de leur contenu, *en particulier* lorsqu'ils se rapportent à un crime aussi grave que le génocide.

4. En parvenant à cette conclusion, je partage la conscience qu'a la majorité «des difficultés que pose l'obtention des preuves dans les circonstances de l'espèce» (*ibid.*, par. 198), étant donné que ces éléments de preuve ont dû être recueillis dans un contexte d'après guerre où l'infrastructure judiciaire et d'autres composantes fondamentales de l'Etat et de la société civile sur lesquelles s'appuient généralement les justiciables qui comparaissent devant la présente Cour avaient pour une grande part disparu ou, à tout le moins, avaient été gravement endommagées par des années de guerre brutale, des déplacements massifs de populations et d'autres profonds bouleversements sociopolitiques. Si colossaux sont ces obstacles, d'ailleurs, que je dois avouer avoir eu la tentation fugace d'assouplir la conception que j'avais avant la présente affaire des règles d'administration de la preuve, en particulier en ce qui concerne les preuves documentaires produites par la Croatie, dont une grande partie est, il est vrai, dépourvue des marques de fiabilité normalement exigées des documents présentés en justice. Cependant, toute velléité que j'ai pu avoir à cet égard a été définitivement chassée de mon esprit par l'idée que le crime de génocide, parce qu'il constitue «un fléau ... odieux»<sup>2</sup> qui est «condamné par le monde civilisé»<sup>3</sup>, emporte un si terrible opprobre moral que le constat judiciaire de son existence doit impérativement reposer sur les éléments les plus crédibles et probants. En conséquence, tout en prenant acte des extraordinaires difficultés qu'ont eues les Parties à réunir des preuves, je partage en dernière analyse la conclusion de la majorité, qui a jugé «que nombre des déclarations produites par la Croatie sont déficientes» (*ibid.*, par. 198), que les vices dont elles sont entachées sont irrémédiables et que le reste des preuves apportées par le demandeur ne suffit pas à démontrer de façon concluante que la *seule conclusion raisonnable qu'autorisent les éléments de preuve qu'il a produits* est qu'il existait une intention génocidaire à l'égard du groupe visé à l'époque considérée.

<sup>2</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide («convention sur le génocide»), préambule.

<sup>3</sup> *Ibid.*

5. This premise having been established, I take note of the fact that in spite of the serious evidentiary deficiencies in Croatia's case, the majority has elected to assess whether the claims of the Applicant, taken at their highest, could nevertheless evince genocidal intent<sup>4</sup>. Following this lead, and notwithstanding my conclusion that Croatia's charges of genocide have failed on evidentiary grounds, I intend to profit from the present opportunity in making certain observations and critiques to the analysis adopted by the majority on the issue of *dolus specialis*, assuming, *arguendo* (as the majority has done), that Croatia's case may be taken at its highest.

6. In brief, it is my respectful view that the Court should have used the present Judgment to lay down clearer guidelines on three principal issues. First, I believe the Court could have provided a better and clearer treatment as to what constitutes genocidal intent. Second, given the proliferation of international criminal tribunals over the past two decades and the consequent exponential expansion of jurisprudence emanating from these juridical bodies, I believe the majority has been derelict in not more fully canvassing the available authorities to provide clear parameters to distinguish between genocide and the oft closely intertwined offences of extermination and/or persecution as a crime against humanity. Third and finally, I believe that the 17 factors advanced by Croatia in support of its contention that genocide occurred deserved a more comprehensive response than the majority's approach of selecting, without any apparent reasoned explanation, five factors deemed "most important" to Croatia's claim of genocidal intent (Judgment, para. 413). I believe that a superior treatment of

<sup>4</sup> See Judgment, para. 437:

"The Court considers that it is also relevant to compare the size of the targeted part of the protected group with the number of Croat victims, in order to determine whether the JNA and Serb forces availed themselves of opportunities to destroy that part of the group. In this connection, Croatia put forward a figure of 12,500 Croat deaths, which is contested by Serbia. The Court notes that, *even assuming that this figure is correct — an issue on which it will make no ruling* — the number of victims alleged by Croatia is small in relation to the size of the targeted part of the group." (Emphasis added.)

See also, *ibid.*, para. 213:

"Croatia first asserts that, between the end of August and 18 November 1991, Vukovar was besieged and subjected to sustained and indiscriminate shelling, laying waste to the city. It alleges that between 1,100 and 1,700 people, 70 per cent of whom were civilians, were killed during that period."

See also, *ibid.*, para. 218:

"The Court will first consider the allegations concerning those killed during the siege and capture of Vukovar. *The Parties have debated the number of victims, their status and ethnicity and the circumstances in which they died. The Court need not resolve all those issues.* It observes that, while there is still some uncertainty surrounding these questions, it is clear that the attack on Vukovar was not confined to military objectives; it was also directed at the then predominantly Croat civilian population (many Serbs having fled the city before or after the fighting broke out)." (Emphasis added.)

5. Ce postulat étant posé, je relève que, malgré les graves déficiences que présentaient les éléments de preuve produits par la Croatie, la majorité a choisi d'examiner la question de savoir si les allégations du demandeur, à les supposer avérées, pouvaient néanmoins attester l'intention génocidaire<sup>4</sup>. Dans le même esprit, bien que j'en sois venu à la conclusion que les accusations de génocide de la Croatie n'avaient pas été établies, j'entends saisir l'occasion qui m'est donnée pour formuler certaines observations et critiques concernant l'analyse à laquelle la majorité a procédé au sujet de la question du *dolus specialis*, en partant du principe, pour les besoins de la cause (comme l'a fait la majorité), que l'on peut accorder plein crédit aux moyens de la Croatie.

6. En bref, j'estime que la Cour aurait dû mettre à profit le présent arrêt pour énoncer des orientations plus claires sur trois questions principales. Tout d'abord, je crois qu'elle aurait pu traiter mieux et plus clairement la question de savoir ce qui constitue l'intention génocidaire. Ensuite, compte tenu de la multiplication des juridictions pénales internationales au cours des deux dernières décennies et, consécutivement, du développement exponentiel de la jurisprudence en émanant, je crois que la majorité a manqué à l'obligation qu'elle avait d'analyser pleinement les sources à sa disposition afin d'en tirer des critères clairs permettant de distinguer le génocide des infractions souvent étroitement liées que sont l'extermination et les persécutions en tant que crimes contre l'humanité. Enfin, je crois que les 17 critères qu'a invoqués la Croatie pour établir qu'un génocide avait eu lieu méritaient une réponse plus complète que celle de la majorité qui, sans explication apparente, a sélectionné cinq critères jugés «plus importants» au regard de l'intention génocidaire alléguée par la Croatie (arrêt, par. 413).

<sup>4</sup> Voir arrêt, par. 437:

«La Cour estime qu'il est également pertinent de comparer la taille de la partie visée du groupe protégé avec le nombre de victimes croates afin de déterminer si la JNA et des forces serbes ont saisi les opportunités qui s'offraient à elles de détruire ladite partie du groupe. A cet égard, la Croatie a avancé le chiffre de 12 500 morts croates, ce qui est contesté par la Serbie. La Cour note que, *même à supposer que ce chiffre soit correct, point sur lequel elle ne se prononce pas*, le nombre de victimes alléguées par la Croatie est peu élevé par rapport à la taille de la partie visée du groupe.» (Les italiques sont de moi.)

Voir aussi *ibid.*, par. 213:

«La Croatie affirme en premier lieu que, de la fin août au 18 novembre 1991, Vukovar a été assiégée et bombardée de façon continue et indiscriminée, ce qui a réduit la ville à l'état de ruines. Elle soutient que de 1100 à 1700 personnes, dont 70% étaient des civils, ont été tuées durant cette phase.»

Voir aussi *ibid.*, par. 218:

«La Cour considérera d'abord les allégations concernant les personnes tuées au cours du siège et de la prise de Vukovar. *Les Parties ont débattu des questions du nombre de ces victimes, de leur statut et ethnicité, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles sont mortes. La Cour n'a pas à trancher toutes ces questions.* Elle constate que, s'il subsiste certaines incertitudes sur celles-ci, il est indéniable que l'attaque contre Vukovar ne s'est pas limitée à des objectifs militaires, mais a aussi visé la population civile, composée alors en bonne partie de Croates (de nombreux Serbes ayant fui la ville avant ou lorsque les combats ont éclaté).» (Les italiques sont de moi.)

these topics would have been commensurate with the Court's function as not only the principal judicial organ of the United Nations but as a "World Court" from which other international and domestic courts and tribunals seek guidance as a legal authority of the highest order.

#### GENOCIDAL INTENT AND THE "SUBSTANTIALITY" CRITERION

7. For ease of reference, I reproduce the relevant sections of the Genocide Convention in which the substantive provisions of the crime of genocide are enshrined:

"Article 1: The Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.

Article 2: In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group."

As the foregoing text illustrates, the *chapeau* of Article II of the Genocide Convention defines genocide as "any of the following acts committed with intent to destroy, in whole *or in part*, a national, ethnical, racial or religious group, as such" (emphasis added). The fact that the Convention expressly envisages situations where a group may be targeted for destruction "in part" naturally gives rise to the thorny question of when exactly the targeted "part" meets the threshold for genocidal intent. Because the Convention is silent on this point, in the *Bosnia* Judgment the Court relied upon the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), as well as International Law Commission (ILC) Commentary, to conclude that "part" of the "group" for the purpose of Article II requires an intent "to destroy at least a *substantial* part of the particular group"<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> *Bosnia* Judgment, p. 126, para. 198; emphasis added.

Je crois qu'un examen plus approfondi de ces points s'imposait eu égard à la fonction qu'exerce la Cour en sa qualité d'organe judiciaire principal des Nations Unies, mais aussi de «Cour mondiale» chargée de montrer la voie aux autres juridictions, tant nationales qu'internationales.

#### L'INTENTION GÉNOCIDAIRE ET LE CRITÈRE DU «CARACTÈRE SUBSTANTIEL»

7. Par souci de commodité, je reproduis ci-dessous les articles de la convention sur le génocide qui énoncent les dispositions de fond relatives à ce crime :

«Article premier: Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir.

Article 2: Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.»

Comme on peut le voir, le passage introductif de l'article II de la convention sur le génocide énonce que le génocide s'entend de «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout *ou en partie*, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel» (les italiques sont de moi). Le fait que la Convention prévoie expressément des situations où un groupe peut être pris pour cible en vue de sa destruction «en partie» soulève naturellement l'épineuse question de savoir où se situe exactement, s'agissant de la taille de la «partie» visée, le seuil permettant d'établir l'intention génocidaire. Parce que la Convention est muette sur ce point, la Cour s'est appuyée, dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, sur la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), ainsi que sur le commentaire de la Commission du droit international (CDI), pour conclure que, appliqué au mot «groupe», à l'article II, l'expression «en partie» supposait l'intention «de détruire au moins une partie *substantielle* du groupe en question»<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 126, par. 198 (les italiques sont de moi).

8. While the “substantiality” criterion enunciated in the *Bosnia* Judgment has been reaffirmed in the instant Judgment (in somewhat modified form, a subject to which I intend to return in short order), this has been done rather tersely and in a way that, in my view, fails to lay down clear parameters that would provide guidance to future adjudicative bodies grappling with this concept. The majority, has also, I fear, neglected to so much as consider possibly relevant jurisprudential developments emanating from the *ad hoc* international criminal tribunals in the intervening eight years since the issuance of the *Bosnia* Judgment. Therefore, in the hopes of elucidating this standard for the sake of posterity, I intend to revisit the *Bosnia* formula to see how that test has been applied in practice by other tribunals in recent years, so as to juxtapose such developments with how the majority has employed said formula in the instant Judgment.

THE LEGAL TEST ENUNCIATED  
IN THE COURT’S *BOSNIA* JUDGMENT OF 2007

9. As has been correctly observed in the present Judgment, in the *Bosnia* Judgment of 2007, the Court “considered certain issues similar to those before it in the present case” (Judgment, para. 125). On that occasion, the Court expounded the relevant test for determining what constitutes a “part” of the targeted group for the purpose of analysing genocidal intent as follows:

“[T]he Court refers to *three matters relevant to the determination of ‘part’ of the ‘group’* for the purposes of Article II [of the Genocide Convention]. In the *first* place, the intent must be to destroy at least a *substantial part* of the particular group. That is demanded by the very nature of the crime of genocide: since the object and purpose of the Convention as a whole is to prevent the intentional destruction of groups, the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole. *That requirement of substantiality is supported by consistent rulings of the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* and by the Commentary of the ILC to its Articles in the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.

*Second*, the Court observes that it is widely accepted that genocide may be found to have been committed where the intent is to destroy the group within a geographically limited area . . . As the ICTY Appeals Chamber has said . . . the *opportunity* available to the perpetrators is significant. *This criterion of opportunity must however be weighed against the first and essential factor of substantiality.* It may

8. Si le critère du « caractère substantiel » énoncé en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* a été réaffirmé dans l'arrêt en l'espèce (non sans avoir subi quelques modifications, point sur lequel j'ai l'intention de revenir sous peu), il l'a été assez laconiquement et d'une manière qui, à mon avis, n'établit pas de paramètres clairs susceptibles de donner des orientations aux organes juridictionnels qui se retrouveront aux prises avec cette notion dans l'avenir. La majorité s'est aussi, je le crains, abstenue même de prendre en considération, indépendamment de sa pertinence éventuelle, l'évolution qu'a connue la jurisprudence émanant des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* au cours des huit années écoulées depuis la publication de l'arrêt rendu en l'affaire en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. En conséquence, dans l'espoir d'élucider cette norme dans l'intérêt de la postérité, j'ai l'intention de revenir sur le critère retenu dans l'arrêt rendu dans cette affaire pour voir comment il a été appliqué dans la pratique par d'autres tribunaux au cours des dernières années, afin de mettre en regard cette évolution et le raisonnement tenu sur ce point par la majorité en l'espèce.

LE CRITÈRE ÉNONCÉ DANS L'ARRÊT RENDU PAR LA COUR EN 2007  
EN L'AFFAIRE *BOSNIE-HERZÉGOVINE C. SERBIE-ET-MONTÉNÉGRO*

9. Comme il a été correctement observé dans le présent arrêt, la Cour, dans son arrêt de 2007 « a examiné ... certaines questions comparables à celles dont elle est saisie en l'espèce » (arrêt, par. 125). A cette occasion, elle avait exposé le critère permettant de déterminer ce qui constitue une « partie » du groupe visé aux fins d'établir l'intention génocidaire :

« [L]a Cour relève *trois points importants s'agissant de déterminer la « partie » du « groupe »* aux fins de l'article II [de la convention sur le génocide]. En *premier lieu*, l'intention doit être de détruire au moins une *partie substantielle* du groupe en question. C'est ce qu'exige la nature même du crime de génocide : l'objet et le but de la Convention dans son ensemble étant de prévenir la destruction intentionnelle de groupes, la partie visée doit être suffisamment importante pour que sa disparition ait des effets sur le groupe tout entier. *Cette condition relative au caractère substantiel de la partie du groupe est corroborée par la jurisprudence constante du TPIY et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)*, ainsi par la CDI dans son commentaire des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité... »

*Deuxièmement*, la Cour relève qu'il est largement admis qu'il peut être conclu au génocide lorsque l'intention est de détruire le groupe au sein d'une zone géographique précise... Comme la chambre d'appel du TPIY l'a dit ... les possibilités qui s'offrent aux criminels constituent un élément important. *Ce critère des possibilités doit toutefois être apprécié au regard du premier facteur, essentiel, à savoir*

be that the opportunity available to the alleged perpetrator is so limited that the substantiality criterion is not met. The Court observes that the ICTY Trial Chamber has indicated the need for caution, lest this approach might distort the definition of genocide [. . .]

A *third* suggested criterion is *qualitative* rather than quantitative. The Appeals Chamber in the *Krstić* case [noted that]

‘. . . In addition to the numeric size of the targeted portion, its *prominence* within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is *emblematic of the overall group, or is essential to its survival*, that may support a finding that the part qualifies as substantial . . .’

Establishing the ‘group’ requirement will not always depend on the *substantiality* requirement alone although it is an essential starting-point. It follows in the Court’s opinion that the *qualitative* approach cannot stand alone. The Appeals Chamber in *Krstić* also expresses that view.”<sup>6</sup>

The Court concluded its remarks by noting that “[t]he above list of criteria is not exhaustive, but, as just indicated, the *substantiality* criterion is critical. They are essentially those stated by the Appeals Chamber in the *Krstić* case, although the Court does give this first criterion priority.”<sup>7</sup> Thus, in the *Bosnia* case the Court fastened a tripartite formula, which it indicated was open to future expansion and elaboration, for determining whether a “part” of a group has been targeted with genocidal intent; according to which the criterion of “substantiality” was pre-eminent in that calculus.

10. While the *Bosnia* formula did not draw any bright lines around the contours of what constitutes genocidal intent toward “a part” of the targeted group, it would appear plain from that Judgment and the jurisprudence of the international criminal tribunals that a “substantial” part of the targeted group need not constitute the *majority* thereof, and that there is *no numeric threshold* for discerning a substantial part of the group.

#### THE LEGAL TEST ENUNCIATED IN THE PRESENT JUDGMENT

11. The pertinent analysis of the law on genocidal intent vis-à-vis “a part” of the targeted group is presented in the present Judgment as follows:

“The Court recalls that *the destruction of the group ‘in part’ within the meaning of Article II of the Convention must be assessed by refer-*

<sup>6</sup> *Bosnia* Judgment, pp. 126-127, paras. 198-200 (internal citations omitted; emphasis added).

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 127, para. 201; emphasis added.

*celui du caractère substantiel*. Il se peut que les possibilités s'offrant au criminel allégué soient si limitées qu'il ne soit pas satisfait à ce critère. La Cour relève que la chambre de première instance du TPIY a d'ailleurs souligné la nécessité de faire montre de prudence pour éviter que cette approche ne dénature la définition du génocide...

Un *troisième* critère proposé est d'ordre *qualitatif* et non *quantitatif*. Dans l'affaire *Krstić*, la chambre d'appel du TPIY [a noté que]

«... Il peut être utile de tenir compte non seulement de l'importance numérique de la fraction du groupe visée, mais aussi de sa place au sein du groupe tout entier. Si une portion donnée du groupe est *représentative de l'ensemble du groupe, ou essentielle à sa survie*, on peut en conclure qu'elle est substantielle...»

Pour établir *s'il est satisfait à la condition relative au «groupe»*, le critère du caractère substantiel ne suffit pas toujours, bien qu'il soit un point de départ essentiel. Il s'ensuit, de l'avis de la Cour, que l'approche qualitative n'est pas suffisante. La chambre d'appel dans l'affaire *Krstić* a exprimé la même idée.»<sup>6</sup>

La Cour a conclu en faisant observer que «[l]a liste de critères donnée ci-dessus n'est pas limitative, mais, comme il vient d'être indiqué, le critère du caractère substantiel est déterminant. Ce sont essentiellement les critères que la chambre d'appel a exposés dans l'affaire *Krstić*, bien que la Cour donne priorité au premier.»<sup>7</sup> En conséquence, en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour a établi, pour déterminer si telle «partie» d'un groupe avait été visée dans une intention génocidaire, une formule tripartite dont elle a indiqué qu'elle était susceptible d'être enrichie et développée à l'avenir, et dans laquelle elle a donné prééminence au «caractère substantiel».

10. Si la formule énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* n'a pas délimité avec précision ce qui constitue une intention génocidaire à l'égard d'«une partie» du groupe visé, il ressort clairement de cet arrêt et de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qu'une telle partie peut être «substantielle» sans pour autant constituer la *majorité* du groupe et qu'il n'y a pas de seuil numérique à cet égard.

#### LE CRITÈRE ÉNONCÉ DANS LE PRÉSENT ARRÊT

11. L'analyse du droit en ce qui concerne l'intention génocidaire à l'égard d'«une partie» du groupe visé est ainsi exposée dans le présent arrêt :

«La Cour rappelle que la destruction «en partie» du groupe au sens de l'article II de la Convention doit être appréciée en fonction de plu-

<sup>6</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 126-127, par. 198-200 (renvois internes omis; les italiques sont de moi).

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 127, par. 201 (les italiques sont de moi).

*ence to a number of criteria.* In this regard, it held in 2007 that ‘the intent must be to destroy at least a substantial part of the particular group’ [. . .], and that this is a ‘critical’ criterion. The Court further noted that ‘it is widely accepted that genocide may be found to have been committed where the intent is to destroy the group within a geographically limited area’ and that, accordingly, ‘[t]he area of the perpetrator’s activity and control are to be considered [. . .]’. Account must also be taken of the prominence of the allegedly targeted part within the group as a whole. With respect to this criterion, the Appeals Chamber of the ICTY specified in its Judgment rendered in the *Krstić* case that ‘[i]f a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial . . .’.

*In 2007, the Court held that these factors would have to be assessed in any particular case. [. . .] It follows that, in evaluating whether the allegedly targeted part of a protected group is substantial in relation to the overall group, the Court will take into account the quantitative element as well as evidence regarding the geographic location and prominence of the allegedly targeted part of the group.*” (Judgment, para. 142 (internal citations omitted; emphasis added).)

What I find immediately striking from this slightly rebranded iteration of the tripartite test promulgated by the Court in the *Bosnia* Judgment is that, one fleeting reference to the “critical” nature of the “substantiality” criterion (now renamed “the quantitative element”) notwithstanding, the rigidly hierarchical structure of the *Bosnia* test, whereby the numerosity of the targeted population was clearly superordinate to the other, supplementary criteria of “opportunity” (now dubbed “the geographic location”) and the “qualitative factor” (now dubbed the “prominence” of the targeted group) has been jettisoned in favour of a more equal balancing effort. My distinct impression that the stratification inherent in the *Bosnia* formula has been mollified by the present Judgment (a jurisprudential evolution I applaud) draws further support from the consistently flexible and egalitarian manner in which the Court has *applied* these three factors to the facts at bar, wherein I cannot discern any noticeable supremacy afforded the quantitative element (see, generally, Judgment, paragraphs 413-441).

12. As I shall undertake to demonstrate at a later juncture in this opinion, I believe that this adapted substantiality test has practical consequences for the manner in which the majority has applied the assessment of genocidal intent in the present Judgment, specifically with respect to the events occurring in the city of Vukovar and its environs.

*sieurs critères*. A cet égard, elle a estimé en 2007 que «l'intention doit être de détruire au moins une partie substantielle du groupe», et qu'il s'agit d'un critère «déterminant». Elle a également relevé «qu'il est largement admis qu'il peut être conclu au génocide, lorsque l'intention est de détruire le groupe au sein d'une zone géographique précise» et que, par conséquent, «[l]a zone dans laquelle l'auteur du crime exerce son activité et son contrôle doit être prise en considération». Il convient également de prendre en compte la place de la partie du groupe qui serait visée au sein du groupe tout entier. En ce qui concerne ce critère, la chambre d'appel du TPIY a précisé dans l'arrêt rendu en l'affaire *Krstić* que, «[s]i une portion donnée du groupe est représentative de l'ensemble du groupe, ou essentielle à sa survie, on peut en conclure qu'elle est substantielle...

*La Cour, en 2007, a estimé qu'il revient au juge d'apprécier ces éléments dans chaque espèce. Il en découle que, afin de décider si la partie qui serait visée était substantielle par rapport à l'ensemble du groupe protégé, la Cour tiendra compte de l'élément quantitatif ainsi que de la localisation géographique et de la place occupée par cette partie au sein du groupe.*» (Arrêt, par. 142 (renvois internes omis; les italiques sont de moi).)

Ce qui me semble frappant de prime abord dans cette itération légèrement modifiée du critère tripartite établi par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, c'est que, en dépit d'une brève référence à la qualité «déterminante» du critère du «caractère substantiel» (renommé «élément quantitatif»), la structure hiérarchique rigide du critère adopté en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où l'importance numérique de la population visée l'emportait sans équivoque sur le critère complémentaire des «possibilités» (désormais appelé «la localisation géographique») et le «facteur qualitatif» (devenu la «place occupée» par le groupe visé), a été abandonnée au profit d'une démarche mettant plus ou moins ces différends sur un pied d'égalité. La manière souple et non hiérarchisée avec laquelle la Cour a systématiquement *appliqué* ces trois facteurs aux faits de l'espèce, sans accorder, à mon sens, de suprématie notable à l'élément quantitatif (voir, d'une manière générale, arrêt, par. 413-441) est venue conforter ma nette impression que la stratification inhérente à la formule énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* s'est effritée à la faveur du présent arrêt (évolution jurisprudentielle à laquelle j'applaudis).

12. Comme je vais entreprendre de le démontrer plus loin, je crois que cette adaptation du critère du caractère substantiel a des conséquences pratiques pour la manière dont la majorité a apprécié l'intention génocidaire dans le présent arrêt, notamment en ce qui concerne les événements survenus dans la ville de Vukovar et ses environs.

POST-*BOSNIA* JURISPRUDENCE  
OF THE ICTY AND ICTR

13. As noted above, in the present Judgment the Court has recalled and reaffirmed the tripartite formula for genocidal intent enunciated in *Bosnia* as the approach to be followed in the present case, though not without a significant restructuring of the normative order of the test to be employed. This is naturally consonant with the principle that while no prior judgment of this Court constitutes binding precedent *sensu stricto*<sup>8</sup>, “[i]n general the Court does not choose to depart from previous findings, particularly when similar issues were dealt with in the earlier decisions . . . unless it finds very particular reasons to do so” (Judgment, para. 125). As I have noted above, in *Bosnia* the Court explicitly acknowledged the contributions of the ICTY and ICTR in shaping the test that it adopted to assess genocidal intent vis-à-vis a “part” of a targeted group<sup>9</sup>. Consequently — and bearing in mind the nearly eight years that have passed since the promulgation of this Court’s *Bosnia* formula — it would seem to me only natural and appropriate to examine whether the jurisprudence of those tribunals in the intervening years reveals any evolution in how the “substantiality” component of genocidal *dolus specialis* has been applied in recent litigious contexts. Such an endeavour is not only consonant with the *Bosnia* Judgment’s pronouncement that the criteria enunciated therein were “not exhaustive”<sup>10</sup> and therefore presumably subject to future elucidation, but is also faithful to the present Judgment’s self-admonition that the Court will “take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY, as it did in 2007, in examining the constituent elements of genocide in the present case” (*ibid.*, para. 129). In a similar vein, I recall the draft Judgment’s avowal that while it will rely on the *Bosnia* Judgment “to the extent necessary for its legal reasoning[, t]his will not . . . preclude it, where necessary, from elaborating upon this jurisprudence” (*ibid.*, para. 125).

14. In my respectful view, because the legal standard for genocidal intent has a necessarily vague and dynamic character, it was incumbent upon the Court to fully canvass recent developments in the law to determine how the *Bosnia* formula (as restated in the present Judgment) has been applied in other juridical institutions tasked with applying that test.

<sup>8</sup> ICJ Statute, Article 59: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.”

<sup>9</sup> *Bosnia* Judgment, p. 126, para. 198.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 127, para. 201.

LA JURISPRUDENCE DU TPIY ET DU TPIR POSTÉRIEURE À L'ARRÊT RENDU EN L'AFFAIRE *BOSNIE-HERZÉGOVINE C. SERBIE-ET-MONTÉNÉGRO*

13. Comme je l'ai mentionné plus haut, la Cour a, dans le présent arrêt, rappelé et réaffirmé la formule tripartite énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* pour établir l'intention génocidaire, indiquant qu'il s'agissait de la démarche à adopter en l'espèce, non toutefois sans modifier sensiblement l'ordre normatif de la formule à employer. Cela est naturellement conforme au principe selon lequel, si nul arrêt antérieur de la Cour ne constitue au sens strict<sup>8</sup> un précédent contraignant, «[e]n règle générale — à moins qu'elle n'estime que des raisons très particulières doivent la conduire à le faire —, la Cour ne s'écarte ... pas de sa jurisprudence, notamment lorsque des questions comparables à celles qui se posent à elle ... ont été examinées dans des décisions antérieures» (arrêt, par. 125). Comme je l'ai dit plus haut, dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour a expressément reconnu les contributions du TPIY et du TPIR à l'élaboration de la formule qu'elle a adoptée pour apprécier l'intention génocidaire à l'égard d'une «partie» d'un groupe visé<sup>9</sup>. Par conséquent et compte tenu de ce que près de huit années se sont écoulées depuis, il me semble naturel et opportun d'examiner si la jurisprudence émanée de ces tribunaux au cours des années qui ont suivi fait apparaître une évolution dans la façon dont a été appliqué le critère du «caractère substantiel» dans le contexte de l'élément moral propre au génocide (*dolus specialis*) dans les affaires récentes. Cette démarche est non pas seulement conforme à l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où il est dit que la liste des critères énoncés n'est «pas limitative»<sup>10</sup> et est appelée à évoluer, mais elle est aussi fidèle au conseil que la Cour s'adresse dans le présent arrêt lorsqu'elle écrit qu'elle «prendra en considération, le cas échéant, les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du TPIY, comme elle l'a fait en 2007, lorsqu'elle examinera en l'espèce les éléments constitutifs du génocide» (arrêt, par. 129). Dans la même veine, je rappelle que la Cour a reconnu dans son projet d'arrêt que, si elle entendait s'appuyer sur l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* «dans la mesure nécessaire au raisonnement juridique[, c]ela ne l'empêchera[it] cependant pas de compléter cette jurisprudence, en tant que de besoin» (*ibid.*, par. 125).

14. A mon sens, parce que la norme régissant l'intention génocidaire a un caractère nécessairement fluide et dynamique, il incombait à la Cour d'examiner de façon approfondie l'évolution récente du droit afin de déterminer comment la formule énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (et réaffirmée dans le présent

<sup>8</sup> Statut de la Cour internationale de Justice, article 59: «La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.»

<sup>9</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 126, par. 198.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 127, par. 201.

I regret to say that in my estimation the present Judgment has neither fully nor properly canvassed the current jurisprudential standard of genocidal intent emanating from the ICTY and the ICTR. For this reason, I shall now conduct a survey of recent trends in the case law of those tribunals on this subject in an attempt to glean insights as to the present state of the law in this area. As I shall expound hereunder, I take the position that these recent jurisprudential trends would tend to suggest that a pattern of killings such as has been averred in relation to the events that occurred in Croatia between 1991 and 1995<sup>11</sup>, and in particular with respect to the region of Eastern Slavonia and the greater Vukovar area, *may* be more indicative of genocidal intent than the majority has acknowledged.

THE *TOLIMIR* ICTY TRIAL  
CHAMBER JUDGMENT

15. On 12 December 2012, the Trial Chamber of the ICTY issued its judgment in the case of *Tolimir* (currently under appeal), in which it provided a comprehensive treatment of the substantiality criterion of genocidal intent. The Trial Chamber recalled that

“[t]he term ‘in whole or in part’, relates to the requirement that the perpetrator intended to destroy at least a substantial part of a protected group. While *there is no numeric threshold of victims required*, the targeted portion must comprise ‘a significant enough [portion] to have an impact on the group as a whole’. *Although the numerosity of the targeted portion in absolute terms is relevant to substantiality, this is not dispositive*; other relevant factors include the numerosity of the targeted portion in relation to the group as a whole, the prominence of the targeted portion and whether the targeted portion of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, as well as the area of the perpetrators’ activity, control and reach.”<sup>12</sup>

These observations made repeated reference to the same section of the analysis contained in the *Krstić* Judgment of the ICTY Appeals Chamber that was relied upon by this Court when it adopted its tripartite test for genocidal intent in the *Bosnia* Judgment.

<sup>11</sup> For the avoidance of any doubt, I recall that while I have found that Croatia’s claim fails on evidentiary grounds, I am taking the present opportunity, as the majority has done, to assess Croatia’s case taken at its highest.

<sup>12</sup> *Prosecutor v. Tolimir*, Trial Judgment, 12 December 2012, para. 749 (internal citations omitted; emphasis added).

arrêt) a été appliquée par les autres juridictions compétentes. Je regrette de dire que, selon moi, la Cour n'a dans le présent arrêt ni pleinement ni dûment examiné la norme jurisprudentielle actuelle émanant du TPIY et du TPIR en ce qui concerne l'intention génocidaire. C'est pourquoi je vais à présent passer en revue les tendances récentes de la jurisprudence de ces tribunaux à ce sujet pour tenter de recueillir des indications de l'état actuel du droit dans ce domaine. Comme je l'exposerai ci-dessous, j'estime que ces tendances jurisprudentielles récentes donnent à penser qu'un schéma de meurtres tel que celui établi en ce qui concerne les événements survenus en Croatie entre 1991 et 1995<sup>11</sup>, en particulier s'agissant des régions de Slavonie orientale et de Vukovar, *peut* être plus révélateur d'une intention génocidaire que la majorité ne l'a reconnu.

LE JUGEMENT RENDU EN L'AFFAIRE *TOLIMIR*  
PAR LE TPIY

15. Le 12 décembre 2012, le TPIY a rendu son jugement en l'affaire *Tolimir* (actuellement en appel), dans lequel il a livré une analyse exhaustive du critère du caractère substantiel se rapportant à l'intention génocidaire. Elle a rappelé que

«[l]'expression «en tout ou en partie» se rapporte à la condition voulant que l'auteur ait eu l'intention de détruire au moins une partie substantielle du groupe protégé. Même si *aucun nombre minimal de victimes n'est requis*, la partie du groupe visée doit être «suffisamment importante pour que l'ensemble du groupe soit affecté». *Même si le nombre de personnes visées, considéré dans l'absolu, est pertinent pour déterminer si la partie du groupe est substantielle, il n'est pas déterminant*; d'autres éléments sont à prendre en compte, notamment l'importance numérique de la fraction visée par rapport à la taille du groupe dans son ensemble, sa place au sein du groupe, la question de savoir si elle est «représentative de l'ensemble du groupe, ou essentielle à sa survie», et la zone dans laquelle les auteurs du crime exercent leur activité et leur contrôle, ainsi que leur pouvoir d'action.»<sup>12</sup>

Ces observations comportent de multiples références au passage correspondant du raisonnement exposé dans l'arrêt rendu en l'affaire *Krstić* par le TPIY, sur lequel la Cour s'est appuyée quand elle a énoncé, dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, sa formule tripartite permettant d'établir l'intention génocidaire.

<sup>11</sup> Pour éviter tout malentendu, je rappelle que, même si j'en suis venu à la conclusion que les prétentions de la Croatie devaient échouer faute de preuve, je saisis la présente occasion, comme la majorité l'a fait, pour examiner les moyens de la Croatie en supposant qu'ils soient avérés.

<sup>12</sup> *Le Procureur c. Tolimir*, jugement du 12 décembre 2012, par. 749 (renvois internes omis; les italiques sont de moi).

16. After summarizing these widely accepted elements of the law on genocidal intent, the Trial Chamber in *Tolimir* further recalled a passage from an earlier judgment of the ICTY Trial Chamber in the case of *Jelisić*<sup>13</sup>, which was cited approvingly in a passage of the *Krstić* Appeals Judgment<sup>14</sup> that was referenced favourably by the Court in the *Bosnia* Judgment<sup>15</sup>. As the *Tolimir* Trial Chamber recalled:

“The *Jelisić* Trial Chamber held that as well as consisting of the desire to exterminate a very large number of members of the group, genocidal intent may also consist of the desired destruction *of a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have on the survival of the group* as such.”<sup>16</sup>

The Trial Chamber then made the following further observations about the *Jelisić* Trial Judgment:

“The *Jelisić* Trial Chamber cited the Final Report of the Commission of Experts formed pursuant to Security Council Resolution 780 which found

‘[i]f essentially the total leadership of a group is targeted, it could also amount to genocide. Such leadership includes political and administrative leaders, religious leaders, academics and intellectuals, business leaders and others — the totality per se may be a strong indication of genocide *regardless of the actual numbers killed*. A corroborating argument will be the fate of the rest of the group. The character of the attack on the leadership must be viewed in the context of the fate or what happened to the rest of the group. If a group has its leadership exterminated, and at the same time or in the wake of that, has a relatively large number of the members of the group killed or subjected to other heinous acts, for example deported on a large scale or forced to flee, the cluster of violations ought to be considered in its entirety in order to interpret the provisions of the Convention in a spirit consistent with its purpose.’. . .

The Commission of Experts Report stated, further, that

‘[s]imilarly, the extermination of a group’s law enforcement and military personnel may be a significant section of a group in that it renders the group at large defenceless against other abuses of a similar or other nature, particularly if the leadership is being eliminated as well. Thus the intent to destroy the fabric of a society through the extermination of its leadership, *when accompanied by*

<sup>13</sup> *Prosecutor v. Jelisić*, Trial Judgment, 14 December 1999, para. 82.

<sup>14</sup> *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, 19 April 2004, para. 8 and fn. 10.

<sup>15</sup> *Bosnia* Judgment, p. 126, para. 198.

<sup>16</sup> *Prosecutor v. Tolimir*, Trial Judgment, 12 December 2012, para. 749; citing *Prosecutor v. Jelisić*, Trial Judgment, 14 December 1999, para. 82.

16. Après avoir résumé ces éléments largement acceptés du droit relatif à l'intention génocidaire, la chambre de première instance a en outre rappelé en l'affaire *Tolimir* un passage du jugement antérieur prononcé par le TPIY en l'affaire *Jelisić*<sup>13</sup>, repris dans l'arrêt *Krstić*<sup>14</sup>, et auquel la Cour a renvoyé en y souscrivant également dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*<sup>15</sup>:

«La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Jelisić* a conclu que l'intention génocidaire peut consister à vouloir l'extermination d'un nombre très élevé de membres du groupe, et elle peut aussi consister à rechercher la destruction d'un nombre plus limité de personnes, celles-ci étant sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition sur la survie du groupe comme tel.»<sup>16</sup>

La chambre de première instance a ensuite fait les observations complémentaires suivantes à propos du jugement prononcé en l'affaire *Jelisić*:

«La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Jelisić* a cité le Rapport final de la commission d'experts constituée en application de la résolution 780 du Conseil de sécurité, dans lequel il était conclu

«[qu']il peut aussi y avoir génocide lorsque tous les dirigeants d'un groupe sont visés. Ceux-ci peuvent être des chefs politiques et administratifs, des chefs religieux, des universitaires et des intellectuels, des industriels, etc.; que tous soient visés en tant que tels fait naître une forte présomption de génocide, *quel que soit le nombre de ceux qui sont effectivement tués*. On peut en outre tirer argument du sort réservé au reste du groupe. Les attaques contre les dirigeants doivent être évaluées dans le contexte de ce qui advient au reste du groupe. Si les dirigeants d'un groupe sont exterminés et si, en même temps ou peu après, un nombre relativement élevé de membres du groupe sont tués ou soumis à d'autres atrocités, par exemple expulsés en masse ou forcés de fuir, il faut envisager les diverses violations dans leur ensemble afin d'interpréter les dispositions de la Convention dans un esprit conforme à son but...»

[L]e rapport [de la commission d'experts] conclut également

«[que, d]e même, l'extermination du personnel chargé de l'application des lois et du personnel militaire peut toucher une importante section du groupe en ce sens qu'elle met l'ensemble du groupe hors d'état de se défendre contre des sévices de même ou d'autre nature, en particulier si les chefs sont également éliminés. Par conséquent, l'intention de détruire le tissu d'une société en en exterminant les

<sup>13</sup> *Le Procureur c. Jelisić*, jugement du 14 décembre 1999, par. 82.

<sup>14</sup> *Le Procureur c. Krstić*, arrêt du 19 avril 2004, par. 8, et note de bas de page 10.

<sup>15</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 126, par. 198.

<sup>16</sup> *Le Procureur c. Tolimir*, jugement, 12 décembre 2012, par. 749, citant *Le Procureur c. Jelisić*, jugement du 14 décembre 1999, par. 82.

*other acts of elimination of a segment of society, can also be deemed genocide.*"<sup>17</sup>

17. The Trial Chamber then proceeded to apply this more flexible concept of substantiality to the factual circumstances of that case, which involved, *inter alia*, the killing of *three* prominent members of the Bosnian Muslim population of Zepa enclave in Eastern Bosnia and Herzegovina ("BiH"). As the Trial Chamber recalled, Zepa was a village situated approximately 20 kilometres from Srebrenica that had a population of less than 3,000 inhabitants prior to the war, but which saw its population swell to as many as 10,000 people by July 1995, as Bosnian Muslims from other surrounding areas in Eastern BiH sought refuge from the prevailing hostilities, such that "[d]uring the conflict the population of Zepa consisted entirely of Bosnian Muslims"<sup>18</sup>.

18. Regarding the three individuals killed, the Trial Chamber made the following observations:

"The three leaders were Mehmed Hajrić, the Mayor of the municipality and President of the War Presidency, Colonel Avdo Palić, Commander of the ABiH Zepa Brigade . . . and Amir Imamović, the Head of the Civil Protection Unit. They were, therefore, among the most prominent leaders of the enclave . . . [T]hose responsible for killing Hajrić, Palić and Imamović targeted them because they were leading figures in the Zepa enclave at the time that it was populated by Bosnian Muslims. *These killings should not be viewed in isolation . . . it is significant to consider the connection between the VRS operations in Srebrenica and Zepa. The respective attacks and takeovers of the enclaves were synchronized by the [same] leadership and included the same forces. The takeover of Zepa enclave followed less than two weeks after the capture of Srebrenica, during a time in which the news of the murders of thousands of Bosnian Muslim men was starting to spread. While the individuals killed were only three in number, in view of the size of Zepa, they constituted the core of its civilian and military leadership.* The mayor, who was also a religious leader, the military commander and the head of the Civil Protection Unit, especially during a period of conflict, were key to the survival of a small community. Moreover, the killing of Palić, who at this time enjoyed a special status as the defender of the Bosnian Muslim population of Zepa, had a symbolic purpose for the survival of the Bosnian Muslims of Eastern BiH. While the majority accepts that the Bosnian Serb Forces did not kill the entirety of the Bosnian Muslim leadership of Zepa . . . it does not consider this to be a factor against

<sup>17</sup> *Prosecutor v. Tolimir*, Trial Judgment, 12 December 2012, fn. 3138; emphasis added; citing Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN doc. S/1994/674, ("Commission of Experts Report"), para. 94.

<sup>18</sup> *Prosecutor v. Tolimir*, Trial Judgment, 12 December 2012, paras. 598-599.

chefs peut aussi, *si elle s'accompagne d'autres actes visant à éliminer un secteur de la société*, être considérée comme un génocide.»<sup>17</sup>

17. La chambre de première instance a ensuite appliqué cette forme plus souple du critère du caractère substantiel aux circonstances factuelles de l'affaire, où était en cause, entre autres, le meurtre de *trois* membres éminents de la population musulmane de Bosnie dans l'enclave de Zepa en Bosnie orientale. Comme elle l'a rappelé, le village de Zepa était situé à une vingtaine de kilomètres de Srebrenica et comptait moins de 3000 habitants avant la guerre, mais sa population avait augmenté pour atteindre 10 000 personnes en juillet 1995, après que des Musulmans d'autres régions de Bosnie orientale fuyant les hostilités y avaient cherché refuge, de sorte que, «[p]endant le conflit, la population de Zepa était entièrement composée de Musulmans de Bosnie»<sup>18</sup>.

18. En ce qui concerne les trois personnes tuées, la chambre de première instance a fait les observations suivantes :

«Les trois dirigeants étaient Mehmed Hajrić, maire de la municipalité et président de la présidence de guerre, le colonel Avdo Palić, commandant de la brigade de Zepa de l'ABiH ... et Amir Imamović, chef de l'unité de la protection civile. Ils figuraient donc parmi les principaux dirigeants de l'enclave... [L]es personnes responsables du meurtre de Hajrić, de Palić et d'Imamović ont pris ces derniers pour cibles parce qu'ils étaient des personnalités de premier plan dans l'enclave de Zepa, à l'époque où celle-ci était peuplée de Musulmans de Bosnie. *Ces meurtres ne devraient pas être considérés isolément* ... il importe d'examiner le lien entre les opérations que la VRS a menées à Srebrenica et à Zepa. Les attaques et la prise des enclaves ont été synchronisées par les [mêmes] dirigeants de la VRS et les mêmes forces y ont pris part. La prise de l'enclave de Zepa a eu lieu moins de deux semaines après la prise de Srebrenica, au moment où la nouvelle du meurtre de milliers d'hommes musulmans de Bosnie commençait à se propager. *Bien que les faits ne concernent que trois personnes, celles-ci étaient, compte tenu de la taille de Zepa, les piliers de la direction civile et militaire.* Le maire — qui était aussi un chef religieux —, le commandant militaire et le chef de l'unité de la protection civile, en particulier en période de conflit, étaient essentiels à la survie d'une petite communauté. En outre, le meurtre de Palić, qui à cette époque jouissait d'un statut spécial en tant que défenseur de la population musulmane de Bosnie de Zepa, avait une portée symbolique pour la survie des Musulmans de Bosnie orientale. Même si la majorité admet que les forces serbes de Bosnie n'ont pas tué tous les dirigeants musulmans de

<sup>17</sup> *Le Procureur c. Tolimir*, jugement, 12 décembre 2012, note de bas de page 3138 (les italiques sont de moi); citant le rapport final de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, Nations Unies, doc. S/1994/674 («Rapport de la Commission d'experts»), par. 94.

<sup>18</sup> *Le Procureur c. Tolimir*, jugement du 12 décembre 2012, par. 598-599.

its determination that *the acts of murder against these three men constitutes genocide.*<sup>19</sup>

The Trial Chamber then proceeded to reach the following further conclusions:

“In accordance with the *Jelisić* Trial Chamber’s finding in which it relied on the Commission of Experts Report the Majority also takes into account the fate of the remaining population of Zepa; *their forcible transfer immediately prior to the killing of these three leaders is a factor which supports its finding of genocidal intent. To ensure that the Bosnian Muslim population of this enclave would not be able to reconstitute itself, it was sufficient in the case of Zepa to remove its civilian population, destroy their homes and their mosque, and murder its most prominent leaders . . .* The Majority has no doubt that the murder of [these three leaders] was a case of deliberate destruction of a limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have on the survival of the group as such.”<sup>20</sup>

19. I acknowledge that these conclusions — which were subject to a dissenting opinion and are currently awaiting a judgment from the ICTY Appeals Chamber — must be treated with a requisite degree of caution. Such limitations having been duly conceded, in my view the passages cited above from the *Tolimir* Trial Judgment nevertheless evince a concerted departure from the narrower ambit of the tripartite test adopted by this Court in the *Bosnia* Judgment. Given that the present Judgment has likewise determined to apply the *Bosnia* formula in a more flexible manner that places less emphasis on the primacy of the quantitative element, I am both surprised and disheartened by the majority’s refusal to make any mention of the most recent judicial pronouncement of the ICTY on this highly pertinent and substantively fluid area of law.

20. Specifically, the *Tolimir* Judgment’s finding of genocide where only three killings were proven marks a clear and unambiguous departure from the *Bosnia* formula’s dogged insistence that the numerosity of the victims of predicate acts under Article II of the Genocide Convention be considered a pre-eminent factor in the substantiality equation. Rather, *Tolimir* presents a rather striking example of a case where not only were the three individuals killed low in *absolute* terms, but against the backdrop of a homogeneous religious community of approximately 10,000 it is dubious to suggest that their deaths could constitute a high *relative* “numerosity in relation to the group as a whole”<sup>21</sup>. Rather, in finding genocidal intent, the *Tolimir* Trial Chamber placed heavy emphasis on the prominence of the targeted population and the fact that the

<sup>19</sup> *Prosecutor v. Tolimir*, Judgment, 12 December 2012, paras. 778-780; emphasis added.

<sup>20</sup> *Ibid.*, paras. 781-782; emphasis added.

<sup>21</sup> *Ibid.*, para. 749.

Zepa ... elle n'estime pas que cela aille à l'encontre de sa conclusion selon laquelle *le meurtre de ces trois hommes constitue un génocide.*»<sup>19</sup>

La chambre de première instance est ensuite parvenue aux conclusions suivantes :

« En accord avec la conclusion exposée dans le jugement *Jelisić* — qui s'appuyait sur le rapport de la commission d'experts —, la majorité tient aussi compte du sort du reste de la population de Zepa ; *son transfert forcé juste avant le meurtre des trois dirigeants vient conforter la conclusion relativement à l'intention génocidaire. Pour s'assurer que la population musulmane de cette enclave ne puisse pas se reconstituer, il suffisait — dans le cas de Zepa — de chasser les civils, de détruire leurs maisons et leur mosquée et de tuer les principaux dirigeants de l'enclave...* Il ne fait aucun doute pour la majorité que le meurtre de [ces trois dirigeants] était un exemple de destruction délibérée d'un nombre limité de personnes sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition sur la survie du groupe comme tel. »<sup>20</sup>

19. Je reconnais que ces conclusions, qui ont donné lieu à une opinion dissidente et qui sont actuellement frappées d'appel au TPIY, doivent être considérées avec la prudence voulue. Cette réserve étant dûment concédée, j'estime que les passages précités du jugement *Tolimir* attestent néanmoins une prise de distance concertée avec la portée étroite de la formule tripartite énoncée par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. Etant donné que, dans le présent arrêt, la Cour a décidé de donner plus de souplesse à cette formule en insistant moins sur la primauté de l'élément quantitatif, je suis à la fois surpris et déçu que la majorité ait refusé de faire la moindre mention de la plus récente décision rendue par le TPIY dans ce domaine du droit hautement pertinent, malgré sa mouvance.

20. En particulier, le jugement *Tolimir*, où le TPIY a conclu au génocide alors que trois meurtres seulement avaient été prouvés, marque une rupture claire et catégorique avec la formule énoncée en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, qui exigeait que l'importance numérique des victimes d'actes incriminés à l'article II de la convention sur le génocide soit considérée comme un facteur prééminent dans l'évaluation du « caractère substantiel ». Dans le jugement *Tolimir*, le nombre de personnes tuées (trois) était faible non seulement dans l'absolu, mais aussi au regard d'une communauté religieuse homogène d'environ 10 000 personnes. Il aurait été hasardeux d'avancer que ces morts puissent avoir une « importance numérique » élevée, ne serait-ce que de manière *relative*, « par rapport à la taille du groupe dans son ensemble »<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> *Le Procureur c. Tolimir*, jugement, 12 décembre 2012, par. 778-780 (les italiques sont de moi).

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 781-782 (les italiques sont de moi).

<sup>21</sup> *Ibid.*, par. 749.

attackers exercised complete control over the enclave during the period in question.

21. Finally, what cannot be overlooked is that apart from three killings, the gravamen of the atrocities perpetrated at Zepa constituted the complete forcible transfer of its entire Bosnian Muslim population, a community of thousands, away from that enclave and into Bosnian-controlled territory. While *Tolimir* certainly did not go so far as to pronounce that the “ethnic cleansing” of these thousands of Bosnian Muslims from Zepa enclave (in conjunction with means taken to ensure their non-return, such as destruction of homes and places of worship) constituted genocide per se, it did clearly and unequivocally affirm that this mass displacement of the civilian population, when combined with the very limited targeted killing of prominent local leaders, constituted an attempt to *physically destroy* a significant part of the Bosnian Muslim group of Eastern BiH, *by depriving that community of the means of reconstituting itself within that geographical area*. On this final point, it would appear to be a clear evolution of the position adopted by this Court in the *Bosnia* Judgment as to what constitutes “physical destruction” of the group for the purpose of Article II of the Genocide Convention, where it was held that

*“[i]t will be convenient at this point to consider what legal significance the expression [‘ethnic cleansing’] may have [under the Genocide Convention]. It is in practice used, by reference to a specific region or area, to mean ‘rendering an area ethnically homogeneous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area’. . . It does not appear in the Genocide Convention; indeed, a proposal during the drafting of the Convention to include in the definition ‘measures intended to oblige members of a group to abandon their homes in order to escape the threat of subsequent ill-treatment’ was not accepted . . . It can only be a form of genocide within the meaning of the Convention, if it corresponds to or falls within one of the categories of acts prohibited by Article II of the Convention. Neither the intent, as a matter of policy, to render an area ‘ethnically homogeneous’, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can as such be designated as genocide . . . As the ICTY has observed, while*

*‘there are obvious similarities between a genocidal policy and the policy commonly known as ‘ethnic cleansing’. . . [a] clear distinction must be drawn between physical destruction and mere dissolution of a group. The expulsion of a group*

Au contraire, en concluant à l'intention génocidaire, la chambre de première instance saisie de l'affaire *Tolimir* a mis l'accent sur la population visée et sur l'emprise totale exercée sur l'enclave.

21. Enfin, l'on ne saurait négliger, en dehors de ces trois meurtres, l'élément essentiel des atrocités commises à Zepa : le transfert forcé de toute la population musulmane de Bosnie, soit plusieurs milliers de personnes, loin de cette enclave et en territoire contrôlé par la Bosnie. Alors que, dans le jugement *Tolimir*, le tribunal n'est pas allé jusqu'à dire que le «nettoyage ethnique» dont ont été la cible ces milliers de Musulmans de Bosnie chassés de l'enclave de Zepa (associé aux mesures pour garantir leur non-retour, comme la destruction des habitations et des lieux de culte) était un génocide en soi, il affirme qu'un tel déplacement de la population civile, en plus du meurtre ciblé de dirigeants locaux de premier plan, si peu nombreux soient-ils, constituait une tentative de *détruire physiquement* une grande partie des Musulmans de Bosnie de Bosnie orientale, *en privant cette communauté des moyens de se reconstituer dans cette zone géographique*. Sur ce dernier point, il existe une évolution claire par rapport à la position de la Cour dans l'arrêt *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* au sujet de la «destruction physique» du groupe pour l'application de l'article II de la convention sur le génocide ; la Cour s'était exprimée ainsi :

*«Il serait utile à ce stade de se pencher sur la portée juridique que peut revêtir l'expression «nettoyage ethnique» [au regard de la convention sur le génocide]. Dans la pratique, elle est employée, à propos d'une région ou d'une zone particulière, avec le sens de «rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés»... Elle n'apparaît pas dans la convention sur le génocide ; de fait, lors de la rédaction de la Convention, une proposition visant à inclure dans la définition les «mesures tendant à mettre les populations dans l'obligation d'abandonner leurs foyers afin d'échapper à la menace de mauvais traitements ultérieurs» fut rejetée... De telles mesures ne sauraient constituer une forme de génocide au sens de la Convention que si elles correspondent à l'une des catégories d'actes prohibés par l'article II de la Convention ou relèvent de l'une de ces catégories. Ni l'intention, sous forme d'une politique visant à rendre une zone «ethniquement homogène», ni les opérations qui pourraient être menées pour mettre en œuvre pareille politique ne peuvent, en tant que telles, être désignées par le terme de génocide. Ainsi que l'a fait observer le TPIY, si*

*«[i]l y a donc d'évidentes similitudes entre une politique génocidaire et ce qui est communément appelé une politique de «nettoyage ethnique»... il n'en reste pas moins qu'«[i]l faut faire clairement le départ entre la destruction physique et la simple dis-*

or part of a group does not in itself suffice for genocide.”<sup>22</sup>

In the present Judgment, this relationship has been revisited in the following terms:

“The Court recalls that, in its 2007 Judgment, it stated that  
 ‘[n]either the intent, as a matter of policy, to render an area ‘ethnically homogeneous’, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can *as such* be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is ‘to destroy, in whole or in part’ a particular group, and *deportation or displacement of the members of a group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement.* [. . .]’

It explained, however, that:

‘[t]his is not to say that acts described as ‘ethnic cleansing’ may never constitute genocide, if they are such as to be characterized as, for example, ‘deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part’, contrary to Article II, paragraph (c), of the Convention, provided such action is carried out with the necessary specific intent (*dolus specialis*), that is to say with a view to the destruction of the group, *as distinct from its removal from the region* . . . In other words, whether a particular operation described as ‘ethnic cleansing’ amounts to genocide depends on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term ‘ethnic cleansing’ has no legal significance of its own. That said, it is clear that acts of ‘ethnic cleansing’ may occur in parallel to acts prohibited by Article II of the Convention, and may be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts.’” (Judgment, para. 162 (internal citations omitted; emphasis added).)

22. In my respectful view, the ICTY Trial Chamber in *Tolimir* has burst open the tight confines of the dictum promulgated in *Bosnia* and reaffirmed in the present Judgment. By finding that the confluence of killing three prominent community leaders (which constitute genocidal acts as per Article II (a) of the Convention) in parallel to massive acts of

<sup>22</sup> *Bosnia* Judgment, pp. 122-123, para. 190 (internal citations omitted; emphasis added).

solution d'un groupe. L'expulsion d'un groupe ou d'une partie d'un groupe ne saurait à elle seule constituer un génocide.»<sup>22</sup>

Dans le présent arrêt, cette distinction a été revue dans les termes suivants :

«La Cour rappelle que, dans son arrêt de 2007, elle a affirmé que «[n]i l'intention, sous forme d'une politique visant à rendre une zone «ethniquement homogène», ni les opérations qui pourraient être menées pour mettre en œuvre pareille politique ne peuvent, *en tant que telles*, être désignées par le terme de génocide : l'intention qui caractérise le génocide vise à «détruire, en tout ou en partie» un groupe particulier ; *la déportation ou le déplacement de membres appartenant à un groupe, même par la force, n'équivaut pas nécessairement à la destruction dudit groupe, et une telle destruction ne résulte pas non plus automatiquement du déplacement forcé.*»

La Cour a néanmoins ajouté la précision suivante :

«Cela ne signifie pas que les actes qui sont décrits comme étant du «nettoyage ethnique» ne sauraient jamais constituer un génocide, s'ils sont tels qu'ils peuvent être qualifiés, par exemple, de «[s]oumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle», en violation du *litt. c)* de l'article II de la Convention, sous réserve que pareille action soit menée avec l'intention spécifique (*dolus specialis*) nécessaire, c'est-à-dire avec l'intention de détruire le groupe, *et non pas seulement de l'expulser de la région...* En d'autres termes, savoir si une opération particulière présentée comme relevant du «nettoyage ethnique» équivaut ou non à un génocide dépend de l'existence ou non des actes matériels énumérés à l'article II de la convention sur le génocide et de l'intention de détruire le groupe comme tel. En réalité, dans le contexte de cette Convention, l'expression «nettoyage ethnique» ne revêt, par elle-même, aucune portée juridique. Cela étant, il est clair que des actes de «nettoyage ethnique» peuvent se produire en même temps que des actes prohibés par l'article II de la Convention, et permettre de déceler l'existence d'une intention spécifique (*dolus specialis*) se trouvant à l'origine des actes en question.» (Arrêt, par. 162 (renvois internes omis ; les italiques sont de moi).)

22. A mon avis, la chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Tolimir* a fait éclater les limites étroites de la règle établie dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* et réaffirmée dans le présent arrêt. En constatant que le meurtre de trois dirigeants importants de la communauté (qui constitue un acte de géno-

<sup>22</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 122-123, par. 190 (renvois internes omis ; les italiques sont de moi).

ethnic cleansing (which are non-genocidal atrocities per se; see Judgment, para. 162) was sufficient to characterize *the entire series of events occurring at Zepa as possessing genocidal intent*, the Trial Chamber clearly went above and beyond this Court in *Bosnia* and the present Judgment, if not in its application of the letter of the applicable law, then clearly in its appreciation of the spirit thereof. Stated differently, there is no indication in *Tolimir* that the approximately 10,000 denizens of Zepa enclave who were forcibly removed from the area and prevented from returning were targeted for physical or biological destruction as envisaged by Article II of the Convention. Rather, the Trial Chamber *found that their permanent removal from that geographical area* (in conjunction with the destruction of a diminutive core of its civil and military leadership) was enough to constitute “physical or biological” destruction under the terms of Article II of the Convention. This cannot but be described as a clear departure from the Court’s analysis in *Bosnia* and certain other judgments rendered by the ICTY upon which the Court in *Bosnia* relied. Not only has the quantitative element that featured so prominently in *Bosnia* been eschewed, but the *Tolimir* Judgment has clearly pushed the boundaries of what constitutes physical or biological destruction by expressly incorporating non-fatal *geographical* concerns. In other words, according to my reading of *Tolimir* the Trial Chamber clearly found that genocidal intent was established not because the approximately 10,000 Bosnian Muslims of Zepa enclave were targeted for elimination per se, but rather because they were targeted for elimination *from that specific location*.

23. Granted, the majority’s reticence to adopt a *Tolimir*-style approach may be readily (and defensibly) explained by considerations such as the fact that the case remains under appeal and that the finding of genocide at Zepa was linked (although obliquely) to the now widely recognized genocide that was perpetrated by the same attackers at Srebrenica some 20 kilometres away and mere days beforehand. Nevertheless, in my respectful view, to ignore *Tolimir* completely constitutes a failure by the majority to heed its own undertaking to “take account, where appropriate, of the decisions of international criminal courts or tribunals, in particular those of the ICTY, as it did in 2007, in examining the constituent elements of genocide in the present case” (Judgment, para. 129). I shall return to this aspect of the *Tolimir* precedent when dissecting the present Judgment’s treatment of Croat victims during the siege of Vukovar and its aftermath (see *infra*).

cide au titre du *litt. a)* de l'article II de la Convention), commis parallèlement à des actes massifs de nettoyage ethnique (qui sont en eux-mêmes des atrocités non génocidaires; voir arrêt, par. 162), suffisait pour considérer que *l'ensemble des faits survenus à Zepa procédait d'une intention génocidaire*, la chambre de première instance est allée bien plus loin que la Cour ne l'a fait dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* et dans le présent arrêt, sinon dans son application de la lettre du droit applicable, du moins sans aucun doute dans son appréciation de l'esprit de ce droit. En d'autres termes, rien dans le jugement *Tolimir* n'indique que les quelque 10 000 habitants de l'enclave de Zepa, qui ont été déplacés de force de cette région et empêchés de revenir, ont été pris pour cible de destruction physique ou biologique au sens de l'article II de la Convention. Mais la chambre de première instance a constaté que *leur déplacement à jamais de cette zone géographique* (combinée à la destruction d'un petit noyau de leurs dirigeants civils et militaires) suffisait à constituer la destruction «physique ou biologique» dont il est question à l'article II de la Convention. Cette position ne peut être qualifiée que de rupture nette avec l'analyse faite par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* et avec certains autres jugements rendus par le TPIY sur lesquels la Cour s'est fondée dans ledit arrêt. Non seulement l'élément quantitatif qui occupait une place si importante dans ce dernier arrêt n'y est pas pris en considération, mais le jugement *Tolimir* a manifestement repoussé les limites de ce qui constitue la destruction physique ou biologique, en intégrant expressément des considérations *géographiques* non liées au nombre de vies perdues. En d'autres termes, selon ma lecture du jugement *Tolimir*, le TPIY a conclu sans équivoque que l'intention génocidaire était établie non pas parce que les quelque 10 000 Musulmans de Bosnie de l'enclave de Zepa avaient été la cible d'actes visant leur élimination en tant que telle, mais plutôt parce qu'ils avaient fait l'objet de mesures visant à les éliminer *de ce lieu précis*.

23. Certes, on peut comprendre aisément que la majorité se soit montrée peu encline (et non sans raison) à adopter la position retenue dans l'affaire *Tolimir*, du fait que le jugement a été porté en appel et que la conclusion qu'un génocide avait été commis à Zepa était liée (bien qu'indirectement) au génocide désormais largement reconnu qui avait été perpétré par les mêmes assaillants à Srebrenica, à une vingtaine de kilomètres et quelques jours auparavant seulement. Néanmoins, à mon avis, en faisant complètement abstraction du jugement *Tolimir*, la majorité a manqué à son propre engagement de «prendre[e] en considération, le cas échéant, les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du TPIY, comme elle l'a fait en 2007, lorsqu'elle examinera en l'espèce les éléments constitutifs du génocide» (arrêt, par. 129). Je reviendrai sur cet aspect du jugement *Tolimir* lorsque j'aborderai la façon dont les victimes croates du siège de Vukovar et de ses retombées ont été prises en considération dans le présent arrêt (voir *infra*).

THE *POPOVIĆ* ICTY TRIAL CHAMBER JUDGMENT

24. In the *Popović* case, the Trial Chamber of the ICTY provided an analysis on the substantiality component in relation to the killing of several thousand Bosnian Muslim men at Srebrenica enclave in Eastern Bosnia and Herzegovina in July 1995. It is to be recalled that both the Court and several Trial and Appeals Chambers of the ICTY have consistently held that the massacre at Srebrenica constituted genocide. Consequently, while the *Popović* Trial Chamber's finding of genocidal intent in relation to the Srebrenica massacre is not in itself a novel jurisprudential development, in expounding this notion the Trial Chamber made the following noteworthy remarks:

“The Trial Chamber finds that the Muslims of Eastern Bosnia constitute a substantial component of the entire group, Bosnian Muslims. As has been found by the Appeals Chamber, although the size of the Bosnian Muslim population in Srebrenica before its capture . . . was a small percentage of the overall Muslim population of BiH at the time, the import of the community is not appreciated solely by its size. *The Srebrenica enclave was of immense importance to the Bosnian Serb leadership because: (1) the ethnically Serb state they sought to create would remain divided and access to Serbia disrupted without Srebrenica; (2) most of the Muslim inhabitants of the region had, at the relevant time, sought refuge in the Srebrenica enclave and the elimination of the enclave would accomplish the goal of eliminating the Muslim presence in the entire region; and (3) the enclave's elimination despite international assurances of safety would demonstrate to the Bosnian Muslims their defenceless and be 'emblematic' of the fate of all Bosnian Muslims.*”<sup>23</sup>

25. In my respectful view, the first and third factors enumerated by the Trial Chamber in *Popović* may have warranted consideration when conducting an assessment of genocidal intent in the present Judgment, particularly with reference to the attack on Vukovar municipality. Regarding the first factor, I note that the Judgment has recalled that:

“Croatia attaches particular importance to the events which took place in Vukovar and its surrounding area in the autumn of 1991. According to the Applicant, the JNA and Serb forces killed several hundred civilians in that multi-ethnic city in Eastern Slavonia, situated on the border with Serbia and intended to become, under the

<sup>23</sup> *Prosecutor v. Popović et al.*, Trial Judgment, 10 June 2010, para. 865; emphasis added.

LE JUGEMENT RENDU EN L'AFFAIRE *POPOVIĆ* PAR LE TPIY

24. En l'affaire *Popović*, la chambre de première instance du TPIY a procédé à une analyse du critère du caractère substantiel dans le contexte du meurtre de plusieurs milliers d'hommes musulmans de Bosnie commis en juillet 1995 dans l'enclave de Srebrenica en Bosnie orientale. Il convient de rappeler que tant la Cour que plusieurs chambres de première instance et la chambre d'appel du TPIY ont systématiquement conclu que le massacre de Srebrenica constituait un génocide. En conséquence, si le fait que la chambre de première instance saisie de l'affaire *Popović* ait conclu à l'existence de l'intention génocidaire en ce qui concerne le massacre de Srebrenica n'a rien d'un revirement jurisprudentiel, ladite chambre a, ce faisant, fait les observations suivantes, qui méritent qu'on s'y arrête :

« La Chambre de première instance conclut que les Musulmans de Bosnie orientale représentent une partie substantielle du groupe des Musulmans de Bosnie dans son ensemble. Comme l'a conclu la Chambre d'appel, si, avant la prise de Srebrenica ... le nombre des habitants musulmans était peu élevé par rapport à la population musulmane totale de la Bosnie-Herzégovine à l'époque des faits, il ne faut pas se méprendre sur l'importance de la communauté musulmane de Srebrenica. *L'enclave de Srebrenica revêtait une importance stratégique capitale pour les dirigeants serbes de Bosnie, car 1) sans Srebrenica, l'Etat ethniquement serbe qu'ils souhaitaient créer serait resté divisé et coupé de la Serbie; 2) la plupart des habitants musulmans de la région ayant trouvé à l'époque refuge dans l'enclave de Srebrenica, l'élimination de cette enclave aurait permis de débarrasser la région tout entière de sa population musulmane; et 3) l'élimination de l'enclave, malgré les assurances données par la communauté internationale, devait faire prendre conscience à tous les Musulmans de Bosnie de leur impuissance, et être « représentati[ve] » du sort de l'ensemble des Musulmans de Bosnie.* »<sup>23</sup>

25. A mon avis, les premier et troisième points énumérés par la chambre de première instance dans l'affaire *Popović* auraient dû être pris en considération, dans le présent arrêt, lors de l'appréciation de l'intention génocidaire, notamment en ce qui concerne l'attaque de la municipalité de Vukovar. S'agissant du premier point, je constate qu'il a été rappelé ce qui suit dans l'arrêt :

« La Croatie attache une importance particulière aux événements qui se sont déroulés à Vukovar et dans ses environs à l'automne 1991. Selon elle, la JNA et des forces serbes auraient tué plusieurs centaines de civils dans cette ville à population mixte de Slavonie orientale, *située à la frontière avec la Serbie, qui avait vocation, dans*

<sup>23</sup> *Le Procureur c. Popović et consorts*, jugement du 10 juin 2010, par. 865 (les italiques sont de moi).

*plans for a 'Greater Serbia', the capital of the new Serbian region of Slavonia, Baranja and Western Srem.*" (Judgment, para. 212; emphasis added.)

This averred emblematic significance of Vukovar can be further inferred from the findings of the ICTY Trial Chamber in *Mrkšić*, as accepted by the Court in the instant Judgment, which found that during the approximately three-month siege of Vukovar:

"The duration of the fighting, the gross disparity between the numbers of the Serb and Croatian forces engaged in the battle and in the armament and equipment available to the opposing forces and, above all, *the nature and extent of the devastation brought on Vukovar and its immediate surroundings by the massive Serb forces over the prolonged military engagement, demonstrate, in the finding of the Chamber, that the Serb attack was also consciously and deliberately directed against the city of Vukovar itself and its hapless civilian population, trapped as they were by the Serb military blockade of Vukovar and its surroundings and forced to seek what shelter they could in the basements and other underground structures that survived the ongoing bombardments and assaults. What occurred was not, in the finding of the Chamber, merely an armed conflict between a military force and an opposing force in the course of which civilians became casualties and some property was damaged. The events, when viewed overall, disclose an attack by comparatively massive Serb forces, well armed, equipped, and organized, which slowly and systematically destroyed a city and its civilian and military occupants to the point where there was a complete surrender of those that remained . . .*

It is in this setting that the Chamber finds that, at the time relevant to the Indictment, there was in fact, not only a military operation against the Croat forces in and around Vukovar, but *also a widespread and systematic attack by the JNA and other Serb forces directed against the Croat and other non-Serb civilian population in the wider Vukovar area . . .*"<sup>24</sup>

In my view, this sustained, ethnically discriminatory attack, aimed in part at the slow and systematic destruction of the Croat civilian populace of Vukovar, provides implicit evidence of its strategic importance in terms of allowing the expansionist policy of "Greater Serbia" to gain a pivotal foothold within Croatian territory, and thus heightens the prominence of the Vukovar Croat subgroup when assessing genocidal intent vis-à-vis that municipality and its environs.

26. Regarding the third criterion enunciated in *Popović*, I recall that the evacuation of Vukovar hospital on 20 November 1991, through which many Croats were interned at nearby concentration camps and subse-

<sup>24</sup> Judgment, para. 218; citing *Mrkšić*, paras. 470 and 472.

*le cadre du projet de la « Grande Serbie », à devenir la capitale de la nouvelle région serbe de Slavonie, Baranja et Srem occidental. » (Arrêt, par. 212; les italiques sont de moi.)*

L'importance symbolique apparente de Vukovar ressort également des conclusions de la chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Mrkšić*, reprises dans l'arrêt en l'espèce par la Cour, relativement au siège de Vukovar, qui a duré trois mois environ :

« [L]a durée des combats, la très forte disparité tant numérique que matérielle des forces engagées dans la bataille et, surtout, *la nature et l'étendue des destructions imputables aux forces serbes à Vukovar et aux abords immédiats de la ville pendant cet engagement militaire prolongé démontrent que 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 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.*

La Chambre en conclut que, à l'époque des faits, il existait non seulement une opération militaire menée contre les forces croates présentes à Vukovar et aux environs, 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.*»<sup>24</sup>

A mon avis, cette attaque prolongée et discriminatoire sur le plan ethnique, qui visait en partie à la destruction lente et systématique de la population civile croate de Vukovar, apporte une preuve implicite de l'importance stratégique de celle-ci, en ce qu'elle permettait à la politique expansionniste de la « Grande Serbie » de prendre pied en territoire croate, ce qui accroît l'importance qu'il convient d'accorder au sous-groupe des Croates de Vukovar au moment d'apprécier l'intention génocidaire à l'égard de cette municipalité et de ses environs.

26. En ce qui concerne le troisième point énoncé dans le jugement *Popović*, je rappelle que l'évacuation de l'hôpital de Vukovar le 20 novembre 1991, à l'issue de laquelle de nombreux Croates ont été inter-

<sup>24</sup> Jugement *Mrkšić*, par. 470 et 472, cité au paragraphe 218 de l'arrêt.

quently killed, severely beaten and/or otherwise subjected to serious forms of physical and psychological abuse, was conducted in violation of the Zagreb Agreement, which purported to allow for the safe evacuation of those internally displaced Vukovar Croats who had sought refuge at the local hospital under the supervision of neutral international monitors. I believe that the deliberate and cynical manner in which this international agreement was violated, to the grave detriment of those who made the assumption that a widely publicized agreement would guarantee their safety, allows for the inference that the sorry plight of the victims from Vukovar hospital and those subsequently interned in concentration and death camps, could certainly, to paraphrase *Popović*, “demonstrate to the Vukovar Croats their defencelessness and be emblematic of the fate of all ethnic Croats on Croatian territory”.

#### THE *NIZEYIMANA* ICTR TRIAL CHAMBER JUDGMENT

27. In the *Nizeyimana* case, the accused was convicted at trial for genocide in relation to, *inter alia*, the killing of Rosalie Gicanda, a member of the targeted Tutsi ethnic group and former Queen of Rwanda. In applying the substantiality criterion of genocidal intent, the Trial Chamber stressed that

“[t]he fact that this operation targeted one Tutsi in particular in no way impacts the conclusion that the perpetrators possessed the intent to destroy at least a substantial part of the Tutsi ethnic group. The Chamber reiterates that this killing must be viewed in the context of the targeted and systematic killing of Tutsis perpetrated . . . in Butare [town] around this time. Moreover, the symbolic importance of the killing of Gicanda as a means of identifying the enemy is also relevant.”<sup>25</sup>

In that regard, the Trial Chamber noted that it had “no doubt that the murder of Gicanda . . . who was a symbol of the former [Tutsi] monarchy, was killed in order to set a striking example that Tutsis, as well as Hutus sympathetic to the plight of the Tutsis, were the enemy”<sup>26</sup>. The Trial Chamber further stressed the nexus between this particular attack and the significantly increased violence against Tutsi civilians in Butare town following an incendiary speech by the President of Rwanda on 19 April 1994 in which he exhorted the population to seek out and kill Tutsis.

28. In relation to a separate incident, the Trial Chamber found that the killing of one Pierre Claver Karenzi, a Tutsi lecturer at a local university

<sup>25</sup> *Prosecutor v. Nizeyimana*, Trial Judgment, 19 June 2012, para. 1530; emphasis added.

<sup>26</sup> *Ibid.*, para. 1511; emphasis added.

nés dans des camps de concentration à proximité, puis tués, roués de coups et/ou soumis à d'autres formes graves de violences physiques et psychologiques, a été effectuée en violation de l'accord de Zagreb, qui était censé permettre l'évacuation en toute sécurité des Croates de Vukovar déplacés qui avaient cherché refuge à l'hôpital local sous la supervision d'observateurs internationaux neutres. Je crois que la façon délibérée et cynique dont cet accord international a été violé, au grave détriment de ceux qui avaient pu supposer qu'un accord largement médiatisé garantirait leur sécurité, permet de conclure que le destin tragique des victimes de l'hôpital de Vukovar et de ceux qui ont été internés ultérieurement dans des camps de concentration et d'extermination pouvait certainement, pour paraphraser le jugement *Popović*, «faire prendre conscience aux Croates de Vukovar de leur impuissance et être représentati[ve] du sort de l'ensemble des Croates de souche sur le territoire croate».

#### LE JUGEMENT RENDU EN L'AFFAIRE *NIZEYIMANA* PAR LE TPIR

27. Dans l'affaire *Nizeyimana*, l'accusé a été reconnu coupable lors de son procès pour génocide à raison, notamment, du meurtre de Rosalie Gicanda, membre du groupe ethnique tutsi visé et ancienne reine du Rwanda. Lorsqu'elle a appliqué le critère du caractère substantiel par rapport à l'intention génocidaire, la chambre de première instance a souligné ce qui suit :

«Le fait que cette opération visait un Tutsi en particulier n'a aucune incidence sur la conclusion que les auteurs avaient l'intention de détruire au moins une partie substantielle du groupe ethnique tutsi. La Chambre rappelle que ce meurtre doit être vu dans le contexte du massacre ciblé et systématique des Tutsis perpétré à cette époque ... [à] Butare. De plus, l'importance symbolique du meurtre de Gicanda en tant que moyen d'identifier l'ennemi est également pertinente.»<sup>25</sup>

A ce sujet, la chambre de première instance a fait observer qu'elle n'avait «aucun doute ... que ... Gicanda, ... symbole de l'ancienne monarchie [tutsie] ..., a[vait] été tuée pour servir d'exemple frappant et montrer que l'ennemi, c'était les Tutsis et les Hutus perçus comme sensibles au sort des Tutsis»<sup>26</sup>. Elle a aussi souligné le lien qui existait entre cet attentat et l'augmentation notable des actes de violence commis contre des civils tutsis à Butare après un discours incendiaire prononcé le 19 avril 1994 par le président rwandais, qui avait exhorté la population à traquer et à tuer les Tutsis.

28. La chambre de première instance a conclu que le meurtre de Pierre Claver Karenzi, professeur tutsi dans une université locale et consi-

<sup>25</sup> *Le Procureur c. Nizeyimana*, jugement du 19 juin 2012, par. 1530 (les italiques sont de moi).

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 1511 (les italiques sont de moi).

who was considered “a prominent figure in Butare” town also constituted genocide. Again the Trial Chamber found that

*“Karenzi’s murder is also emblematic of the systematic nature in which Tutsi civilians were identified and killed on an ongoing basis at roadblocks manned by . . . soldiers in Butare town. Consequently, while this incident only resulted in the killing of one Tutsi, the Chamber has no doubt that the physical perpetrator acted with the specific intent to destroy at least a substantial part of the Tutsi group.”*<sup>27</sup>

Once again the Trial Chamber found that this attack was linked to the broader context of significantly increased targeted killings of the Tutsi ethnic group in Butare town around that time in the wake of the President’s speech.

29. Finally, the Trial Chamber found genocidal intent in relation to another incident where two Tutsi civilians were killed and another seriously injured at a military roadblock. As the Trial Chamber reasoned,

*“[w]hile these attacks only resulted in the deaths of two Tutsis and the serious bodily harm of a third, the Chamber has no doubt that the perpetrators acted with the intent to destroy at least a substantial part of the Tutsi group. These attacks were emblematic of the systematic nature in which Tutsi civilians were identified and killed on an ongoing basis at this roadblock and others manned by . . . soldiers in Butare town.”*<sup>28</sup>

What is particularly noteworthy about this specific finding of genocidal intent is the Trial Chamber’s determination that the attack on the three Tutsi victims was “emblematic” of the overall group *not* because of the *individual prominence of the victims within the community* (there was no evidence on record to suggest such a conclusion), but rather because the attack on them embodied a *modus operandi for the systematic destruction of the Tutsi group in Butare town generally*. In other words, Tutsis at the roadblock were “emblematic” of the overall group not because of *who they were*, but rather *the manner in which they were attacked*. While indicia of “prominence” through the *modus operandi* of the attack may be gleaned from the killings of Gicanda and Karenzi, the fact that the victims of this third attack did not hold any prominent positions within the Tutsi community only further underscores the point. Consequently, I find these exemplars from the *Nizeyimana* Trial Judgment to signal a clear departure from what was envisaged by the “qualitative approach” in the Court’s *Bosnia* Judgment (and subsequently rebranded as the “prominence” of the targeted group in the instant Judgment), and believe that the present Judgment’s analysis would have been enriched by a consideration of this recent,

<sup>27</sup> *Prosecutor v. Nizeyimana*, Trial Judgment, 19 June 2012, para. 1530; emphasis added.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 1521; emphasis added.

déré comme « une personnalité en vue à Butare », constituait aussi un acte génocidaire. Là encore, la chambre de première instance a conclu que

*« le meurtre de Karenzi illustre, lui aussi, la manière systématique dont les civils tutsis étaient identifiés et tués aux barrages contrôlés par des militaires ... à Butare. Aussi, même s'il n'y a eu, cette fois-là, qu'un seul Tutsi qui a été tué, il ne fait aucun doute pour la Chambre que [l']auteur [du meurtre] était animé de l'intention spécifique de détruire au moins une partie substantielle du groupe ethnique tutsi. »<sup>27</sup>*

Une fois de plus, la chambre de première instance a conclu que cette attaque s'inscrivait dans le contexte plus général de l'augmentation appréciable du nombre de meurtres dirigés contre des membres du groupe ethnique tutsi dans la ville de Butare à cette époque, à la suite du discours du président.

29. Enfin, la chambre de première instance a conclu à l'existence de l'intention génocidaire à raison d'un autre épisode au cours duquel deux civils tutsis ont été tués et un troisième, grièvement blessé, à un barrage militaire :

*« Ces attaques s'étaient soldées par la mort de deux Tutsis seulement et l'atteinte grave portée à l'intégrité physique d'un troisième, mais la Chambre n'a aucun doute que les auteurs étaient animés de l'intention de détruire au moins une partie substantielle du groupe ethnique tutsi. Ces attaques attestaient la nature systématique de la manière dont les civils tutsis ne cessaient d'être identifiés et tués à ce barrage et à d'autres tenus par les militaires ... à Butare. »<sup>28</sup>*

Cette décision concluant à l'existence de l'intention génocidaire est remarquable en ce que la chambre de première instance a considéré que l'attaque contre les trois victimes tutsies « attestait » que l'ensemble du groupe était visé *non pas* à cause de *l'importance que les victimes avaient en tant qu'individus au sein de la communauté* (pareille conclusion n'étant étayée par aucune élément de preuve), mais plutôt parce que cette attaque incarnait un *mode opératoire visant la destruction systématique du groupe tutsi dans la ville de Butare en général*. En d'autres termes, les Tutsis tombés au barrage routier symbolisaient l'ensemble du groupe en raison non pas de *leur personnalité*, mais plutôt de *la manière dont ils avaient été attaqués*. Si, dans les meurtres de Gicanda et de Karenzi, l'on peut considérer que la « notoriété » des victimes a joué un rôle dans le schéma de l'attaque, le fait que les victimes de la troisième attaque n'occupaient pas de position importante au sein de la communauté tutsie ne fait en revanche qu'appuyer encore cette thèse. J'estime donc que ces extraits du jugement rendu en l'affaire *Nizeyimana* marquent une rupture nette avec ce qui avait été envisagé sous l'angle « qualitatif » dans l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (devenu dans le présent arrêt la « place occupée » par le groupe visé), et je crois que l'analyse à

<sup>27</sup> *Le Procureur c. Nizeyimana*, jugement du 19 juin 2012, par. 1530 (les italiques sont de moi).

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 1521 (les italiques sont de moi).

pertinent jurisprudential development on the law of genocidal *dolus specialis*.

30. Applying the *Nizeyimana* precedent to the facts at bar, I would note that the present Judgment recalls that the *Mrkšić* Trial Chamber found that the attacks in Eastern Slavonia generally followed a consistent pattern:

“[T]he system of attack employed by the JNA typically evolved along the following lines: (a) tension, confusion and fear is built up by a military presence around a village (or bigger community) and provocative behaviour; (b) there is then artillery or mortar shelling for several days, mostly aimed at the Croatian parts of the village; in this stage churches are often hit and destroyed; (c) in nearly all cases JNA ultimata are issued to the people of a village demanding the collection and the delivery to the JNA of all weapons; village delegations are formed but their consultations with JNA military authorities do not lead . . . to peaceful arrangements; . . . (d) at the same time, or shortly after the attack, Serb paramilitaries enter the village; what then follows varied from murder, killing, burning and looting, to discrimination.”<sup>29</sup>

The Judgment also recalled that in the *Martić* case, the ICTY Trial Chamber made similar findings regarding the pattern of attacks perpetrated by Serb forces in Croatia:

“[T]he area or village in question would be shelled, after which ground units would enter. After the fighting had subsided, acts of killing and violence would be committed by the forces against the civilian non-Serb population who had not managed to flee during the attack. Houses, churches and property would be destroyed in order to prevent their return and widespread looting would be carried out. In some instances the police and the TO of the SAO Krajina organized transport for the non-Serb population in order to remove it from SAO Krajina territory to locations under Croatian control. Moreover, members of the non-Serb population would be rounded up and taken away to detention facilities, including in central Knin, and eventually exchanged and transported to areas under Croatian control.”<sup>30</sup>

After considering, *inter alia*, these findings from the ICTY, the present Judgment concludes that:

“The Court likewise notes that there were similarities, in terms of the *modus operandi* used, between some of the attacks confirmed to have taken place. Thus it observes that the JNA and Serb forces

<sup>29</sup> Judgment, para. 414, citing *Mrkšić* Trial Judgment, para. 43.

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 427.

laquelle il a été procédé dans le présent arrêt aurait bénéficié de l'examen de cette évolution récente et pertinente de la jurisprudence concernant le droit relatif au *dolus specialis* du génocide.

30. Appliquant le principe du jugement *Nizeyimana* aux faits de l'espèce, je tiens à souligner qu'il est rappelé dans le présent arrêt que la chambre de première instance a conclu en l'affaire *Mrkšić* que les attaques en Slavonie orientale s'étaient en général déroulées selon le même scénario :

«[L]es attaques de la JNA se déroulaient en général selon le schéma suivant : «a) elle attisait les tensions et semait la confusion et la peur par une présence militaire aux alentours du village (ou d'une communauté plus grande) et par des provocations; b) elle tirait ensuite, plusieurs jours durant, à l'artillerie ou au mortier le plus souvent sur les parties croates du village; c'est à ce stade que, souvent, les églises étaient touchées et détruites; c) dans presque tous les cas, la JNA lançait un ultimatum aux habitants, leur enjoignant de rassembler et de remettre leurs armes; les villages constituaient des délégations, mais les négociations avec les autorités militaires de la JNA n'ont abouti à aucun accord de paix; d) pendant ou juste après l'attaque, des paramilitaires serbes entraient dans le village, assassinant ou tuant les habitants, incendiant et pillant leurs biens, pour des raisons discriminatoires ou non.»<sup>29</sup>

Il est également rappelé dans l'arrêt que, dans l'affaire *Martić*, la chambre de première instance du TPIY est parvenue à des conclusions similaires au sujet de la série d'attaques perpétrées par les forces serbes en Croatie :

«[D]es 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. Dans certains cas, la police et la TO de la SAO de Krajina ont organisé le transport de la population non serbe vers des localités sous contrôle croate. En outre, les non-Serbes étaient pris dans des rafles et incarcérés, notamment dans le centre de détention de Knin ville, en vue d'être échangés et transportés vers des régions sous contrôle croate.»<sup>30</sup>

Après avoir examiné, entre autres, ces constatations du TPIY, la Cour en vient dans le présent arrêt à la conclusion suivante :

«La Cour constate également que, parmi les attaques dont l'existence a pu être établie, certaines présentaient des similarités quant au mode opératoire utilisé. Elle note ainsi que la JNA et des forces

<sup>29</sup> Jugement *Mrkšić*, par. 43, cité au paragraphe 414 de l'arrêt.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 427.

would attack and occupy the localities and create a climate of fear and coercion, by committing a number of acts that constitute the *actus reus* of genocide within the meaning of Article II (a) and (b) of the Convention. Finally, the occupation would end with the forced expulsion of the Croat population from these localities.

The findings of the Court and those of the ICTY are mutually consistent, and establish the existence of a pattern of conduct that consisted, from August 1991, in widespread attacks by the JNA and Serb forces on localities with Croat populations in various regions of Croatia, according to a generally similar *modus operandi*.” (Judgment, paras. 415-416.)

31. Bearing this established pattern of conduct throughout various parts of the territory of Croatia in mind, I would further recall that the Applicant has presented the siege of Vukovar as representing a paradigmatic example of the *modus operandi* outlined above. As counsel for Croatia stated during the oral hearing phase of this case,

“[W]hat happened at Vukovar was repeated again and again across Eastern Slavonia and across Croatia as a whole in the course of this conflict. This pattern may have varied from village to village, town to town and across different regions. But, properly analysed, the ‘pattern’ discloses that there was an intention to ‘destroy’ a part of the Croat group in question. The artillery or mortar shelling was wholly disproportionate and, in places, such as Vukovar, essentially destroyed the entire city. And the murderous attacks were never intended as part of the mere expulsion of a part of the Croat group in question.”<sup>31</sup>

Consequently, I believe that in view of the *Nizeyimana* Trial Judgment, the Judgment’s analysis with respect to substantiality could have been enhanced by considering the *modus operandi* of the attack on Vukovar, being a microcosm for the manner in which a much wider conflict was waged, for the purpose of assessing whether the “prominence” of the Vukovar Croats could factor into the calculus as to whether they were targeted with genocidal intent.

#### THE *HATEGEKIMANA* ICTR TRIAL CHAMBER JUDGMENT

32. In the case of *Hategekimana*, the accused was convicted, *inter alia*, of genocide for the murder of three Tutsi women during an attack on their home by militia and soldiers. In determining genocidal intent, the Trial Chamber noted that in addition to the fact that the three women were singled out because of their ethnicity, the Chamber had received “extensive evidence . . . about the targeting of Tutsi civilians in Butare [province] following the speech of interim President Sindikubwabo on 19 April 1994”, which resulted in “many Tutsi civilians being killed in their

<sup>31</sup> CR 2014/8, p. 47 (Starmer); emphasis added.

serbes attaquaient les localités, les occupaient et imposaient un climat de coercition et de peur, en commettant un certain nombre d'actes constitutifs de l'élément matériel du génocide, au sens des *litt. a) et b)* de l'article II de la Convention. Enfin, l'occupation se soldait par l'expulsion forcée de la population croate de ces localités.

Les conclusions de la Cour et du TPIY sont concordantes et permettent d'établir l'existence d'une ligne de conduite constituée d'attaques généralisées par la JNA et des forces serbes de localités peuplées de Croates dans différentes régions de Croatie, selon un schéma généralement similaire, à compter d'août 1991.» (Arrêt, par. 415-416.)

31. Gardant à l'esprit cette ligne de conduite établie dans diverses parties du territoire de la Croatie, il importe de rappeler que le demandeur a présenté le siège de Vukovar comme constituant un exemple paradigmatique du mode opératoire décrit plus haut. Ainsi, le conseil de la Croatie a tenu les propos ci-après lors des audiences :

« [C]e qui est arrivé à Vukovar s'est reproduit à maintes reprises en Slavonie orientale et dans toute la Croatie au cours du conflit. Les méthodes ont peut-être varié selon les villages, les villes, les régions, mais, examinées de près, elles font toutes apparaître l'intention de « détruire » une partie du groupe croate en question. Les pilonnages à l'artillerie ou au mortier étaient totalement disproportionnés et, à Vukovar par exemple, ont pratiquement réduit la ville en cendres. Ces attaques meurtrières ne visaient pas simplement à expulser une partie du groupe croate en question. »<sup>31</sup>

En conséquence, je crois que, compte tenu du jugement *Nizeyimana*, l'analyse à laquelle il a été procédé dans l'arrêt au sujet du caractère substantiel aurait pu être étoffée si l'on avait pris en considération le schéma de l'attaque de Vukovar, en tant que microcosme d'un conflit beaucoup plus large, pour évaluer si la « place occupée » par les Croates de Vukovar pouvait entrer en ligne de compte dans l'examen de la question de savoir s'ils avaient été pris pour cible dans une intention génocidaire.

#### LE JUGEMENT RENDU EN L'AFFAIRE *HATEGEKIMANA* PAR LE TPIR

32. Dans l'affaire *Hategekimana*, l'accusé a été reconnu coupable, entre autres, de génocide, pour le meurtre de *trois* femmes tutsies lors de l'attaque de leur maison par des miliciens et des soldats. Dans sa recherche de l'intention génocidaire, la chambre de première instance a observé que, outre le fait que les trois femmes avaient été choisies en raison de leur appartenance ethnique, elle avait reçu « d'abondants témoignages ... [selon lesquels] les civils tutsis [avaient] été visés dans la [province] de Butare, plus particulièrement après le discours du président par intérim, Sin-

<sup>31</sup> CR 2014/8, p. 47 (Starmer) (les italiques sont de moi).

*homes* over the course of many days”. The Chamber found that “[g]iven the scale of the killings *and their context*, the only reasonable inference is that the assailants [who killed the women] possessed the intent to destroy in whole or in part a substantial part of the Tutsi group”<sup>32</sup>. Once again we see an example where an attack against a targeted group that resulted in a comparatively low *absolute* and *relative* number of victims was nevertheless deemed to possess genocidal intent, due at least in part to the *modus operandi* of the manner in which they were killed.

#### THE *MUNYAKAZI* ICTR TRIAL CHAMBER JUDGMENT

33. In the case of *Munyakazi*, the accused was convicted of genocide for, *inter alia*, an attack on a parish that killed between 60 and 100 Tutsi refugees. The Trial Chamber observed that the attack occurred the day after a much larger attack on a different parish where approximately 5,000 to 6,000 Tutsis were killed by the same group of perpetrators. Considering both attacks as a whole, the Trial Chamber found genocidal intent for a substantial part of the Tutsi ethnic group<sup>33</sup>. This finding of genocide evokes many parallels with the ICTY Trial Chamber’s finding of genocide in relation to Zepa enclave in the *Tolimir* Judgment, which also featured an attack on one geographic area where a relatively small number of victims were killed (Zepa) but which was closely linked, in terms of geography, time, and the identity of the perpetrators, to a previous, considerably more sizeable attack (Srebrenica).

#### OTHER ICTR TRIAL CHAMBER JUDGMENTS

34. In keeping with the pattern demonstrated above, since the Court’s issuance of the *Bosnia* Judgment in 2007, the ICTR has made findings of genocide in relation to scenarios where “the quantitative element” (to use the nomenclature adopted by the present Judgment) figured far less prominently in the calculus as to whether the attacks were perpetrated with genocidal intent than a strict application of the *Bosnia* formula would dictate. In this regard, we see that genocidal intent in several instances was inferred in large part due to the geographic profile of the *situs* of the attack and/or the prominence of the victims (whether said prominence was measured in terms of personal standing in the

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Hategekimana*, Trial Judgment, 6 December 2010, para. 673; emphasis added.

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Munyakazi*, Trial Judgment, 5 July 2010, paras. 496, 499-500.

dikubwabo, le 19 avril 1994», si bien que «*de nombreux ... Tutsis avaient été attaqués chez eux [et] tués en grand nombre pendant plusieurs jours*». Elle a jugé que, «[v]u l'ampleur des massacres *et le contexte* dans lequel ils [avaient] été perpétrés, la seule conclusion raisonnable qui s'impose est que les assaillants [qui ont tué ces femmes] étaient animés de l'intention de détruire, en tout ou en partie, une part substantielle du groupe tutsi»<sup>32</sup>. Il s'agit là d'un autre cas où l'on a estimé, en raison, au moins en partie, du mode opératoire utilisé, qu'une intention génocidaire était à l'œuvre dans une attaque contre un groupe ciblé qui s'est pourtant soldée par un nombre de victimes assez faible, qu'il soit pris dans l'*absolu* ou en tant que valeur *relative*.

#### LE JUGEMENT RENDU EN L'AFFAIRE *MUNYAKAZI* PAR LE TPIR

33. Dans l'affaire *Munyakazi*, l'accusé a été reconnu coupable de génocide à raison, notamment, d'une attaque dirigée contre une paroisse au cours de laquelle ont péri 60 à 100 réfugiés tutsis. La chambre de première instance a relevé que cette attaque s'était produite le lendemain d'une attaque de bien plus grande ampleur contre une autre paroisse, au cours de laquelle le même groupe d'assaillants avait tué de 5000 à 6000 Tutsis. Considérant que ces deux attaques devaient être prises ensemble, elle a conclu à l'existence d'une intention génocidaire visant une partie substantielle du groupe ethnique tutsi<sup>33</sup>. Cette conclusion présente de nombreux parallèles avec celle à laquelle le TPIY est parvenu dans le jugement *Tolimir* au sujet de l'enclave de Zepa, où avait été menée une attaque qui allait faire un nombre relativement faible de victimes, mais qui était étroitement liée, sur les plans géographique et temporel, et quant à l'identité des auteurs, à une attaque antérieure beaucoup plus importante (Srebrenica).

#### LES JUGEMENTS RENDUS PAR LE TPIR DANS D'AUTRES AFFAIRES

34. Conformément à la tendance exposée ci-dessus, depuis que la Cour a rendu en 2007 son arrêt en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, le TPIR a conclu à la perpétration d'un génocide dans des contextes où l'«élément quantitatif» (pour reprendre la terminologie adoptée dans le présent arrêt) tenait dans la démarche visant à déterminer si les attaques avaient été lancées dans une intention génocidaire, une place nettement moins importante que ce qu'aurait exigé une application stricte de la formule établie dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. A ce sujet, on constate que, dans plusieurs affaires, l'intention génocidaire a été inférée en grande partie en

<sup>32</sup> *Le Procureur c. Hategekimana*, jugement du 6 décembre 2010, par. 680 (les italiques sont de moi).

<sup>33</sup> *Le Procureur c. Munyakazi*, jugement du 5 juillet 2010, par. 496, 499-500.

community of the victim or the *modus operandi* of how the attack unfolded)<sup>34</sup>. In sum, what we see is a clearly more flexible application of genocidal *dolus specialis* that would tend to challenge the pre-eminence afforded the substantiality criterion in the *Bosnia* case.

35. For the avoidance of any doubt, I wish to underscore my recognition that there are obviously significant contextual differences between the crimes prosecuted in relation to Croatia before the ICTY (and, by extension, the subject-matter presently before the Court) and those relating to Rwanda before the ICTR, not the least of which is the sheer disparity in scale of the atrocities that occurred during the course of the respective conflicts. Hence I recall that Croatia's case — taken at its highest — is that the hostilities that form the backdrop to the present Judgment resulted in *12,500 Croat deaths*, whereas *conservative estimates* of the carnage in Rwanda posit that at least *half a million ethnic Tutsis and moderate Hutus were killed* during the course of the genocide that unfolded in that country in 1994 — a genocide, which, it should be noted, was the subject of an express finding of judicial notice by the ICTR Appeals Chamber<sup>35</sup>. Indeed, I recall that the Court stipulated in the present Judgment that it would give particular preference to jurisprudence emanating from the ICTY (see *supra*, paragraph 13, citing paragraph 129 of the Judgment), and I understand this perfectly sensible decision to be motivated in large part by the plain fact that the cases before the ICTY involve much closer historical, socio-political and legal issues to those presented in the case at bar than cases appearing before the ICTR.

36. In sum, while I am by no means advocating the wholesale importation of ICTR case law into the jurisprudence of this Court, my concern lies with what I find to be essentially the complete disregard of the most prolific judicial body to have interpreted and applied the Genocide Convention in the course of human history. With the greatest of respect to my learned colleagues, failure to so much as consult this ample body of jurisprudence, to my mind, constitutes a failure by the Court in its duty and its undertaking to keep abreast of the most recent and pertinent developments in the law of genocide in the present Judgment.

<sup>34</sup> See, e.g., *Prosecutor v. Nsengimana*, Trial Judgment, 17 November 2009, paras. 834-836; *Prosecutor v. Renzaho*, Trial Judgment, 14 July 2009, paras. 768-769; *Prosecutor v. Rukundo*, Trial Judgment, 27 February 2009, paras. 72, 74, 76; *Prosecutor v. Nchamihigo*, Trial Judgment, 12 November 2008, paras. 333-336, 346-347, 354, 357.

<sup>35</sup> This landmark decision was delivered by the Appeals Chamber on Prosecutor's Appeal on Judicial Notice, dated 16 June 2006, in the trial of *Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera*, ICTR-98-44AR73 (C).

fonction de la géographie du lieu de l'attaque et/ou de la place occupée par les victimes (selon que cette place a été évaluée en fonction de la situation de la victime au sein de la communauté ou du mode opératoire selon lequel s'est déroulée l'attaque)<sup>34</sup>. En somme, ce que nous voyons est une application à l'évidence plus souple de la formule permettant d'établir l'intention génocidaire qui tendrait à mettre en question la prééminence accordée au critère du caractère substantiel que l'on trouve dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*.

35. Pour éviter tout malentendu, je tiens à souligner que je suis conscient des différences contextuelles majeures qui existent entre les crimes commis en Croatie et poursuivis devant le TPIY (et, par extension, le différend porté devant la Cour) et ceux qu'a connus le Rwanda et qui ont été jugés par le TPIR, ne serait-ce que du point de vue de la disparité de l'échelle des atrocités commises au cours de chacun de ces conflits. C'est pourquoi je tiens à rappeler que, à en croire le chiffre avancé par la Croatie — à le supposer avéré —, les hostilités qui forment la toile de fond du présent arrêt ont fait *12 500 morts chez les Croates*, alors que, selon les *estimations prudentes* du carnage au Rwanda, au moins *un demi-million de Tutsis et de Hutus modérés ont été tués* au cours du génocide qui a eu lieu dans ce pays en 1994, génocide, qui, il convient de le souligner, a fait l'objet d'un constat judiciaire explicite de la part de la chambre d'appel du TPIR<sup>35</sup>. En effet, je rappelle que la Cour a précisé dans le présent arrêt qu'elle accorderait la priorité à la jurisprudence émanant du TPIY (voir ci-dessus, le paragraphe 13, citant le paragraphe 129 de l'arrêt), et je crois comprendre que cette décision parfaitement raisonnable est motivée en grande partie par le simple fait que les affaires portées devant le TPIY avaient trait à des questions historiques, sociopolitiques et juridiques beaucoup plus proches de celles soulevées en l'espèce que de celles dont le TPIR a eu à connaître.

36. En résumé, si je ne préconise en aucun cas l'importation en bloc de la jurisprudence du TPIR dans celle de la Cour, je suis préoccupé par ce qui me semble être sur le fond une méconnaissance complète de l'organe judiciaire qui s'est le plus employé à interpréter et à appliquer la convention sur le génocide dans l'histoire de l'humanité. Avec tout le respect que je dois à mes éminents collègues, le fait de n'avoir même pas consulté cette ample jurisprudence constitue, selon moi, un manquement par la Cour à son devoir et à son engagement de tenir compte dans le présent arrêt de l'évolution la plus récente et la plus pertinente qu'ait connue le droit relatif au génocide.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Nsengimana*, jugement du 17 novembre 2009, par. 834-836; *Le Procureur c. Renzaho*, jugement du 14 juillet 2009, par. 768-769; *Le Procureur c. Rukundo*, jugement du 27 février 2009, par. 72, 74 et 76; *Le Procureur c. Nchamihigo*, jugement du 12 novembre 2008, par. 333-336, 346-347, 354 et 357.

<sup>35</sup> Cette décision historique a été rendue par la chambre d'appel à la suite de l'appel interlocutoire interjeté par le procureur contre la décision relative au constat judiciaire, en date du 16 juin 2006, en l'affaire *Le Procureur c. Karemera, Ngirumpatse et Nzirorera*, ICTR-98-44AR73 (C).

CONCLUSION ON THE COURT'S TREATMENT OF POST-*BOSNIA*  
JURISPRUDENCE OF THE ICTY AND ICTR

37. In view of the observations above, I believe that the jurisprudence of the *ad hoc* international criminal tribunals in the years following the issuance of this Court's *Bosnia* Judgment demonstrate a dilution of the rigidly hierarchical tripartite formula for discerning genocidal intent as promulgated in that precedent, whereby the numerosity of the targeted population was clearly designed to serve as the pre-eminent concern in any such calculus. As I have noted above, while there are traces of a mollified approach to be found in the Judgment's gentle refastening of the *Bosnia* formula into a more egalitarian weighing of the three criteria to be applied in the present Judgment, in my respectful view it was incumbent upon the Court to take the further step of explicitly acknowledging and engaging the recent, pertinent jurisprudential developments presented by the ICTY and ICTR in this area of law and to incorporate, if and where appropriate, any evolutions to the *Bosnia* test that are not only strictly necessary for the disposition of the merits of the present dispute, but which may elucidate the development this legal area has undergone over the past eight years. In other words, even if it were not appropriate or even correct to *apply* such precedents to the facts at bar, in my considered opinion it was *certainly* appropriate to at least *consider* such key developments, if only to explain why they ought to be distinguished from the present case. Such an approach, I suggest, would be wholly commensurate with the Court's role as a pre-eminent global judicial forum to which other international dispute resolution mechanisms turn in search of guidance on such important and arcane points of law. Consequently, I regret that the majority has missed a prime opportunity to improve the clarity and authority of this area of public international law.

THE MAJORITY'S CONCLUSIONS ON GENOCIDAL INTENT  
IN THE PRESENT JUDGMENT

38. In assessing whether the targeted group was "substantial" for purposes of the *chapeau* of Article II of the Genocide Convention, the Judgment recalls Croatia's submission

"that *the Croats living in the regions of Eastern Slavonia, Western Slavonia, Banovina/Banija, Kordun, Lika and Dalmatia* [who were targeted for destruction by JNA and affiliated Serb forces] *constituted a substantial part of the protected group*, and that the intent to destroy the protected group 'in part', which characterizes genocide as defined

CONCLUSION SUR LE POIDS ACCORDÉ PAR LA COUR DE LA JURISPRUDENCE  
DU TPIY ET DU TPIR POSTÉRIEURE À L'ARRÊT RENDU EN L'AFFAIRE  
*BOSNIE-HERZÉGOVINE C. SERBIE-ET-MONTÉNÉGRO*

37. Compte tenu des observations ci-dessus, je crois que la jurisprudence émanée des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dans les années qui ont suivi le prononcé par la Cour de son arrêt en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* met au jour une dilution de la formule tripartite fortement hiérarchisée qu'elle a énoncée dans cet arrêt pour discerner l'intention génocidaire et dans laquelle l'importance numérique de la population visée était clairement destinée à être la préoccupation prédominante. Comme je l'ai mentionné plus haut, même si l'on peut distinguer dans le présent arrêt des signes d'assouplissement dans la légère reformulation de la règle élaborée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, se traduisant par une mise en balance plus libre des trois critères à appliquer, il incombait selon moi à la Cour de faire un pas de plus en prenant expressément acte de la récente évolution, exprimée dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR, qu'a connue ce domaine du droit au cours des huit dernières années et d'intégrer aux critères énoncés en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, en tant que de besoin, tout changement qui serait non seulement nécessaire pour trancher quant au fond le présent différend, mais aussi susceptible de mettre en lumière cette évolution. En d'autres termes, même s'il n'était pas opportun ou même juste d'*appliquer* ces précédents aux faits de l'espèce, à mon avis, il était *certainement* souhaitable d'en *examiner* au moins les principaux éléments nouveaux, ne serait-ce que pour expliquer pourquoi la présente affaire devait en être distinguée. Une telle démarche, me semble-t-il, serait pleinement conforme au rôle qui revient à la Cour en sa qualité de juridiction mondiale suprême, vers laquelle les autres organes internationaux de règlement des différends se tournent lorsqu'ils cherchent des orientations sur des points de droit aussi importants et obscurs. Je regrette donc que la majorité ait manqué une excellente occasion de clarifier et de renforcer ce domaine du droit international public.

LES CONCLUSIONS DE LA MAJORITÉ SUR L'INTENTION GÉNOCIDAIRE  
DANS LE PRÉSENT ARRÊT

38. Pour déterminer si le groupe visé était «substantiel» aux termes du passage introductif de l'article II de la convention sur le génocide, il est rappelé dans l'arrêt que la Croatie a allégué

«que les Croates habitant dans les régions de Slavonie orientale, de Slavonie occidentale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika et de Dalmatie [pris pour cible de la campagne de destruction menée par la JNA et les forces serbes affiliées] *constituaient une partie substantielle du groupe protégé*. L'intention de détruire «en partie» le groupe protégé, qui

in Article II of the Convention, is thus established” (Judgment, para. 403; emphasis added).

The Judgment also recalls that “[i]n its written pleadings, Croatia defines [the overall protected] group [at issue in its Claim] as *the Croat national or ethnical group on the territory of Croatia*, which is not contested by Serbia” (see *ibid.*, para. 205; emphasis added). Relying on official census data from 1991 — the year in which the hostilities that are the subject-matter of the present dispute commenced — adduced by Croatia, and uncontested by Serbia, the Judgment finds that “the ethnic Croat population living in the [identified] regions . . . numbered between 1.7 and 1.8 million [individuals . . . and] constituted slightly less than half of the ethnic population living in Croatia” (see *ibid.*, para. 406). The Judgment further concludes “that acts committed by JNA and Serb forces in the [identified] regions . . . targeted the Croats living in those regions, within which these armed forces exercised and sought to expand their control” (*ibid.*). While the majority also found that “as regards the prominence of that part of the group, the Court notes that Croatia has provided no information on this point” (*ibid.*) — a conclusion I do not share, and to which I shall return presently — “[t]he Court [nevertheless] concludes from the foregoing that the Croats living in the [identified] regions . . . constituted a substantial part of the Croat group” (*ibid.*). Despite my misgivings about the majority’s pronouncement as to the ostensible lack of evidence regarding the prominence of the Croat ethnic group at issue, I am in full agreement with the majority’s general conclusion that the part of the ethnic Croat group identified by the Applicant constituted a substantial part of the overall Croat ethnic group living within the territory of Croatia during the relevant period.

39. It is to be further recalled that the Judgment concludes that:

“The Court is fully convinced that, in [the] various [identified] localities . . . the JNA and Serb forces perpetrated against members of the protected group acts falling within subparagraphs (a) [killing members of the group] and (b) [causing serious bodily or mental harm to members of the group] of Article II of the Convention, and that the *actus reus* of genocide has been established.” (*Ibid.*, para. 401.)

I am also in complete agreement with the majority on this point. Where I depart from the majority is in *the manner of reasoning through which it has arrived at its conclusion* that “[t]he acts constituting the *actus reus* of genocide within the meaning of Article II (a) and (b) of the Convention were not committed with the specific intent required for them to be characterized as acts of genocide” (*ibid.*, para. 440). While I again recall that I have joined the majority in rejecting Croatia’s claim that genocide was committed against the targeted Croat population *on evidentiary grounds*, given that the majority has elected to take Croatia’s case at its highest prior to dismissing it, I shall proceed to make certain observations and critiques

caractérise le génocide tel que défini à l'article II de la Convention, serait ainsi établie.» (Arrêt, par. 403; les italiques sont de moi.)

On lit également dans l'arrêt que, «[d]ans ses écritures, la Croatie définit [l'ensemble du] groupe [protégé dont il est question dans sa demande] comme *le groupe national ou ethnique croate se trouvant sur le territoire de la Croatie*, ce qui n'est pas contesté par la Serbie» (voir *ibid.*, par. 205; les italiques sont de moi). Se fondant sur les données tirées du dernier recensement officiel réalisé en 1991 — année où les hostilités qui font l'objet du présent différend ont commencé —, fournies par la Croatie et non contestées par la Serbie, la Cour constate que «les Croates de souche vivant dans les régions [considérées] étaient ... entre 1,7 et 1,8 million [et] ... représentaient un peu moins de la moitié des Croates de souche vivant en Croatie» (voir *ibid.*, par. 406). Elle conclut ensuite «que les actes commis par la JNA et des forces serbes dans les régions [considérées] visaient les Croates habitant ces régions, dans lesquelles ces forces armées exerçaient et cherchaient à étendre leur contrôle» (*ibid.*). Alors que la majorité constate aussi que, «concernant la place occupée par la partie du groupe, la Croatie n'a pas fourni d'information sur ce point» (*ibid.*), conclusion que je ne partage pas et sur laquelle je reviendrai à présent, «[l]a Cour déduit [néanmoins] de ce qui précède que les Croates habitant dans les régions [considérées] constituaient une partie substantielle du groupe des Croates» (*ibid.*). Malgré mes réserves au sujet de la position majoritaire quant à l'absence manifeste de preuves, concernant la place occupée par les habitants des régions en question au sein du groupe des Croates, je souscris pleinement à la conclusion générale tenant pour substantielle cette partie de l'ensemble du groupe des Croates de souche vivant sur le territoire de la Croatie pendant la période considérée.

39. Il convient de rappeler en outre que dans l'arrêt, la Cour énonce la conclusion suivante :

«La Cour est pleinement convaincue que la JNA et des forces serbes ont commis dans [les différentes] localités [citées] à l'encontre de membres du groupe protégé des actes relevant des *litt. a)* et *b)* de l'article II de la Convention et que l'élément matériel du génocide (*actus reus*) est constitué.» (*Ibid.*, par. 401.)

Je suis aussi entièrement d'accord avec la majorité sur ce point. Je m'écarte d'elle, toutefois, en ce qui concerne *le raisonnement à l'issue duquel elle est parvenue à la conclusion* que «[l]es actes constituant l'élément matériel du génocide, au sens des *litt. a)* et *b)* de l'article II de la Convention, n'ont pas été commis dans l'intention spécifique requise pour être qualifiés d'actes de génocide» (*ibid.*, par. 440). Tout en rappelant une nouvelle fois que je me suis associé à la majorité pour rejeter les prétentions de la Croatie concernant la perpétration d'un génocide contre la population croate visée *en raison du manque de preuves*, étant donné que la majorité avait choisi d'accorder plein crédit à l'argumentation de la Croatie avant de la

regarding its approach to the analysis of genocidal *dolus specialis* as pertains to Croatia's allegations.

THE GEOGRAPHIC AREA CONSIDERED BY THE MAJORITY WHEN  
ASSESSING *DOLUS SPECIALIS*

40. As I have noted, *supra*, the Judgment characterizes Croatia's delimitation of the relevant "part" of the ethnic Croat group as being "the Croats living in the regions of Eastern Slavonia, Western Slavonia, Banovina/Banija, Kordun, Lika and Dalmatia" (Judgment, para. 403). While I agree with this conclusion as pertains to these six geographical locales, I am also mindful of the fact that the gravamen of Croatia's case focused heavily on the specific region of Eastern Slavonia, and in particular the city of Vukovar and its environs. As counsel for Croatia submitted during the oral hearing phase of this case:

*"Even when judged against the other atrocities detailed by the Applicant before this Court . . . the events in Vukovar plumbed new depths. Serbian forces carried out a sustained campaign of shelling; systematic expulsion; denial of food, water, electricity, sanitation and medical treatment; bombing; burning; brutal killings and torture which reduced the city to rubble and destroyed its Croat population. It started with roadblocks and ended with torture camps and mass execution. In human terms, the scar will never heal.*

The events at Vukovar are significant and they are known around the world. They deserve to be examined in context, in detail and in full."<sup>36</sup>

This heavy reliance by Croatia on the events at Vukovar throughout this case is even conceded by Serbia when it acknowledges in its written Rejoinder that "[t]he most significant episodes in Eastern Slavonia took place in Vukovar, and these attract the bulk of the discussion in the Reply, as they did in the Memorial and Counter-Memorial"<sup>37</sup>. Indeed, on more than one occasion it has been expressly recognized by the Court in the present Judgment that "Croatia has given particular attention" to "the events at Vukovar" in pursuing its claims in this case (Judgment, paras. 429 and 436).

41. Moreover, there is clear precedent from this Court that an analysis of genocidal intent may be confined to a geographic area notably smaller than the six expansive regions considered by the present Judgment, *even if the Applicant framed its cause of action with respect to a wider geograph-*

<sup>36</sup> CR 2014/8, pp. 28-29, paras. 1-2 (Starmer); emphasis added.

<sup>37</sup> Rejoinder of Serbia, para. 370; emphasis added.

rejeter, je poursuivrai en formulant certaines observations et critiques concernant la démarche qu'elle a adoptée dans l'analyse du *dolus specialis* du génocide dont la Croatie fait état dans ses allégations.

LA ZONE GÉOGRAPHIQUE CONSIDÉRÉE PAR LA MAJORITÉ  
LORS DE LA RECHERCHE DU *DOLUS SPECIALIS*

40. Comme je l'ai mentionné plus haut, d'après l'arrêt, la Croatie définit la «partie» visée du groupe des Croates de souche comme étant «les Croates habitant dans les régions de Slavonie orientale, de Slavonie occidentale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika et de Dalmatie» (arrêt, par. 403). Même si je suis d'accord avec cette conclusion pour ce qui a trait à ces six lieux géographiques, j'ai aussi conscience du fait que l'essentiel de la demande de la Croatie portait sur la région de Slavonie orientale et en particulier la ville de Vukovar et ses environs. Le conseil de la Croatie a ainsi fait valoir ce qui suit au cours des audiences :

«*Même à l'aune des atrocités décrites à la Cour par le demandeur ... celles commises à Vukovar ont atteint des sommets inimaginables. Les forces serbes ont mené une campagne soutenue de bombardements, d'expulsions systématiques, de privation de nourriture, d'eau, d'électricité, d'hygiène et de soins médicaux, d'incendies, de tueries et d'actes de torture qui ont réduit la ville en cendres et détruit la population croate. Cette campagne a commencé par l'installation de barrières routières et s'est terminée dans les camps de torture et par les exécutions de masse. Du point de vue humain, les plaies ne pourront jamais se refermer.*

Les événements à Vukovar sont d'une importance considérable et le monde entier en a eu connaissance. Ils méritent d'être examinés dans leur contexte, en détail et dans leur totalité.»<sup>36</sup>

Même la Serbie s'incline devant cette invocation insistante par la Croatie, tout au long de l'affaire, des événements qui se sont produits à Vukovar, reconnaissant dans sa duplique que «*[l]es événements les plus marquants du conflit en Slavonie orientale se sont déroulés à Vukovar et [qu']ils forment la majeure partie des développements dans la république, comme dans le mémoire et le contre-mémoire*»<sup>37</sup>. D'ailleurs, à plus d'une occasion, la Cour a reconnu expressément dans le présent arrêt que «la Croatie a[vait] prêté une attention particulière» au «cas de Vukovar» lorsqu'elle a fait valoir ses moyens en l'espèce (arrêt, par. 429 et 436).

41. En outre, il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que l'analyse de l'intention génocidaire peut être restreinte à une zone géographique nettement moins étendue que les six vastes régions prises en considération par le présent arrêt, *même si la demande fait état d'une région*

<sup>36</sup> CR 2014/8, p. 28-29, par. 1-2 (Starmer) (les italiques sont de moi).

<sup>37</sup> Duplique de la Serbie, par. 370 (les italiques sont de moi).

*ical area.* This was of course precisely what occurred in the 2007 *Bosnia Judgment*, wherein the Court made a finding of genocide solely with respect to Srebrenica, a Bosnian Muslim enclave consisting of upwards of 30,000 people where more than 7,000 military-aged Bosnian Muslim men were systematically rounded up and executed while the remaining population of approximately 25,000 Bosnian Muslims — mostly women, children and the elderly — were ethnically cleansed from the enclave<sup>38</sup>. It is to be recalled that *this isolated finding of genocide was made in spite of the Applicant Bosnia and Herzegovina's much broader allegations of genocide*, which included events in the capital city of Sarajevo, as well as acts that occurred at various other municipalities and camps spread across the territory of BiH.

42. In view of these considerations, my ensuing remarks shall confine themselves to the majority's analysis of genocidal intent regarding the events at Vukovar. While I must reiterate, for the sake of absolute clarity, that it is not my contention that genocidal intent was established with respect to the events occurring on Croatian soil between 1991 and 1995 (including Vukovar), I steadfastly believe that the majority has failed to fully and properly canvass the events at Vukovar, being as they are the cornerstone of Croatia's case in the instant proceedings, and thus I intend to present additional considerations that I believe the majority was remiss in failing to consider when determining whether genocide was perpetrated against the Vukovar Croats.

#### THE SIEGE OF VUKOVAR

43. During the oral hearing phase of these proceedings, Croatia cited uncontested census statistics indicating that in 1991 Vukovar "had a population of just over 21,000 Croats [and] 14,500 Serbs"<sup>39</sup>, whereas "[e]ven after the peaceful reintegration of the region, only 7,500 of the original 21,500 Croat population of Vukovar in 1991 have ever returned to the city"<sup>40</sup>. Counsel for Croatia further averred that during the siege of Vukovar that lasted from August to November 1991, between 1,100 and 1,700 Croats were killed, whereas after the fall of the city and the ensuing occupation by JNA and Serb forces, an additional 2,000 Croats were killed<sup>41</sup>. I recall and share the majority's conclusion that the Croat population in all six geographic regions relied upon by the Applicant constitutes a substantial part of the overall Croat ethnic group within the

<sup>38</sup> *Bosnia Judgment*, p. 155, para. 278, citing *Krstić Trial Judgment*, para. 1.

<sup>39</sup> CR 2014/8, p. 29, para. 7 (Starmer).

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 47, para. 85 (Starmer).

<sup>41</sup> CR 2014/12, p. 11 (Starmer).

*géographique plus vaste*. C'est précisément ce que la Cour a fait en 2007 dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où elle n'a conclu à la commission d'un génocide que pour la région de Srebrenica, enclave comptant plus de 30 000 Musulmans de Bosnie, dont plus de 7000 hommes en âge de porter les armes avaient été systématiquement rafiés et exécutés, alors que le reste, soit environ 25 000 personnes — pour la plupart des femmes, enfants et personnes âgées —, était victime du nettoyage ethnique de l'enclave<sup>38</sup>. Il convient de rappeler que *cette décision concluant à la perpétration d'un génocide géographiquement limité a été rendue alors que les allégations du demandeur avaient une portée bien plus large*, incluant des faits survenus à Sarajevo, la capitale, ainsi que des actes commis dans divers autres camps et municipalités un peu partout sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine.

42. Compte tenu de ces considérations, je limiterai mes observations suivantes à l'analyse que la majorité a faite de l'intention génocidaire en ce qui concerne les événements de Vukovar. Je tiens à réaffirmer, pour que ma position soit parfaitement claire, que je ne soutiens pas que l'intention génocidaire a été établie pour ce qui est des événements qui se sont produits sur le sol croate entre 1991 et 1995 (y compris à Vukovar). Je suis cependant absolument convaincu que la majorité n'a pas dûment et correctement examiné les événements de Vukovar, alors qu'ils constituent l'essentiel de l'argumentation de la Croatie dans la présente espèce. J'exposerai donc d'autres éléments que la majorité a, à mon avis, eu tort de ne pas prendre en considération pour déterminer si un génocide avait été perpétré contre les Croates de Vukovar.

#### LE SIÈGE DE VUKOVAR

43. Pendant les audiences, la Croatie a cité des statistiques de recensement, non contestées, indiquant que, en 1991, Vukovar comptait «un peu plus de 21 000 Croates [et] 14 500 Serbes»<sup>39</sup>, alors que, «[m]ême après le retour de la paix dans la région, seuls 7500 des 21 500 Croates qui vivaient à Vukovar en 1991 y [étaient] revenus»<sup>40</sup>. Le conseil de la Croatie a en outre affirmé que, pendant le siège de Vukovar, qui a duré d'août à novembre 1991, de 1100 à 1700 Croates avaient été tués, tandis que, après la chute de la ville, l'occupation ultérieure par la JNA et les forces serbes avait fait 2000 victimes croates supplémentaires<sup>41</sup>. Je rappelle et partage la conclusion de la majorité, qui a constaté que la population croate qui vivait dans les six régions géographiques dont a fait état le demandeur constituait une partie substantielle de l'ensemble du groupe des Croates de souche se trouvant

<sup>38</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 155, par. 278, citant le jugement *Krstić*, par. 1.

<sup>39</sup> CR 2014/8, p. 29, par. 7 (Starmer).

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 47, par. 85 (Starmer).

<sup>41</sup> CR 2014/12, p. 11 (Starmer).

territory of Croatia. However, I further recall my remarks above that there is clear precedent for considering a much smaller geographic and demographic area for the purpose of determining whether that subgroup constitutes a “substantial” part of the overall group, and hence conclude that the Vukovar Croats *in and of themselves* — in addition to their inclusion in “the substantial” subgroup comprising the six geographic regions as recognized by the Judgment — constituted a substantial part of the overall ethnic Croat group within the geographical territory of Croatia during the relevant period. In this regard, I would recall the Court’s characterization of what constituted a “substantial” part of the targeted group in question from the following passage of the *Bosnia* Judgment, in which certain conclusions of the ICTY Appeals Chamber in the *Krstić* case were adopted:

“The Court now turns to the requirement of Article II that there must be the intent to destroy a protected ‘group’ in whole or in part . . . the Court recalls the assessment it made earlier in the Judgment of the persuasiveness of the ICTY’s findings of facts and its evaluation of them . . . Against that background it turns to the findings in the *Krstić* case . . . in which the Appeals Chamber endorsed the findings of the Trial Chamber in the following terms.

‘In this case, having identified the protected group as the national group of Bosnian Muslims, *the Trial Chamber concluded that the part . . . targeted was the Bosnian Muslims of Srebrenica, or the Bosnian Muslims of Eastern Bosnia. This conclusion comports with the guidelines outlined above. The size of the Bosnian Muslim population in Srebrenica prior to its capture by the VRS forces in 1995 amounted to approximately forty thousand people. This represented not only the Muslim inhabitants of the Srebrenica municipality but also many Muslim refugees from the surrounding region. Although this population constituted only a small percentage of the overall Muslim population of Bosnia and Herzegovina at the time, the importance of the Muslim community of Srebrenica is not captured solely by its size.*’

The Court sees no reason to disagree with the concordant findings of the Trial Chamber and the Appeals Chamber.

The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention *were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina* as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.”<sup>42</sup>

<sup>42</sup> *Bosnia* Judgment, p. 166, paras. 296-297 (internal citations omitted); emphasis added.

sur le territoire de la Croatie. Je rappelle aussi néanmoins que, comme je l'ai fait observer plus haut, il est parfaitement envisageable de prendre en considération une zone géographique et démographique nettement plus restreinte dans le but de déterminer si le sous-groupe constitue une partie «substantielle» de l'ensemble, pour conclure que les Croates de Vukovar *en et par eux-mêmes*, en plus de faire partie du sous-groupe «substantiel» habitant dans les six régions géographiques reconnues dans l'arrêt, constituaient une partie substantielle de l'ensemble des Croates de souche se trouvant sur le territoire de la Croatie pendant la période considérée. A ce sujet, je souhaite rappeler comment la Cour a qualifié ce qui constitue une partie «substantielle» du groupe visé en question dans le passage ci-dessous de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, où elle a repris certaines conclusions énoncées par la chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Krstić*:

«La Cour abordera maintenant le critère de l'article II selon lequel doit exister l'intention de détruire en tout ou en partie un «groupe» protégé ... [Elle] rappelle ... ce qu'elle a dit plus haut au sujet du caractère convaincant des conclusions du TPIY concernant les faits et de l'appréciation qu'il en a donné. Gardant cela à l'esprit, elle en vient à présent aux conclusions formulées dans l'affaire *Krstić* ... dans laquelle la Chambre d'appel a fait siennes les conclusions de la Chambre de première instance dans les termes suivants :

«En l'espèce, après avoir identifié le groupe protégé comme étant le groupe national des Musulmans de Bosnie, *la Chambre de première instance a conclu que la partie du groupe visée ... était celle des Musulmans de Srebrenica*, ou des Musulmans de Bosnie orientale. Cette conclusion est dans le droit fil des lignes directrices esquissées plus haut. Avant la prise de la ville par les forces de la VRS en 1995, Srebrenica comptait environ 40 000 Musulmans de Bosnie. Étaient compris dans ce chiffre non seulement les habitants musulmans de la municipalité de Srebrenica, mais aussi de nombreux réfugiés musulmans de la région. *Si, par rapport à la population musulmane totale de la Bosnie-Herzégovine à l'époque des faits, ce nombre est peu élevé, il ne faut pas se méprendre sur l'importance de la communauté musulmane de Srebrenica.*»

La Cour ne voit pas de raison de s'écarter des conclusions concordantes de la Chambre de première instance et de la Chambre d'appel.

La Cour conclut que les actes relevant des *litt. a) et b)* de l'article II de la Convention commis à Srebrenica *l'ont été avec l'intention spécifique de détruire en partie le groupe des Musulmans de Bosnie-Herzégovine* comme tel; et que, en conséquence, ces actes étaient des actes de génocide, commis par des membres de la VRS à Srebrenica et à proximité à partir du 13 juillet 1995.»<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 166, par. 296-297 (renvois internes omis; les italiques sont de moi).

44. Setting aside the different *conclusions* as to whether genocidal intent was proven in the *Bosnia* Judgment versus the present Judgment, on the issue of *how* substantiality was assessed, I believe it would have been entirely appropriate, given, *inter alia*, the size of the ethnic Croat population of Vukovar, the Judgment’s recognition that during the siege and capture of the city the attack was “directed at the then predominantly Croat civilian population (many Serbs having fled the city before or after the fighting broke out)”<sup>43</sup> — which, to my mind, rendered the city a *de facto* ethnic Croat enclave — and finally its emblematic importance to the ethnic Croat population within Croatia generally (for reasons of military strategic importance as a key focal point in the expansive strategy of “Greater Serbia”, as expounded *supra*), for the majority to have conducted a specialized analysis of the attack on Vukovar. While I acknowledge that the attack on Vukovar and its aftermath was considered as part of an overarching *mélange* of factors when evaluating whether genocidal intent existed with respect to the six geographic territories identified in Croatia’s pleadings, in my respectful view such an analysis lacks clarity and coherency and would have been improved by an explicit, separate examination of the events at Vukovar.

45. As I have painstakingly underscored throughout this opinion, it is my definitive conclusion that Croatia has failed to satisfy the minimum standard of credible evidence required by this Court to allow me to be “fully convinced” that a finding of genocidal intent vis-à-vis the protected ethnic Croat group is the only reasonable inference to be drawn from the evidentiary record proffered by the Applicant. Indeed, when pressed by a Member of the Court during the oral hearing phase, counsel for Croatia made the critical concession that the number of victims it was alleging was difficult to ascertain with precision<sup>44</sup>, which I find to epitomize the many probative shortcomings of the Applicant’s cause of action. This position having been reaffirmed, and again following the majority’s election to take Croatia’s figures at their highest, I am somewhat puzzled by the lack of analysis as to why the averred killing of upwards of 3,000 eth-

<sup>43</sup> Judgment, para. 218:

“The Court will first consider the allegations concerning those killed during the siege and capture of Vukovar. The Parties have debated the number of victims, their status and ethnicity and the circumstances in which they died. The Court need not resolve all those issues. It observes that, while there is still some uncertainty surrounding these questions, it is clear that the attack on Vukovar was not confined to military objectives; *it was also directed at the then predominantly Croat civilian population (many Serbs having fled the city before or after the fighting broke out).*” (Emphasis added.)

<sup>44</sup> CR 2014/12, pp. 11-12 (Starmer).

44. Indépendamment des *conclusions* différentes auxquelles a donné lieu la question de savoir si l'intention génocidaire avait été prouvée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* par rapport au présent arrêt, s'agissant de la *manière* dont le caractère substantiel a été apprécié, je crois qu'il aurait été parfaitement justifié que la majorité procède à une analyse spécifique de l'attaque de Vukovar, compte tenu notamment de la taille de la population croate qui s'y trouvait, de la reconnaissance dans l'arrêt que, pendant le siège et la prise de la ville, l'attaque «a ... visé la population civile, composée alors en bonne partie de Croates (de nombreux Serbes ayant fui la ville avant ou lorsque les combats ont éclaté)»<sup>43</sup> — ce qui, à mon avis, a fait de la ville une enclave croate *de fait* — et enfin de l'importance symbolique de ce groupe pour la population croate de l'ensemble de la Croatie (pour des raisons de stratégie militaire dans l'optique de la mise en œuvre du projet expansionniste de «Grande Serbie», comme il est exposé plus haut). Même si je reconnais que l'attaque de Vukovar et ses retombées ont été prises en considération parmi un ensemble de facteurs lors de l'examen de la question de savoir si une intention génocidaire existait à l'égard des six territoires dont il est fait état dans les pièces de procédure de la Croatie, à mon avis cette analyse manque de clarté et de cohérence, et aurait gagné à ce que les événements de Vukovar fassent l'objet d'un examen exprès et distinct.

45. Comme je me suis efforcé de le souligner tout au long du présent exposé, ma conclusion globale est que la Croatie n'a pas réussi à remplir le critère d'établissement de la preuve imposé par la Cour pour que je puisse être «pleinement convaincu» que l'existence d'une intention génocidaire à l'égard du groupe croate protégé est la seule conclusion raisonnable à tirer des éléments de preuve présentés par le demandeur. En effet, sur l'insistance d'un membre de la Cour pendant les audiences, le conseil de la Croatie est allé jusqu'à concéder que le nombre de victimes qu'avancait le demandeur était difficile à vérifier avec précision<sup>44</sup>, ce qui me semble caractéristique des nombreuses déficiences qui entachent les moyens de preuve du demandeur. Cette position ayant été réaffirmée, et tout en me ralliant là aussi au choix qu'a fait la majorité d'accorder plein crédit aux chiffres produits par la Croatie, je suis quelque peu perplexe

<sup>43</sup> Arrêt, par. 218 :

«La Cour considérera d'abord les allégations concernant les personnes tuées au cours du siège et de la prise de Vukovar. Les Parties ont débattu des questions du nombre de ces victimes, de leur statut et ethnicité, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles sont mortes. La Cour n'a pas à trancher toutes ces questions. Elle constate que, s'il subsiste certaines incertitudes sur celles-ci, il est indéniable que l'attaque contre Vukovar ne s'est pas limitée à des objectifs militaires, mais *a aussi visé la population civile, composée alors en bonne partie de Croates (de nombreux Serbes ayant fui la ville avant ou lorsque les combats ont éclaté).*» (Les italiques sont de moi.)

<sup>44</sup> CR 2014/12, p. 11-12 (Starmer).

nic Croats in Vukovar out of a pre-war population of 21,500 would not constitute sufficient physical destruction of the group pursuant to Article II (a) of the Convention to satisfy the “quantitative element” as adopted by the present Judgment. While there may be good reasons for such a negative finding, the paucity of analysis conducted by the majority to this end is discouraging.

46. In addition to my misgivings regarding the majority’s application of the quantitative element regarding the number of Vukovar Croats allegedly killed during and after the siege of that city, Croatia has presented a series of 17 contextual factors which, in its estimation,

“constitute a pattern of conduct from which the only reasonable inference to be drawn is that the Serb leaders were motivated by genocidal intent . . . [and which], individually or taken together, could lead the Court to conclude that there was a systematic policy of targeting Croats with a view to their elimination from the regions concerned” (Judgment, para. 408).

Consequently, “[a]ll these elements indicate, according to Croatia, the existence of a pattern of conduct from which the only reasonable inference is an intent to destroy, in whole or in part, the Croat group” (*ibid.*, para. 409). For ease of reference, these factors have been reproduced in their totality at paragraph 408 of the present Judgment.

47. In the Judgment, the majority has determined

“that of the 17 factors suggested by Croatia to establish the existence of a pattern of conduct revealing a genocidal intent . . . the most important are those that concern the scale and allegedly systematic nature of the attacks, the fact that those attacks are said to have caused casualties and damage far in excess of what was justified by military necessity, the specific targeting of Croats and the nature, extent and degree of the injuries caused to the Croat population (i.e., the third, seventh, eighth, tenth and eleventh factors identified [by Croatia])” (*ibid.*, para. 413).

Regrettably, the majority provides no *ratio* for this critical distinction, and consequently excludes as “less important”, without any justification, factors such as “the political doctrine of Serbian expansionism which created the climate for genocidal policies aimed at destroying the Croat population living in areas earmarked to become part of ‘Greater Serbia’ [Croatia’s first factor]”, “the statements of public officials, including demonization of Croats and propaganda on the part of State-controlled media [Croatia’s second factor]”, “the explicit recognition by the JNA that paramilitary groups were engaging in genocidal acts [Croatia’s fifth factor]”; and “the fact that during the occupation, ethnic Croats were required to identify themselves and their property as such by wearing

devant l'absence d'analyse des raisons pour lesquelles le meurtre supposé de plus de 3000 Croates à Vukovar, sur une population de 21 500 Croates avant guerre, ne constituerait pas, au sens du *litt. a)* de l'article II de la Convention, une destruction physique suffisante pour satisfaire au critère de l'«élément quantitatif» retenu dans le présent arrêt. Pour fondée que puisse être cette constatation négative, l'indigence de l'analyse à laquelle la majorité a procédé pour y parvenir est décourageante.

46. En sus de mes réserves au sujet de l'appréciation par la majorité de l'élément quantitatif en ce qui concerne le nombre de Croates de Vukovar qui auraient été tués pendant et après le siège de cette ville, je rappelle que la Croatie a présenté une série de 17 critères qui, selon elle, permettent d'établir

«une ligne de conduite dont la seule déduction raisonnable serait que les responsables serbes étaient animés d'une intention génocidaire ... [et] qui, pris individuellement ou ensemble, pourraient ... conduire la Cour à conclure qu'il existait une politique systématique consistant à prendre les Croates pour cible en vue de les éliminer des régions concernées» (arrêt, par. 408).

En conséquence, «[l']ensemble de ces éléments dénoterait, selon la Croatie, l'existence d'une ligne de conduite dont la seule déduction raisonnable serait l'intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe des Croates» (*ibid.*, par. 409). Par souci de commodité, ces critères ont été reproduits dans leur totalité au paragraphe 408 du présent arrêt.

47. Dans son arrêt, la majorité a conclu

«que, parmi les 17 critères proposés par la Croatie pour établir l'existence d'une ligne de conduite traduisant une intention génocidaire, les plus importants sont ceux qui ont trait à l'ampleur et au caractère systématique des attaques, au fait que ces attaques auraient fait bien plus de victimes et de dégâts que ce qui était nécessaire d'un point de vue militaire, au fait que les Croates étaient spécifiquement pris pour cible et à la nature, à la gravité et à l'étendue des lésions infligées à la population croate (c'est-à-dire les troisième, septième, huitième, dixième et onzième critères énumérés [par la Croatie])» (*ibid.*, par. 413).

Malheureusement, la majorité ne dit pas pourquoi elle opère cette distinction capitale, et exclut en conséquence, sans aucune justification, des critères qu'elle qualifie de «moins importants», tels que «la doctrine politique de l'expansionnisme serbe, qui a créé les conditions propices à la mise en œuvre de politiques génocidaires visant à détruire la population croate dans les zones appelées à faire partie de la «Grande Serbie» [premier critère de la Croatie]», «les déclarations de personnalités publiques, notamment la diabolisation des Croates et la propagande par les médias sous contrôle de l'Etat [deuxième critère de la Croatie]», «la reconnaissance expresse, par la JNA, de ce que des groupes paramilitaires se livraient à des actes génocidaires [cinquième critère de la Croatie]» et «le

white ribbons tied around their arms and by affixing white cloths to their homes [Croatia's ninth factor]", to name a few (see Judgment, para. 408).

48. While an exhaustive treatment of how these factors may be, contrary to the view of the majority, "more important" in deciphering genocidal intent lies beyond the scope of the present opinion, I must admit I find myself flummoxed by some of these exclusions. One need only look to readily available historical examples to find scenarios where such factors clearly and unequivocally played a major role in inciting and perpetuating incipient and ongoing genocides. To that end, I would briefly recall the Nazi expansionist political doctrine of *Lebensraum* (which would fall neatly under the rubric of Croatia's first factor) and their ghettoization of marginalized groups through the forced wearing of religiously denoted attire (e.g., armbands bearing the "Star of David") for the Jews of occupied Europe (for which one can find many commonalities in Croatia's ninth factor). To take a more recent historical example, I would note the undeniable role played by popular media (especially radio) up to and during the Rwandan genocide in the promotion of a demagogic "Hutu Power" ideology that sought to vilify and ostracize the Tutsi ethnic minority population through the ubiquitous use of the epithet of "*inyenzi*" (cockroaches) and other comparable slurs (which aligns with Croatia's second factor). In each of these three examples, the averred acts are not, strictly speaking, genocidal per se in accordance with Article II of the Genocide Convention, but for the majority to rather summarily dismiss their potency as precursors to or indicia of genocidal intent is, to my mind, both puzzling and troubling. Finally, how "the explicit recognition of genocidal intent of those carrying out the acts" (Croatia's fifth factor) does not figure prominently into the equation of genocidal intent is simply beyond me.

#### THE DISTINCTION BETWEEN CRIMINAL INTENT AND MOTIVE

49. In the present Judgment "the Court notes that in the *Mrkšić* case, the ICTY found that the attack on [Vukovar] constituted a response to the declaration of independence by Croatia, and above all an assertion of Serbia's grip on the SFRY" (see para. 429). The Judgment then reproduces the following block quotation from *Mrkšić* in support of this conclusion:

"The declaration of Croatia of its independence of the Yugoslav Federation and the associated social unrest within Croatia was met with determined military reaction by Serb forces. *It was in this political*

fait que, sous l'occupation, les membres du groupe ethnique croate étaient tenus de s'identifier comme tels, de même que leurs biens, en portant un ruban blanc autour du bras et en attachant un drap blanc à leurs habitations [neuvième critère de la Croatie]», pour n'en citer que quelques-uns (voir arrêt, par. 408).

48. Il serait hors de propos de procéder ici à un examen exhaustif de la façon dont ces critères peuvent, contrairement à ce qu'a dit la majorité, être «plus importants» pour discerner l'intention génocidaire, mais je dois admettre que je suis déconcerté par certaines de ces exclusions. L'histoire regorge d'exemples montrant que ces critères ont clairement et sans équivoque joué un rôle majeur dans l'incitation à commettre le génocide et dans la perpétuation de génocides naissants ou en cours. Ainsi, je rappellerai brièvement la doctrine politique expansionniste du *Lebensraum* du régime nazi (qui s'inscrirait parfaitement sous le premier critère de la Croatie) et sa ghettoïsation de groupes marginalisés (qui présente de nombreux points communs avec le neuvième critère de la Croatie), forçant les juifs de l'Europe occupée à porter des signes à connotation religieuse (par exemple, des brassards marqués de l'étoile de David). Pour prendre un exemple historique plus récent, pensons au rôle incontestable qu'ont joué les médias populaires (surtout la radio), avant et pendant le génocide rwandais, dans la promotion d'une idéologie démagogique du «pouvoir Hutu» acharnée à vilipender et à ostraciser la minorité tutsie par l'emploi omniprésent de l'épithète «*inyenzi*» (cafards) et d'autres insultes comparables (ce qui coïncide avec le deuxième critère de la Croatie). Dans aucun de ces trois exemples, les actes supposés ne sont, à proprement parler, génocidaires en eux-mêmes au sens de l'article II de la convention sur le génocide, mais le fait que la majorité ait écarté assez sommairement l'importance qu'ils pouvaient revêtir en tant que précurseurs ou indices de l'intention génocidaire est pour moi aussi énigmatique que troublant. Enfin, je ne m'explique tout simplement pas que «la reconnaissance expresse de l'intention génocidaire des auteurs des actes» (cinquième critère de la Croatie) ait pu être mise de côté dans la recherche de l'intention génocidaire.

#### LA DISTINCTION ENTRE L'INTENTION ET LE MOBILE CRIMINELS

49. Dans le présent arrêt «la Cour note que, dans l'affaire *Mrkšić* ..., le TPIY a constaté que l'attaque contre [Vukovar] constituait une réponse à la proclamation d'indépendance de la Croatie, et surtout une affirmation de la mainmise de la Serbie sur la RFSY» (voir par. 429). L'arrêt reproduit ensuite à l'appui de cette conclusion la citation suivante tirée du jugement *Mrkšić*:

«Les forces serbes ont riposté militairement avec détermination à la proclamation par la Croatie de son indépendance et aux troubles sociaux qui s'en sont ensuivis sur son territoire. *C'est dans ce contexte*

*scenario that the city and people of Vukovar and those living in close proximity in the Vukovar municipality became a means of demonstrating to the Croatian people, and those of other Yugoslav Republics, the harmful consequences of their actions. In the view of the Chamber the overall effect of the evidence is to demonstrate that the city and civilian population of and around Vukovar were being punished, and terribly so, as an example to those who did not accept the Serb-controlled Federal Government in Belgrade.*"<sup>45</sup>

As a brief aside, the quoted passage from *Mrkšić*, which forms part of the uncontested evidentiary record in this case, is positively laden with explicit references to the emblematic nature of the Vukovar Croats vis-à-vis the remainder of the ethnic Croat population, thus only further weakening the majority's assertion that Croatia "has provided no information" as to "the prominence of that part of the group" of the ethnic Croat population that it contends was targeted for genocide<sup>46</sup>.

50. However, returning to the point under consideration, the majority relies on the quoted passage from *Mrkšić* to conclude that

"[i]t follows from the above, and from the fact that numerous Croats of Vukovar were evacuated . . . that the existence of intent to physically destroy the Croat population is not the only reasonable inference that can be drawn from the illegal attack on Vukovar" (Judgment, para. 429).

In my view, this line of reasoning appears to conflate the distinct legal concepts of *motive* and *intent* in finding that the "punishment" of the Vukovar Croats could *preclude* a finding that they were targeted with genocidal intent. To this end I would recall the language of the ICTY Appeals Chamber in the *Krnjelac* Judgment, which recalled

"its case law in the *Jelisić* case which, with regard to the specific intent required for the crime of genocide, set out 'the necessity to distinguish specific intent from motive. *The personal motive of the perpetrator of the crime of genocide may be, for example, to obtain personal economic benefits, or political advantage or some form of power. The existence of a personal motive does not preclude the perpetrator from also having the specific intent to commit genocide.*'"<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Mrkšić* Trial Judgment, para. 471; emphasis added.

<sup>46</sup> Judgment, para. 406. While the Judgment was referring more generally to the ethnic Croat population in the six geographical areas of Croatia alleged by the Applicant, it stands to reason that Vukovar, being not only situated within the areas contemplated but constituting the gravamen of Croatia's case, would constitute at least *some evidence* of the prominence of at least a part of the targeted group in question.

<sup>47</sup> *Prosecutor v. Krnjelac*, Appeals Judgment, 17 September 2003, para. 102; emphasis added.

*politique que la ville de Vukovar, ses habitants et ceux des environs immédiats de la municipalité de Vukovar ont servi d'exemple pour montrer aux Croates et aux autres Républiques yougoslaves à quelles conséquences fâcheuses ils s'exposaient par leurs actions. De l'avis de la Chambre, les éléments de preuve montrent dans l'ensemble que la punition terrible infligée à Vukovar et à la population civile de la ville et des environs avait valeur d'exemple pour ceux qui n'acceptaient pas le gouvernement fédéral de Belgrade contrôlé par les Serbes.»<sup>45</sup>*

Si je puis me permettre un bref aparté, le passage cité du jugement *Mrkšić*, qui fait partie des éléments de preuve incontestés dans la présente affaire, déborde littéralement de références expresses au caractère représentatif des Croates de Vukovar par rapport au reste de la population croate, ce qui ne fait qu'affaiblir encore l'affirmation de la majorité selon laquelle la Croatie «n'a pas fourni d'information» concernant «la place occupée par la partie du groupe» au sein de la population croate qu'elle affirme avoir été la cible d'une intention génocidaire<sup>46</sup>.

50. Quoi qu'il en soit, pour revenir au point considéré, la majorité s'appuie sur le passage précité du jugement *Mrkšić* pour conclure que

«[i]l découle de ce qui précède, ainsi que du fait que de nombreux Croates de Vukovar ont été évacués ..., que l'intention de détruire physiquement la population croate n'est pas la seule conclusion raisonnable que l'on puisse déduire de l'attaque illégale de Vukovar» (arrêt, par. 429).

A mon avis, ce raisonnement confond les notions juridiques distinctes du *mobile* et de l'*intention* lorsqu'il en est conclu que la «punition» des Croates de Vukovar pourrait *empêcher* de conclure que ceux-ci étaient visés par une intention génocidaire. A cette fin, je citerai la chambre d'appel du TPIY, qui a rappelé ce qui suit dans l'arrêt *Krnjelac* :

«sa jurisprudence dans l'affaire *Jelisić*, selon laquelle s'agissant de l'intention spécifique requise pour le crime de génocide «il est nécessaire de distinguer entre l'intention spécifique et le mobile. *Le mobile personnel du génocidaire peut, par exemple, être la perspective d'un profit économique personnel, d'avantages politiques ou d'une certaine forme de pouvoir.* L'existence d'un mobile personnel *n'empêche pas que l'auteur soit également animé de l'intention spécifique de perpétrer un génocide.*»<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Jugement *Mrkšić*, par. 471 (les italiques sont de moi).

<sup>46</sup> Arrêt, par. 406. Alors que l'arrêt renvoyait plus généralement à la population croate de souche vivant dans les six régions géographiques de la Croatie mentionnées par le demandeur, il va de soi que Vukovar, qui non seulement était située dans l'une des régions considérées mais constituait l'élément fondamental de la demande de la Croatie, tendrait à établir, au moins dans une *certaine mesure*, l'importance d'au moins une partie du groupe en question.

<sup>47</sup> *Le Procureur c. Krnjelac*, arrêt du 17 septembre 2003, par. 102 (les italiques sont de moi).

Similar language for this proposition can be found in a number of other Judgments pronounced by the ICTY<sup>48</sup> and ICTR<sup>49</sup>. In view of this distinction, I find the Judgment's analysis of the motivation underlying the attack on Vukovar to be problematic, as it fails to account for the possibility, as clearly stipulated in the aforementioned authorities, that genocidal *intent* may exist *simultaneously* with other, *ulterior motives*. In this regard, I would recall the finding in *Popović* that the massacre at Srebrenica enclave was in part motivated by the strategic advantage of uniting a "Greater Serbia". Never was it suggested that this tactical motivation precluded the attack from possessing genocidal intent. Consequently, I am unpersuaded by the Judgment's dismissal of genocidal intent vis-à-vis Vukovar based on the finding that the attack was animated by political and/or retributive motives, and respectfully but firmly believe that the majority has committed a basic error of law in finding that the existence of a punitive motive for the attack on Vukovar precludes genocidal intent as "the only reasonable inference that can be drawn from the illegal attack" (Judgment, para. 429).

#### DISCRETION OF THE ICTY PROSECUTOR IN LAYING A CHARGE OF GENOCIDE

51. I recall that in the *Bosnia* Judgment, the Court determined that:

"[A]s a general proposition the inclusion of charges in an indictment cannot be given [evidentiary] weight. What may however be significant is the decision of the Prosecutor, either initially or in an amendment to an indictment, not to include or to exclude a charge of genocide."<sup>50</sup>

No legal authority whatsoever is cited for the rationale underlying the disparate probative weight that the Court decided to afford the ICTY Prosecutor's decision to include or exclude a charge of genocide in an indictment,

<sup>48</sup> See, e.g., *Prosecutor v. Blaškić*, Appeals Judgment, 29 July 2004, para. 694.

"*Mens rea* is the mental state or degree of fault which the accused held at the relevant time. Motive is generally considered as that which causes a person to act. The Appeals Chamber has held that, as far as criminal responsibility is concerned, motive is generally irrelevant in international criminal law . . ."

<sup>49</sup> See, e.g., *Prosecutor v. Karera*, Trial Judgment, 7 December 2007, para. 534. ("The perpetrator need not be solely motivated by a genocidal intent and having a personal motive will not preclude such a specific intent.")

<sup>50</sup> *Bosnia* Judgment, p. 132, para. 217.

On retrouve ce principe exprimé dans des termes similaires dans plusieurs autres jugements et arrêts prononcés par le TPIY<sup>48</sup> et le TPIR<sup>49</sup>. Compte tenu de cette distinction, j'estime que l'analyse que la Cour a faite dans l'arrêt de la motivation sous-tendant l'attaque de Vukovar pose problème, car elle ne tient pas compte de la possibilité, clairement mentionnée dans les sources précitées, que l'*intention* génocidaire puisse exister *simultanément* avec d'autres mobiles *sous-jacents*. A ce sujet, je rappellerai qu'il a été conclu dans l'affaire *Popović* que le massacre perpétré dans l'enclave de Srebrenica avait été en partie motivé par l'intérêt stratégique de constituer la «Grande Serbie». Il n'a jamais été envisagé que cette motivation tactique ait pu empêcher les auteurs de l'attaque de nourrir une intention génocidaire. En conséquence, je ne puis souscrire à la position majoritaire concluant à l'absence d'intention génocidaire en ce qui concerne Vukovar, sous prétexte que les auteurs de l'attaque étaient animés par des mobiles à caractère politique et/ou punitif, et je suis persuadé, avec tout le respect que je lui dois, que la majorité a commis une erreur de droit fondamentale en décidant que l'existence d'une motivation punitive dans l'attaque de Vukovar empêchait d'inférer que l'intention génocidaire était «la seule conclusion raisonnable que l'on puisse déduire de l'attaque illégale» (arrêt, par. 429).

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU PROCUREUR DU TPIY À L'ÉGARD  
DU CHEF DE GÉNOCIDE

51. Je rappelle que, dans son arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour a conclu que

«l'on ne saurait, en règle générale, accorder de poids au fait que tel ou tel chef figure dans un acte d'accusation. Ce qui, en revanche, peut être important, c'est la décision prise par le procureur, d'emblée ou par modification de l'acte d'accusation, de ne pas inclure ou de retirer le chef de génocide.»<sup>50</sup>

Aucune source, quelle qu'elle soit, n'est citée pour justifier la différence de valeur probante que la Cour a décidé d'accorder à la décision du procureur du TPIY de retenir ou non le chef de génocide dans un acte

<sup>48</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Blaškić*, arrêt du 29 juillet 2004, par. 694 :

«L'élément moral est le dol ou degré de faute au moment des faits, alors que l'on considère que le mobile est généralement ce qui pousse une personne à agir. La Chambre d'appel a estimé que, pour ce qui est de la responsabilité pénale, le mobile était généralement indifférent en droit pénal international...»

<sup>49</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Karera*, jugement du 7 décembre 2007, par. 534 : «L'auteur des crimes ne doit pas être mû uniquement par une intention génocidaire et l'existence d'un mobile personnel n'empêche pas que l'auteur soit également animé de cette intention spécifique.»

<sup>50</sup> Arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, p. 132, par. 217.

nor does the *Bosnia* Judgment offer any reasoned explanation for this distinction. Indeed, in my respectful view such a distinction is unsustainable as a matter of basic logical construction, and in contrast to the majority I find myself drawn to the poignant submission of counsel for Croatia, who argued during the oral hearing phase of this case that in accordance with the prevailing rules of procedure obtaining at that tribunal,

“[T]he judicial arm of the ICTY will review each indictment, including the charges that *have* been included, and has the power to dismiss any count not supported by the evidence. But the judicial arm has no way of reviewing the charges that have *not* been included, or the reasons for non-inclusion. It would therefore be illogical to afford greater evidential weight to an unreviewable decision without reasons *not* to include a charge, than the reviewable decision to *include* a charge.”<sup>51</sup>

Moreover, I believe that Croatia has raised cogent arguments exposing the various political, logistical and other constraints that may animate an exercise of prosecutorial discretion not to lay a criminal charge, including: (1) the availability (or lack thereof) of evidence at the onset of proceedings; (2) the focus of a criminal prosecution on individual accused, often in relation to very circumscribed crime sites, rather than the much broader question of State responsibility for genocide encompassing large geographical expanses; (3) the lack of any obligation falling on the ICTY Prosecutor to provide reasons for not laying a charge; (4) the need to selectively employ the finite resources of that Tribunal, especially in view of the massive institutional constraints imposed by the United Nations Security Council’s imposition of a “Completion Strategy” mandating the completion of all the Tribunal’s work by fixed dates; and (5) the fact that whereas decisions to include a charge are subject to judicial review, decisions not to include a charge are not<sup>52</sup>.

52. In light of these trenchant insights, and in view of the Court’s pronouncement in *Bosnia* that the lack of probative value for a decision to lay a charge of genocide constitutes “a general proposition” rather than a definite rule, in my respectful view the jurisprudence of this Court would be fortified by a more expansive treatment of this subject. Alas, given the opportunity to clarify the Court’s position concerning prosecutorial discretion in the present Judgment, the majority has apparently elected to demur. Instead of a reasoned account that explains the distinction, the Judgment makes the following pronouncement:

<sup>51</sup> CR 2014/6, p. 39 (Starmer); emphasis in original.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 33-42 (Starmer).

d'accusation, et l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* n'offre pas davantage d'explication pour justifier cette distinction. J'estime que celle-ci est d'ailleurs indéfendable du point de vue de la logique élémentaire et, contrairement à la majorité, je ne suis pas insensible à l'argument particulièrement parlant du conseil de la Croatie, qui a fait valoir au cours des audiences que, selon le règlement de procédure du Tribunal,

«l'organe juridictionnel du TPIY procède à l'examen de chaque acte d'accusation, ainsi que des inculpations qui ont *effectivement* été retenues, et dispose du pouvoir de rejeter celles qui ne seraient pas étayées par les éléments de preuve. Il n'a au contraire aucun moyen d'examiner les inculpations qui ont été *écartées* ni les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Il serait par conséquent illogique d'accorder une valeur probante plus grande à la décision, insusceptible de contrôle et non motivée, d'*écarter* une accusation qu'à celle, susceptible de contrôle, de *retenir* une inculpation.»<sup>51</sup>

En outre, j'estime que la Croatie a fait valoir des arguments convaincants en exposant les diverses contraintes politiques, logistiques et autres pouvant conduire le procureur à exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir un chef d'accusation, comme 1) la disponibilité (ou l'absence) d'éléments de preuve à l'ouverture de la procédure; 2) le fait que la procédure pénale soit ciblée sur la responsabilité pénale individuelle et généralement sur des lieux de crimes très circonscrits, et non sur la question bien plus générale de la responsabilité de l'Etat à l'égard d'un génocide de portée géographique plus vaste; 3) le fait que le procureur ne soit nullement tenu de justifier sa décision de ne pas retenir tel ou tel chef; 4) la nécessité d'user avec parcimonie des ressources limitées du Tribunal, compte tenu en particulier des contraintes institutionnelles considérables découlant de la «stratégie d'achèvement des travaux» imposée par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, qui établit un échéancier pour l'achèvement de tous les travaux du Tribunal; et 5) le fait que, contrairement à la décision de retenir tel ou tel chef d'accusation, celle de l'écarter n'est assujettie à aucun contrôle judiciaire<sup>52</sup>.

52. A la lumière de ces considérations décisives, et étant donné que la Cour a dit dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* que l'absence de valeur probante de la décision de retenir le chef de génocide constituait une «règle générale» et non une règle absolue, il me semble que la jurisprudence de la Cour gagnerait à ce que la question soit traitée de manière plus approfondie. Hélas, alors qu'elle avait la possibilité de clarifier dans le présent arrêt la position de la Cour concernant le pouvoir discrétionnaire du procureur, la majorité a apparemment choisi de s'abstenir. Au lieu de motiver la distinction opérée, elle s'est prononcée dans les termes suivants :

<sup>51</sup> CR 2014/6, p. 39 (Starmer) (les italiques sont dans l'original).

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 33-42 (Starmer).

*“The fact that the Prosecutor has discretion to bring charges does not call into question the approach which the Court adopted in its 2007 Judgment . . . The Court did not intend to turn the absence of charges into decisive proof that there had not been genocide, but took the view that this factor may be of significance and would be taken into consideration. In the present case, there is no reason for the Court to depart from that approach. The persons charged by the Prosecutor included very senior members of the political and military leadership of the principal participants in the hostilities which took place in Croatia between 1991 and 1995. The charges brought against them included, in many cases, allegations about the overall strategy adopted by the leadership in question and about the existence of a joint criminal enterprise. In that context, the fact that charges of genocide were not included in any of the indictments is of greater significance than would have been the case had the defendants occupied much lower positions in the chain of command. In addition, the Court cannot fail to note that the indictment in the case of the highest ranking defendant of all, former President Milošević, did include charges of genocide in relation to the conflict in Bosnia and Herzegovina, whereas no such charges were brought in the part of the indictment concerned with the hostilities in Croatia.”* (Judgment, para. 187; emphasis added.)

Not only does this purported defence of the *Bosnia* distinction skirt the central issue by failing to provide a single rationale as to why the decision to *include* a charge of genocide in an indictment ought to be given differential weight than a decision to *exclude* such a charge, but the example of the *Milošević* case relied upon by the Judgment to prove its point in fact tends to defeat its own position. As that juxtaposition plainly illustrates, if *the decision not to charge Milošević with genocide* in respect of crimes committed in respect of Croatia is noteworthy, then surely the same must be said of *the corollary decision to charge him with genocide* in respect of crimes committed in Bosnia and Herzegovina. To my mind, these are two sides of the same coin and the draft’s failure to make heads or tails of its quizzical distinction, by invoking a litany of irrelevant considerations, leaves me unmoved.

53. In sum, through its belaboured attempt to justify the distinction regarding the differential probative value afforded the inclusion or exclusion of charges of genocide in an indictment, which to this day fails to cite a single germane legal authority and which poignantly avoids engaging any of the Applicant Croatia’s arguments, the majority has not, to my satisfaction, explained the logically and legally problematic distinction it first iterated in the *Bosnia* Judgment and has now reiterated in the present Judgment. I can only express my regret at this missed opportunity.

«*Le fait que le procureur dispose d'un pouvoir discrétionnaire de poursuite ne remet pas en cause l'approche que la Cour a adoptée dans son arrêt de 2007. En effet, elle n'a pas entendu faire de l'absence de poursuite une preuve décisive de l'inexistence du génocide, mais elle a estimé qu'il pouvait s'agir d'un élément important à prendre en considération. En la présente affaire, il n'y a pas de raisons qui devraient conduire la Cour à s'écarter de cette approche. Parmi les personnes inculpées par le procureur figuraient de très hauts responsables politiques et militaires des principales parties prenantes aux hostilités qui s'étaient déroulées en Croatie entre 1991 et 1995. Dans nombre de cas, les accusations portées à leur encontre se rapportaient à la stratégie globale qu'ils avaient mise en œuvre ainsi qu'à l'existence d'une entreprise criminelle commune. Dans ce contexte, l'absence systématique du chef de génocide dans les actes d'accusation les concernant revêt davantage d'importance que cela n'aurait été le cas s'ils avaient occupé des positions inférieures dans la chaîne de commandement. Par ailleurs, la Cour ne peut manquer de relever que, dans l'acte d'accusation dressé à l'encontre de l'accusé le plus haut placé, l'ancien président Milošević, le chef de génocide avait bien été retenu en ce qui concerne le conflit en Bosnie-Herzégovine, alors qu'il était absent dans la partie se rapportant aux hostilités dont la Croatie avait été le théâtre.*» (Arrêt, par. 187; les italiques sont de moi.)

Non seulement cette prétendue défense de la distinction opérée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* élude la question centrale en omettant de donner une seule raison pour laquelle il convient d'accorder à la décision de *retenir* un chef de génocide dans un acte d'accusation un poids différent de celui accordé à celle d'*exclure* un tel chef, mais l'exemple de l'affaire *Milošević* cité dans l'arrêt pour étayer cette affirmation tend en réalité à démontrer le contraire. Comme il ressort clairement de la confrontation des deux situations, si la *décision de ne pas inculper Milošević de génocide* pour les crimes commis à l'égard de la Croatie mérite de retenir l'attention, alors il faut certainement en dire autant de la *décision corollaire de l'inculper de génocide* pour les crimes commis en Bosnie-Herzégovine. Selon moi, il s'agit des deux faces d'une même médaille et, faute d'explication quant à cette distinction curieuse, la litanie de considérations non pertinentes invoquées me laisse sceptique.

53. En résumé, dans sa tentative laborieuse de justifier la distinction opérée quant à la valeur probante différente devant être accordée à la décision de retenir le chef de génocide et à celle de l'écarter dans un acte d'accusation, sans invoquer la moindre source pertinente et en évitant résolument de répondre aux arguments de la Croatie, la majorité n'a pas expliqué d'une manière assez convaincante à mes yeux cette distinction, tout aussi singulière en droit que d'un point de vue logique, qu'elle a d'abord opérée dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* puis reprise dans le présent arrêt. Je ne peux que faire part de mon regret devant cette occasion manquée.

## CONCLUSION

54. For the reasons I have explained at length throughout the course of this opinion, while I share the majority's conviction that the Applicant Croatia has not discharged its evidentiary burden in relation to the second operative clause of this Judgment, I have felt compelled to voice my many (and at times strenuous) objections to the manner in which the majority has treated the issue of genocidal intent as regards the claims put forward by Croatia. Given my tepid support for the second operative clause, which is based primarily on evidentiary concerns, there are many aspects of the reasoning employed by the Judgment en route to the conclusion contained in that dispositive paragraph that I would distance myself from as a jurist. Perhaps most disconcerting is that the foregoing does not constitute an exhaustive exposition of my dissatisfaction with the Judgment's approach to genocidal *dolus specialis*, but merely a survey of some of my more salient concerns.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

---

## CONCLUSION

54. Pour les motifs que j'ai expliqués dans le détail ci-dessus, alors que je partage la conviction de la majorité selon laquelle le demandeur ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait en ce qui concerne le deuxième point du dispositif du présent arrêt, je me suis senti obligé d'exprimer mes nombreuses (et parfois vives) objections à la manière dont la majorité a traité la question de l'intention génocidaire eu égard aux arguments avancés par la Croatie. Compte tenu du peu d'enthousiasme que j'éprouve envers ce même point du dispositif, lequel est fondé principalement sur des considérations relevant de l'administration de la preuve, je préfère me tenir à distance, en tant que juriste, de nombreux aspects du raisonnement appliqué dans l'arrêt jusqu'à aboutir à la conclusion y figurant. Plus troublant encore est peut-être le fait que ce qui précède constitue non pas un exposé exhaustif de l'insatisfaction que suscite en moi l'analyse du *dolus specialis* propre au génocide, mais simplement un aperçu de certaines de mes principales préoccupations.

(Signé) Dalveer BHANDARI.

---