

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*¹, 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.

¹ *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. 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»² qui est «condamné par le monde civilisé»³, 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.

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

³ *Ibid.*

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 génocidaire⁴. 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).

⁴ 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.)

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»⁵.

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

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*

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.»⁶

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*.»⁷ 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-*

⁶ 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).

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

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.

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 strict⁸ 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 visé⁹. 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»¹⁰ 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

⁸ 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.»

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

¹⁰ *Ibid.*, p. 127, par. 201.

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 1995¹¹, 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.»¹²

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.

¹¹ 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.

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

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*¹³, repris dans l'arrêt *Krstić*¹⁴, et auquel la Cour a renvoyé en y souscrivant également dans l'arrêt rendu en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*¹⁵:

«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.»¹⁶

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

¹³ *Le Procureur c. Jelisić*, jugement du 14 décembre 1999, par. 82.

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

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

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

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

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»¹⁸.

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

¹⁷ *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.

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

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.*»¹⁹

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. »²⁰

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 »²¹.

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

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

²¹ *Ibid.*, par. 749.

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-

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

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-

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

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*).

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.* »²³

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*

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

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.*»²⁴

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-

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

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.»²⁵

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»²⁶. 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-

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

²⁶ *Ibid.*, par. 1511 (les italiques sont de moi).

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. »²⁷

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. »²⁸

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

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

²⁸ *Ibid.*, par. 1521 (les italiques sont de moi).

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.»²⁹

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.»³⁰

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

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

³⁰ *Ibid.*, par. 427.

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. »³¹

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-

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

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»³². 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 tutsi³³. 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

³² *Le Procureur c. Hategkimana*, jugement du 6 décembre 2010, par. 680 (les italiques sont de moi).

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

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)³⁴. 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 TPIR³⁵. 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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 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-MONTÉNÉGR

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

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

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.»³⁶

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»*³⁷. 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*

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

³⁷ Duplique de la Serbie, par. 370 (les italiques sont de moi).

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 raflés 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'enclave³⁸. 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»³⁹, 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»⁴⁰. 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 supplémentaires⁴¹. 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

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

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

⁴⁰ *Ibid.*, p. 47, par. 85 (Starmer).

⁴¹ CR 2014/12, p. 11 (Starmer).

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.»⁴²

⁴² 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. 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)»⁴³ — 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 précision⁴⁴, 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

⁴³ 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.)

⁴⁴ CR 2014/12, p. 11-12 (Starmer).

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

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*

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.»⁴⁵

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 génocidaire⁴⁶.

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.*»⁴⁷

⁴⁵ Jugement *Mrkšić*, par. 471 (les italiques sont de moi).

⁴⁶ 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.

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

On retrouve ce principe exprimé dans des termes similaires dans plusieurs autres jugements et arrêts prononcés par le TPIY⁴⁸ et le TPIR⁴⁹. 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.»⁵⁰

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

⁴⁸ 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...»

⁴⁹ 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.»

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

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.»⁵¹

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 judiciaire⁵².

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 :

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

⁵² *Ibid.*, p. 33-42 (Starmer).

«*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. 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.
