

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* KREĆA

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. CONTEXTE JURIDIQUE	1-27
1. Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Croatie en tant qu'unité fédérale	2-17
2. Arrêts de la Cour constitutionnelle de la RSFY	18-27
II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE	28-83
1. Questions relatives aux dates de validité en l'affaire	28-45
1.1. A quelle date la Convention est-elle entrée en vigueur à l'égard de chacune des Parties?	29-33
1.2. A partir de quelle date la Convention peut-elle être considérée comme applicable entre les Parties?	34-35
1.3. L'application du principe en l'espèce	36-43
1.4. A quelle date la Convention est-elle entrée en vigueur à l'égard de la RFSY?	44-45
2. Nature et effets de la deuxième exception préliminaire du défendeur	46-54
3. Traitement des exceptions préliminaires à la compétence et à la recevabilité en l'espèce	55-59.1
4. La succession à la responsabilité comme prétendue règle du droit international général	60-65.4
5. La règle figurant au paragraphe 2 de l'article 10 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite comme prétendue règle du droit international général	66-67
6. Droit matériel applicable en l'espèce à la lumière des règles d'interprétation des traités	68-79
7. La question de la tierce partie indispensable	80-83
III. QUESTIONS DE DROIT MATÉRIEL	84-138
1. Rapport entre la Cour internationale de Justice et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour ce qui est du traitement judiciaire du génocide	84-106
1.1. Nécessité d'une approche équilibrée et critique de la jurisprudence du TPIY	87
1.1.1. Conclusions de fait du TPIY	88-89
1.1.2. Conclusions de droit du TPIY	90-99
1.2. Des effets compromettants sur la jurisprudence de la Cour en matière de génocide	100-106
	451

2. Un génocide a-t-il été commis en Croatie?	107-114
3. Question de l'incitation à commettre le génocide	115
3.1. Question de l'incitation à commettre le génocide en tant que crime inchoatif	116
3.2. L'incitation au sens du <i>litt. c)</i> de l'article III de la Convention	116-119
3.3. L'idéologie oustachie en tant qu'idéologie génocidaire	120-124
3.4. Proclamation de l'«Etat indépendant de Croatie» (NDH): l'idéologie oustachie devient politique d'Etat	125-128
3.5. La Croatie de Tudjman et l'héritage du NDH	129-133
3.6. Emblèmes d'Etat et autres mesures	134-138
3.7. Déclarations de personnalités croates rapprochées de la jurisprudence du Tribunal	

\*

Le grand respect dans lequel je tiens la Cour me fait d'autant plus regretter de devoir me prévaloir de mon droit d'exposer une opinion individuelle fondée sur les considérations qui suivent.

## I. CONTEXTE JURIDIQUE

1. La partie de l'arrêt consacrée au contexte de l'affaire comprend deux parties: «A. La dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et l'émergence de nouveaux Etats»; et «B. La situation en Croatie».

Elle consiste presque entièrement en une énumération de faits d'ordre historique et politique, omettant par là même des faits juridiques pertinents qui, à mon avis, non seulement devraient faire partie intégrante de ce «contexte», mais encore sans lesquels on ne peut guère comprendre les causes de la crise yougoslave et de la guerre civile en Croatie. L'unique fait juridique pertinent mentionné dans cette partie de l'arrêt est la déclaration du défendeur, selon laquelle «les Serbes de Croatie considèrent que l'adoption de cette Constitution [de Croatie le 22 décembre 1990] les privait de certains droits fondamentaux et leur enlevait le statut de nation constitutive de la Croatie» (arrêt, par. 64).

Les faits juridiques pertinents, joints aux autres faits, permettront de dresser un tableau plus complet du contexte de la présente affaire.

### *1. Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Croatie en tant qu'unité fédérale*

2. Les faits juridiques en question concernent le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) et celui de la République socialiste de Croatie pendant la période en cause.

Dans une affaire comme celle-ci, le droit interne est très pertinent.

3. La norme juridique internationale originelle qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est à la fois incomplète et imparfaite, au moins en ce qui concerne les sujets ayant droit à l'autodétermination dans les Etats multiethniques et l'exercice par ceux-ci de ce droit à l'autodétermination externe lorsque cet exercice porte atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat. Etant incomplète, cette norme est à certains égards inapplicable à certaines situations concrètes et constitue une sorte de structure normative décorative et vide. Les entités intéressées l'invoquent souvent, mais elle ne peut opérer que hors de la sphère juridique, en tant que façade commode d'une stratégie éminemment politique, reposant sur l'opportunité et l'équilibre des puissances.

Cela étant, il faut considérer le droit à l'autodétermination externe dans les Etats composés de plus d'un peuple comme une norme complexe comprenant deux parties : d'une part, la norme juridique internationale originelle du droit des peuples à l'autodétermination externe et, de l'autre, les éléments pertinents du droit interne de l'Etat en cause. Dans ce contexte, la norme juridique internationale originelle joue le rôle d'une norme générale et permissive, qui assume un caractère opérationnel et peut devenir opérante au cas où le droit interne d'un Etat multiethnique a prévu le droit à l'autodétermination externe, s'il habilite à l'exercer et définit les modalités de son exercice. En d'autres termes, les dispositions pertinentes du droit interne sont dans chaque cas partie intégrante de la norme du droit des peuples à l'autodétermination externe. Ce n'est que de cette manière que la norme juridique internationale originelle du droit à l'autodétermination externe devient applicable au niveau du postulat fondamental de la primauté du droit.

La nécessité d'une telle relation entre droit international et droit interne est à juste titre soulignée par ce qui suit :

« Pour que la primauté du droit régisse la vie internationale, elle doit englober une vaste gamme d'opérations de plus en plus complexes qui sont régies en partie par le droit international et en partie par le droit interne... Il est donc important que les juridictions et les tribunaux internationaux soient à même, lorsqu'ils statuent sur des opérations internationales complexes, d'appliquer simultanément les principes et règles pertinents du droit international et les dispositions du système de droit interne qui peuvent être applicables à l'opération en cause... L'une des fonctions essentielles du droit international et de l'organisation internationale est de promouvoir l'état de droit à l'intérieur des nations et entre elles, car ce n'est que sur la base de l'état de droit à l'intérieur des nations que l'état de droit entre les nations peut se développer et être garanti. Les juridictions et les tribunaux internationaux peuvent contribuer à ce résultat plus efficacement si la mesure dans laquelle l'interprétation et l'application du droit interne dans le cadre de leurs activités sont un corollaire nor-

mal et nécessaire du règlement judiciaire international d'opérations complexes est mieux comprise.» (C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, p. 547.)

4. Ainsi, en la présente affaire, il s'agit non pas d'un conflit entre une norme du droit international et une norme du droit interne, un type d'affaire dont ont eu à connaître plusieurs tribunaux internationaux (« *Communautés* » gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I. série A n° 22, p. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24), mais de l'application d'une norme internationale de structure complexe, à savoir une norme qui englobe des normes de droit interne relatives à l'autodétermination externe. J'estime que, en la présente affaire, le raisonnement de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative aux *Emprunts brésiliens* (1929) est pertinent.

Dans cette affaire, la Cour a notamment fait observer ce qui suit :

« La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur.

Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce. Si la Cour était mise dans la nécessité de faire abstraction de la jurisprudence, le résultat en serait qu'elle pourrait éventuellement appliquer d'autres règles que celles effectivement appliquées; cela semblerait aller à l'encontre de l'idée même qui est à la base de l'application du droit interne.

Sans doute, la Cour appréciera librement la jurisprudence nationale. Si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qu'elle croit être la plus conforme à la loi. Mais il ne serait pas conforme à la fonction qu'exerce la Cour lorsqu'elle applique une loi nationale que de l'obliger à faire abstraction de la jurisprudence.» (*Emprunts brésiliens*, arrêt n° 15, 1929, C.P.J.I. série A n° 21, p. 124.)

5. La Yougoslavie, c'est-à-dire tant le Royaume de Yougoslavie que la Yougoslavie fédérale créée après la seconde guerre mondiale, était constituée d'Etats multinationaux au sens propre et au sens constitutionnel.

6. La première Constitution de l'Etat yougoslave, la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, promulguée le 28 juin 1921, définissait le Royaume comme « un Etat de Serbes, Croates et Slovènes,

monarchie héréditaire, constitutionnelle et parlementaire. Son nom officiel est : Royaume des Serbes, Croates et Slovènes.» Selon l'article 3 de la Constitution, «la langue officielle du Royaume est le serbe-croate-slovène».

7. La Constitution du Royaume de Yougoslavie du 3 septembre 1931 n'en indiquait pas nommément les peuples constitutifs. Il n'était question de ceux-ci que de manière indirecte, par exemple à l'article 3, qui disposait que «la langue officielle du Royaume [est] le serbe-croate-slovène».

8. La résolution organisant la Yougoslavie selon le principe fédéral, approuvée le 29 novembre 1943 à la deuxième conférence du conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie, contenait notamment cette disposition :

«En vertu du droit qu'a chaque peuple de disposer de lui-même, y compris le droit de se séparer d'autres peuples ou de s'unir avec eux ... *le conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie adopte la présente*

#### RÉSOLUTION

2) Pour donner effet au principe de la souveraineté des peuples de Yougoslavie, ... la Yougoslavie est et sera édifiée selon le principe fédératif qui garantit la pleine égalité des Serbes, Croates, Slovènes, Macédoniens et Monténégrins.» (Les italiques sont de moi.)

9. La déclaration des droits fondamentaux des peuples et citoyens de la Croatie démocratique, adoptée le 9 mai 1944 par la troisième assemblée du conseil d'Etat antifasciste de libération nationale de la Croatie, proclamait en son article premier que «le peuple croate et le peuple serbe sont pleinement égaux en Croatie» (résolution portant constitution de la Yougoslavie selon le principe fédératif, *Journal officiel de la Fédération yougoslave*, n° 1/1945).

A sa dernière réunion, le conseil d'Etat antifasciste de libération nationale de la Croatie (ZAVNOH) a pris le nom de Parlement national de Croatie.

10. La première Constitution de la Yougoslavie fédérative, celle de 1946, définissait en son article premier la République populaire fédérative de Yougoslavie comme

«*un Etat fédéral populaire à forme républicaine, une communauté de peuples égaux qui, en vertu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, y compris celui de sécession, ont exprimé leur volonté de vivre ensemble dans un Etat fédéral*» (les italiques sont de moi).

11. Dans la seconde Constitution, celle de 1963, la Fédération était définie comme un «Etat fédéral constitué de *peuples égaux* librement unis, [une] communauté démocratique socialiste fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique» (les italiques sont de moi).

L'article premier de la Constitution de la Croatie de 1963 qualifiait celle-ci de « communauté socialiste démocratique constituée d'un Etat *des peuples* de Croatie, fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique » (les italiques sont de moi).

12. La Constitution de 1974 de la RFSY commence par un exposé de « Principes fondamentaux », dont le chapitre I se lit comme suit :

« *Les peuples de Yougoslavie, partant du droit de chaque nation à l'autodétermination, y compris le droit à la sécession, en vertu de leur volonté librement exprimée dans la lutte commune de tous les peuples et de toutes les nationalités au cours de la guerre de libération nationale et de la révolution socialiste ... ont créé une communauté fédérale socialiste de travailleurs, la République fédérative socialiste de Yougoslavie.* »

Le chapitre VII de ces « Principes fondamentaux » déclare notamment que la République fédérative socialiste de Yougoslavie reconnaît

- « — le droit qu'à chaque peuple de décider et d'édifier librement et par les moyens de son choix son ordre social et politique;
- le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à accéder à l'indépendance nationale, et leur droit de mener une guerre de libération pour réaliser ces fins;
- le devoir de respecter les règles de droit international généralement reconnues ».

Dans le corps de ses dispositions, la Constitution définit la RFSY de la manière suivante :

« *un Etat fédéral — communauté étatique de peuples librement unis et de leurs républiques socialistes ... fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs, et communauté démocratique autogestionnaire socialiste de travailleurs et de citoyens, de peuples et de nationalités égaux en droits* » (article premier de la Constitution).

13. La Constitution de 1974 de la République socialiste de Croatie dispose, au paragraphe 2 de son article premier, que « [l]a République socialiste de Croatie est l'Etat national du peuple croate, l'Etat du peuple serbe en Croatie et l'Etat de toutes les nationalités qui y vivent ». <sup>1</sup>

Dans la pratique et la terminologie juridiques de la RFSY, le mot « nationalités » désignait les minorités nationales. Le raisonnement sous-tendant cette substitution terminologique explique que l'expression « minorités nationales » ait pu passer pour péjorative.

14. Il est un fait, depuis toujours indéniable, que l'on retrouve sous tous les changements, fort variés, qu'a connus l'Etat yougoslave depuis sa création en 1918 et qui a été, implicitement ou explicitement, à la base

<sup>1</sup> Zemaljsko Antifascističko vijeće naroduoy slobodenja Hrvatske-Zboruk dokumenala 1944 (Od 1. Sijcnja do. 9 Sorbuja), Zagreb, 1970, p. 666.

de toutes les configurations constitutionnelles de cet Etat, à savoir que la Yougoslavie a toujours été essentiellement, depuis sa naissance, une communauté de peuples.

Ce qui a changé, c'est le nombre de peuples constitutifs (dans l'usage constitutionnel en vigueur en Yougoslavie fédérative, aussi bien que dans la théorie du droit applicable, l'expression «nation constitutive» était synonyme de peuple doté du droit à l'autodétermination). Au moment de sa création, en 1918, la Yougoslavie était une communauté de trois peuples: les Serbes, les Croates et les Slovènes. La Constitution fédérale de 1946 a reconnu la qualité de peuple constitutif aux Macédoniens et aux Monténégro, considérés jusque-là comme faisant partie de l'ensemble national serbe. Enfin, la Constitution de 1963 a fait figurer les Musulmans parmi les peuples constitutifs.

15. La Yougoslavie fédérative s'est formée, aux termes de la résolution adoptée en 1943 par la deuxième conférence du conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie, *en tant que communauté de peuples souverains et égaux, et ce sont des initiatives constitutionnelles ultérieures qui ont institué les républiques, en tant qu'entités fédérales*. Ainsi donc, comme les autres républiques, la Croatie est officiellement née de la Constitution de 1946 — bien que des autorités provisoires eussent été mises en place par la résolution de 1944 du ZAVNOH.

16. *A considérer ces solutions constitutionnelles, qualifier la Croatie d'union de nations, de fédération personnelle sui generis, est ce qui se rapproche le plus du véritable état de choses*. Une telle qualification est justifiée par plusieurs éléments factuels d'importance fondamentale.

En premier lieu, du point de vue du droit comme du point de vue des faits, la Croatie était une communauté de deux peuples, les Croates et les Serbes, ainsi qu'une *communauté* de nationalités (minorités nationales).

En deuxième lieu, la Constitution de 1974 de la RFSY et la Constitution de la République socialiste de Croatie promulguée la même année définissaient le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme un droit *des* peuples subjectif et collectif. Cette disposition était reprise des Constitutions antérieures. Elle répond à la nature même de la situation. Le sujet investi du droit à disposer de lui-même est, par définition, un peuple. Cependant, lorsque le droit à disposer de soi-même est exercé sur un territoire donné, les conséquences de l'exercice de ce droit sont «territorialisées». En règle générale, le droit à l'autodétermination et la «territorialisation» coïncident *dans le cas de communautés composées d'un seul peuple, et il s'ensuit que les formulations qui reconnaissent le droit à une entité territoriale* ne sont qu'une commodité de langage. Mais, dans le cas de communautés multiethniques, composées de deux ou plusieurs peuples dotés de droits égaux, le territoire n'est que le champ matériel de l'exercice de droits égaux à l'autodétermination.

En troisième lieu, compte tenu des dispositions pertinentes de la Constitution fédérale et de la Constitution de la Croatie, il apparaît clairement que la *Croatie*, en tant qu'unité fédérale, n'avait pas le bénéfice d'un droit à l'autodétermination qui inclurait le droit de faire sécession. Les unités

fédérales yougoslaves n'avaient nullement le droit de sécession, ce droit étant absolument réservé aux peuples constitutifs.

En quatrième lieu, le régime constitutionnel de la République socialiste de Croatie concevait le droit à l'autodétermination comme un droit collectif et subjectif des peuples croate et serbe de Croatie, droit qui, de par sa nature même, était inaliénable. Or, la Constitution croate de 1990 a privé les Serbes de Croatie de leur statut de peuple doté du droit à l'autodétermination, pour les transformer illégalement en minorité nationale.

Une proposition tendant à résoudre la controverse que soulevait l'exercice du droit à l'autodétermination externe *constitutione artis*, c'est-à-dire par voie de révision constitutionnelle, figurait dans les «Principes d'organisation de l'Etat futur proposés par le groupe de travail des représentants de toutes les républiques pour servir de base aux pourparlers à venir entre le président de la République et la présidence de l'Etat».

Ce texte, qui part du postulat que

«[I]a communauté d'Etat yougoslave, considérée comme un Etat fédéral de citoyens égaux et de peuples égaux et de leurs républiques [en note: Kasim Trnka, Bosnie-Herzégovine, propose de nommer les républiques en premier] et comme un Etat démocratique, sera fondée sur les droits civils et les libertés fondamentales, l'empire du droit et la justice sociale»,

comprend une partie intitulée «Projet de procédure de dissociation de la Yougoslavie», qui se lit comme suit:

«Les initiatives prises par certaines républiques pour faire sécession de la Yougoslavie, c'est-à-dire pour se «dissocier» du pays, et la pressante volonté générale d'apporter une solution pacifique, démocratique et constitutionnelle à la crise constitutionnelle soulèvent la question des procédures selon lesquelles ces initiatives pourraient se concrétiser. Ces initiatives ont pour objet le retrait de certaines républiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Elles s'appuient sur le droit imprescriptible et permanent des peuples à disposer d'eux-mêmes et devraient être régies par la Constitution. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui fait partie des droits universels en droit moderne, figure parmi les principes fondamentaux de la Constitution de la RFSY. Pourtant, l'exercice du droit des peuples de faire sécession, qui comporte le droit pour certaines républiques de se dissocier de la RFSY, n'est pas réglementé par la Constitution de celle-ci. Il faut donc amender cette Constitution afin d'y créer les fondements de l'exercice de ce droit. La révision en ce sens de la Constitution de la RFSY devrait être fondée sur le processus démocratique d'expression des idées, l'égalité des nations yougoslaves, la protection des libertés fondamentales et des droits civils et de l'homme, et le principe du règlement pacifique des différends. Conformément à ce qui précède, il conviendrait d'apporter à la Constitution de la RFSY tels amendements qui fixeraient d'une

manière générale la procédure d'exercice du droit des peuples de faire sécession et, ainsi, du retrait de certaines républiques de la RFSY.

Les amendements à la Constitution de la RFSY devraient fixer les dispositions suivantes :

1. Le droit d'une république de prendre l'initiative de se retirer de la RFSY est dévolu à l'assemblée de la république considérée, sauf si la Constitution de cette république en dispose autrement.
2. Le sort de cette initiative est réglé par référendum, avec garantie de participation libre, directe et secrète de tous les citoyens de la république.
3. Au cours des préparatifs du référendum, les populations et l'électorat seront informés objectivement et en temps utile de l'importance et des conséquences du référendum.
4. Le référendum sera contrôlé par des représentants de l'Assemblée yougoslave et, si possible, par des représentants des autres républiques et des institutions internationales compétentes.
5. Une décision est réputée prise si plus de la moitié des électeurs inscrits votent en sa faveur.
6. Dans les républiques où résident des membres de plusieurs nations yougoslaves, la majorité est calculée séparément pour chacune des nations. Si une nation vote contre, toutes les localités où cette nation est prépondérante et qui sont limitrophes du reste du territoire yougoslave et peuvent s'intégrer dans sa masse territoriale continuent de faire partie de la RFSY. [...]
8. L'assemblée de la république informera les populations et l'Assemblée yougoslave des résultats du référendum et présentera à l'Assemblée yougoslave une proposition d'acte constitutionnel de retrait de la république considérée de la RFSY, conformément à la volonté exprimée par le peuple à l'occasion du référendum.
9. L'Assemblée yougoslave reconnaît la légalité et la légitimité de la volonté exprimée par le peuple et les membres des nations, et donne pour instructions au gouvernement fédéral de préparer le retrait formel de la république considérée de la RFSY.

A cette fin, le gouvernement fédéral a l'obligation de :

- a) rédiger un projet de répartition des intérêts et des biens communs de la Fédération (meubles et immeubles) situés dans le pays et à l'étranger, et officiellement réputés propriété de la Fédération ; des obligations et des créances internationales ; des biens de la banque nationale de Yougoslavie ; des devises étrangères, des marchandises et des réserves monétaires de la Fédération ; des biens de l'armée populaire yougoslave ; des archives de la Yougoslavie ; de certains ouvrages d'infrastructure, des droits de licence et autres, et des obligations découlant des conventions internationales ratifiées. Dans ce projet, le gouvernement règle aussi les questions de

citoyenneté, de pensions de retraite, de droits civils et autres, d'où la reconnaissance d'une responsabilité commune dans les obligations par lesquelles la RFSY est liée à des pays étrangers;

- b) proposer à l'Assemblée yougoslave les modalités d'élection et le mandat de l'organe ou comité paritaire qui sera chargé de rédiger un projet de répartition des droits et des obligations, et de le présenter à l'Assemblée yougoslave;
- c) proposer la délimitation des territoires et la démarcation des frontières des futurs Etats et la solution des autres grands problèmes soulevés par l'acte formel de retrait.

10. Au vu des propositions du gouvernement fédéral concernant les problèmes matériels et territoriaux, l'Assemblée yougoslave élabore, avec l'assentiment des assemblées républicaines, un amendement constitutionnel (loi constitutionnelle) portant acte de sécession de la RFSY; cet amendement règle, entre autres questions:

- le droit des citoyens de choisir (conditions et modalités du choix en cas de changement territorial) et l'obligation d'accorder une juste réparation en cas de changement de résidence;
- l'obligation de garantir la protection de la justice aux citoyens, personnes morales et membres de certaines nations (réparation des préjudices qui résultent directement de l'exercice du droit de sécession, etc.);
- l'obligation de mettre certaines lois et actes publics en conformité avec la structure de la RSFY telle que modifiée;
- la surveillance et le contrôle de l'accomplissement d'obligations déterminées;
- les autres questions qui doivent être résolues avant la dissociation définitive (concernant notamment l'appareil judiciaire, la protection de l'environnement, les coentreprises, etc.);
- la période de transition et le moment exact de la dissociation de la RFSY. Si le résultat du référendum est négatif, la même initiative peut être reprise à l'expiration d'un délai de cinq ans.» (*Focus*, numéro spécial, janvier 1992, p. 31-33.)

17. Cette proposition offrait des perspectives de changement pacifique et une possibilité de résoudre la crise *constitutione artis*, car l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes doit suivre le schéma suivant:

«La dissolution de la fédération en deux Etats ou davantage fait aussi passer au premier plan le problème théorique de l'autodétermination sous forme de sécession. *Cette dissolution peut être le résultat d'un accord amiable constitutionnel, ou le résultat d'un acte de sécession par la force. Dans ce dernier cas, les règles du droit international peuvent être invoquées, mais, hormis les situations coloniales reconnues, il semble qu'il n'y ait pas de droit à l'autodétermination applicable à des Etats indépendants qui justifie le recours à la sécession.*» (M. N. Shaw, *International Law*, 2008, p. 218; les italiques sont de moi.)

## 2. Arrêts de la Cour constitutionnelle de la RSFY

18. Dans l'ordre juridique yougoslave, la Cour constitutionnelle de la RSFY était le garant de la constitutionnalité et de la légalité. Elle était composée d'un président et de treize juges élus selon la formule suivante : deux juges par république et un par province autonome (article 381 de la Constitution de la RSFY).

19. Le conseil exécutif fédéral (à savoir le gouvernement de la RFSY), présidé par le Croate Ante Markovic, a attaqué devant la Cour constitutionnelle yougoslave la constitutionnalité de la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie (*Narodne novine* (Journal officiel), n° 31/91).

De l'avis du gouvernement de la RFSY,

«la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie, en particulier ses titres III, IV et V, n'est pas conforme à la Constitution de la RFSY et est contraire aux lois fédérales relatives à la défense nationale et à la sécurité nationale, aux affaires étrangères et à l'administration publique, étant donné que le droit à l'autodétermination, y compris le droit de faire sécession, ne peut être exercé que sous les conditions et suivant la procédure et les modalités convenues entre toutes les républiques, comme le prévoit la Constitution de la RFSY».

19.1. Le titre III de la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie disposait notamment que

«[l]a République de Croatie garantit aux Serbes de Croatie et à l'ensemble des minorités nationales vivant sur son territoire le respect de tous les droits civils et humains, en particulier la liberté d'expression, la pratique de leurs propres langues et le renforcement de leurs cultures, ainsi que la liberté de constituer des organisations politiques

.....

La République de Croatie, en sa qualité de successeur légal de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie, assure à l'ensemble des Etats et des organisations internationales qu'elle en exercera pleinement et en toute conscience tous les droits et en remplira toutes les obligations pour autant que ceux-ci relèvent de la Croatie.»

Le titre IV de la déclaration affirmait ce qui suit :

«Les Constitutions de la République fédérative populaire de Yougoslavie et de la République fédérale socialiste de Yougoslavie ont accordé à la République de Croatie le droit à l'autodétermination et à la sécession.

Etablie en tant qu'Etat souverain et indépendant, la République de Croatie, qui, jusqu'à présent, a exercé une partie de ses droits sou-

verains de concert avec les autres républiques constitutives et provinces autonomes de la République fédérale socialiste de Yougoslavie, s'emploie actuellement à modifier son statut et ses relations inter-étatiques avec la République fédérale de Yougoslavie. Elle accepte de prendre part à ses institutions et fonctions d'intérêt commun facilitant le processus de dissociation.

Dans le cadre dudit processus de dissociation, il convient de déterminer les droits et les obligations, c'est-à-dire la part de ceux-ci qui revient à la République de Croatie par rapport au total des biens meubles et immeubles et des droits de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie.

En publiant sa décision constitutionnelle relative à l'indépendance, la République de Croatie a déclenché le processus de dissociation des autres républiques de la RFSY. Elle souhaite achever ce processus aussi rapidement que possible, de manière démocratique et pacifique, en respectant les intérêts de toutes les républiques et provinces autonomes qui constituent la RFSY.

Par sa décision constitutionnelle relative à l'indépendance, les frontières actuelles de la République de Croatie sont devenues des frontières d'Etat qui la séparent des autres républiques et des pays limitrophes de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie

.....

D'ici la fin du processus de dissociation, seules les lois qui ont été adoptées par le Sabor de la République de Croatie s'appliqueront sur le territoire de la République de Croatie, à l'exception des réglementations fédérales qui n'auront pas été abrogées

.....

Les agences fédérales ne peuvent pas exercer d'activités sur le territoire de la République de Croatie, à moins d'avoir reçu une autorisation spéciale et temporaire du gouvernement de la République de Croatie.

La République de Croatie retirera ses représentants de la Chambre fédérale de l'Assemblée de la RFSY, puisque son mandat est expiré et qu'elle n'a pas de raison d'être dans le processus de dissociation.»

Dans le titre V de la déclaration, il est notamment dit que

«[l]a République de Croatie reconnaît la pleine souveraineté et la personnalité juridique internationale des Etats nés de leur dissociation d'avec la RFSY dans ses frontières actuelles, et les uns d'avec les autres à l'intérieur de leurs frontières respectives, ainsi qu'il est indiqué dans la présente Constitution ou comme il en a été démocratiquement convenu entre eux.»

20. La position de la Cour constitutionnelle sur les passages contestés de la déclaration était la suivante:

«Les articles premier et 2 de la Constitution de la RFSY disposent que la République fédérale socialiste de Yougoslavie est un Etat

fédéral revêtant la forme d'une communauté étatique constituée par des nations librement unies et leurs républiques, ainsi que les provinces autonomes de Voïvodine et du Kosovo qui font partie de la République socialiste de Serbie, et qui comprend: la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, la République socialiste de Macédoine, la République socialiste de Slovénie, la République socialiste de Serbie, ainsi que les PAS de Voïvodine et du Kosovo qui font partie intégrante de la République socialiste de Serbie, la République socialiste de Croatie et la République socialiste du Monténégro.

L'article 5 de la Constitution de la RFSY dispose que le territoire de la RFSY forme un tout unifié; qu'il se compose des territoires des républiques socialistes; et que les frontières de la RFSY ne peuvent être modifiées qu'avec le consentement de toutes les républiques et des provinces autonomes.

En vertu des dispositions du paragraphe 4 de l'article 283 et du paragraphe 6 de l'article 285 [de la Constitution], les modifications de frontières de la RFSY sont décidées par la Chambre fédérale de l'Assemblée de la RFSY.

La Cour constitutionnelle yougoslave, se fondant sur les dispositions précitées de la Constitution de la RFSY, a jugé que les sections 2 et 4 du titre III, les sections 2 à 10 du titre IV, et le titre V de la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie ne sont pas conformes à la Constitution de la RFSY.»

La Cour a examiné comme il se devait la question du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle a formulé les observations suivantes:

«Les sections 2 et 4 du titre III, les sections 2 à 10 du titre IV, et le titre V de la déclaration contestée se fondent sur l'interprétation que fait l'Assemblée de la République de Croatie du droit du peuple croate à disposer de lui-même, y compris le droit de sécession.

La portée des dispositions susmentionnées de la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie ne se limite pas, de l'avis de la Cour constitutionnelle yougoslave, à l'expression du droit du peuple croate à disposer de lui-même, y compris le droit de sécession. L'essentiel de la déclaration contestée est la proclamation par la République de Croatie d'un Etat indépendant qui ne fait pas partie intégrante de la RFSY en tant qu'Etat fédéral et communauté étatique de peuples librement unis et de leurs républiques; la proclamation que la communauté étatique des nations yougoslaves et de leurs républiques a cessé d'exister; la proclamation que les lois fédérales sont nulles et non avenues sur le territoire de la République de Croatie; l'interdiction faite aux organes fédéraux d'exercer leur activité sur le territoire de la République de Croatie dans les matières relevant de leur compétence; et la récusation de certaines institutions fédérales.

De l'avis de la Cour constitutionnelle, les nations de Yougoslavie ne peuvent pas exercer le droit à l'autodétermination, y compris le droit de faire sécession, que leur confère la Constitution de la RFSY par la voie d'actes unilatéraux ou de décision des assemblées de leurs républiques respectives. Elles ne peuvent exercer ce droit que sous des conditions et selon des modalités qui doivent être définies, conformément à la Constitution de la RFSY, avec le consentement individuel de chacune des nations et républiques aussi bien que leur consentement collectif. Le fait que la procédure d'exercice du droit à l'autodétermination, y compris le droit de faire sécession, ne figure pas dans la Constitution de la RFSY ne signifie pas que ce droit puisse être exercé par la voie d'actes unilatéraux.»

21. A sa séance du 13 novembre 1991, la Cour constitutionnelle, agissant en application de l'alinéa 4 du paragraphe 1 de l'article 375 de la Constitution de la RFSY, a adopté un arrêt aux termes duquel

«[I]es dispositions des sections 2 et 4 du titre III, des sections 2 à 10 du titre IV, et du titre V de la déclaration relative à la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République de Croatie (*Narodne novine* (Journal officiel), n° 31/91) sont abrogées.» (Arrêt II-U n° 123/91 du 13 novembre 1991.)

22. Le conseil exécutif fédéral a également attaqué devant la Cour constitutionnelle la constitutionnalité de la décision de l'Assemblée de la République de Croatie relative à la rupture de ses liens juridiques avec la RFSY (*Narodne novine* (Journal officiel), n° 53/91).

Le conseil exécutif fédéral considérait en effet

«que ladite décision n'est pas conforme à la Constitution de la RFSY, et que la rupture des liens juridiques entre Etats n'est possible que si les Etats considérés sont reconnus comme ayant une personnalité juridique internationale; elle n'est pas possible entre une unité constitutive d'un Etat et ledit Etat».

23. La décision de l'Assemblée de la République de Croatie proclamait que ladite République avait rompu, à compter du 8 octobre 1991, les liens juridiques dans le cadre desquels, comme les autres républiques et provinces, elle avait constitué jusqu'alors la RFSY; contestait la légitimité et la légalité de tous les organes de la Fédération; reconnaissait, sur une base de réciprocité, l'indépendance et la souveraineté des autres républiques de l'ancienne RFSY; garantissait les droits fondamentaux de l'homme et des minorités reconnus par la déclaration universelle des droits de l'homme et autres instruments internationaux; et déclarait que la République de Croatie était disposée à s'associer à d'autres Etats.

24. La Cour constitutionnelle a statué que

«[I]a décision de l'Assemblée de la République de Croatie relative à la rupture des liens juridiques entre celle-ci et la RFSY n'est pas

conforme à la Constitution de la RFSY. La Cour constitutionnelle de Yougoslavie fonde ses conclusions sur le fait que, selon la Constitution de la RFSY, la République de Croatie est l'une des républiques constitutives de la RFSY conçue comme communauté étatique. C'est pourquoi elle ne peut, par une décision unilatérale, rompre les liens juridiques qui la lient à l'Etat fédéral dont elle fait partie, pas plus qu'elle ne saurait, par une telle décision, modifier son statut de république établi par la Constitution de la RFSY, sortir de la communauté étatique de la RFSY et modifier les frontières de la RFSY.

La Cour constitutionnelle de Yougoslavie fonde également ses conclusions sur le fait que la décision contestée, en violation de la Constitution de la RFSY, rejette la légitimité et la légalité des organes fédéraux et refuse de reconnaître les actes juridiques émanant d'eux. Or la Constitution de la RFSY définit les intérêts communs dont la réalisation relève directement de la Fédération et ceux dont la Fédération délègue la réalisation aux organes fédéraux; il s'ensuit qu'un acte unilatéral ne saurait ni modifier les relations à l'intérieur de la Fédération, ni contester les droits et obligations établis par la Constitution de la RFSY, ni rejeter la légitimité et la légalité des organes fédéraux. De même, il n'est pas possible de refuser de reconnaître la validité des actes juridiques des organes fédéraux parce que ces actes sont obligatoires et valides sur l'ensemble du territoire de la RFSY. » (Arrêt II-U n° 194/91 du 25 décembre 1991, publié au *Journal officiel* de la RFSY, n° 12/92.)

25. On rappellera que ces deux arrêts ont été rendus par la Cour constitutionnelle siégeant en formation plénière, comme le prescrit la Constitution, seul un juge slovène n'ayant pas pris part à la décision.

\* \*

26. Les faits juridiques ainsi décrits offrent une image différente de celle du prétendu projet de « Grande Serbie », qui, d'ailleurs, n'a jamais constitué une politique de la RFY ou de la Serbie. Ce prétendu projet de « Grande Serbie » est plutôt un mythe ou une déformation dans le contexte de la crise yougoslave.

L'expression est empruntée au programme d'un homme politique serbe nommé I. Garašanin, qui, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, a rédigé un projet — le « Nacertanije » — d'unification des Serbes sur la base du même principe des nationalités qui avait servi de fondement juridique à la création d'Etats nationaux comme l'Allemagne et l'Italie en Europe. Tant en théorie qu'en pratique, aussi bien comme idéologie nationale que comme politique réelle, une notion de ce genre a existé dans l'histoire de toutes les nations d'Europe.

27. Pendant toute la crise yougoslave, cette notion de « Grande Serbie », pour autant qu'on admette sa pertinence, consistait en la possibilité d'une

expansion de la RFY/Serbie fondée sur l'aboutissement de l'exercice par les Serbes vivant hors de Serbie de leur droit à l'autodétermination.

Le principal objectif politique visé par la RFY et les Serbes de Croatie était la préservation de la Yougoslavie comme maison commune des Serbes. Cet objectif se comprend parfaitement si l'on se rappelle que plus du tiers des Serbes habitaient alors à l'extérieur des frontières de la République fédérale de Serbie. L'expansion territoriale de la RFY/Serbie n'était donc qu'une possibilité dont la réalisation dépendait de l'aboutissement de l'autodétermination des Serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine. En ce qui concerne la Croatie, cette possibilité ne s'est pas réalisée principalement en raison du fait suivant :

«L'accession de la ... Croatie à l'indépendance ... peut être considérée comme l'aboutissement d'un processus révolutionnaire qui s'est déroulé en dehors du cadre législatif existant... L'autodétermination a fonctionné comme rhétorique politique, comme un ensemble de principes politiques tendant à légitimer la sécession.» (A. Cassese, «Self-Determination of Peoples and the Recent Break-up of USSR and Yugoslavia», dans R. Macdonald (dir. publ.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, 1994, p. 141-144.)

## II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

### 1. Questions relatives aux dates de validité en l'affaire

28. La façon dont la Cour a examiné la problématique des dates de validité des dispositions de la convention sur le génocide à l'égard des parties est plutôt cavalière, en particulier si l'on se rappelle que la question de l'étendue de sa compétence *ratione temporis* présente une importance considérable en l'espèce. C'est une question qui, dans les circonstances de l'espèce, concerne également et nécessairement les deux principaux types de compétence de la Cour, à savoir sa compétence *ratione personae* et sa compétence *ratione materiae* (voir par. 50 et 54 ci-après). La Cour n'a tranché ni la question de la date à partir de laquelle le demandeur pouvait être considéré comme lié par la convention sur le génocide, ni celle de la date à partir de laquelle la Convention pouvait être considérée comme applicable entre les Parties. Elle a ignoré la question de la date jusqu'à laquelle la Convention est restée en vigueur à l'égard de la RFSY alors que, entre autres contradictions, elle a examiné la question de savoir si les actes allégués par la Croatie «étaient, au moment de leur commission, attribuables à la RFSY» (arrêt, par. 114). En l'absence de ces paramètres, il semble difficile, sinon impossible, de répondre correctement à l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie. Rien d'étonnant, donc, à ce que la Cour se soit abstenue de statuer sur l'autre exception préliminaire du défendeur comme le voulaient les dispositions du paragraphe 9 de l'article 79 de son Règlement et sa jurisprudence constante, et qu'elle ait préféré traiter la question de sa compétence *ratione temporis* et la question

connexe de recevabilité comme des conséquences accessoires de sa décision à venir sur les demandes principale et reconventionnelle (voir par. 56 et 59 ci-après). Le sens profond de cette décision de la Cour va très loin : elle fait fi du principe fondamental sur lequel est fondée la compétence de la Cour, qui est le principe du consentement.

*1.1. A quelle date la Convention est-elle entrée en vigueur à l'égard de chacune des Parties?*

29. Parmi l'ensemble des questions relatives aux dates de validité à l'égard des Parties des dispositions de la convention sur le génocide, celle de savoir à compter de quelle date le défendeur peut être considéré comme lié par la Convention, question sur laquelle les Parties avaient au départ des positions divergentes, a été réglée par la Cour dans son arrêt relatif aux exceptions préliminaires soulevées par la Serbie. Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'il convenait, compte tenu de la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2000, de considérer que la RFY était liée par la convention sur le génocide «à compter de cette date» (27 avril 1992) (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008* (ci-après «l'arrêt de 2008»), p. 454-455, par. 117). Cette partie de l'arrêt de la Cour est revêtue de l'autorité de la chose jugée.

30. Toutefois, la Cour n'a pas répondu à la question de savoir quand la Croatie avait acquis la qualité de partie à la Convention. Elle s'est bornée à relever que «la Croatie a[avait] déposé une notification de succession, le 12 octobre 1992, auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies» (arrêt de 2008, p. 445, par. 94). La Cour a aussi noté que la Croatie «affirm[ait] qu'avant cette date elle était déjà devenue partie à ladite Convention en qualité d'Etat successeur de la RFSY à compter du moment où elle avait assumé la responsabilité des relations internationales pour son territoire, c'est-à-dire à partir du 8 octobre 1991» (*ibid.*). Il appartenait à la Cour de déterminer à laquelle de ces deux dates la Croatie est devenue partie à la Convention.

31. En fait, dans son arrêt de 2008, la Cour ne s'est pas prononcée sur la prétention de la Croatie, mais a simplement présenté (au paragraphe 94 dudit arrêt) la position de la Croatie.

Au vu des circonstances pertinentes, il semble que la prétention de la Croatie se fonde sur les éléments suivants :

Premièrement, la notification de succession déposée par la Croatie.

Dans une lettre datée du 27 juillet 1992, adressée au Secrétaire général des Nations Unies par le Gouvernement de la République de Croatie et parvenue à son destinataire le 4 août 1992, lettre à laquelle était jointe une liste d'instruments multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, figurait la notification suivante :

«Compte tenu de la Déclaration constitutionnelle relative à la souveraineté et à l'indépendance de la République de Croatie, en date du

25 juin 1991, et de la déclaration du Parlement croate concernant le territoire de la République de Croatie, [le Gouvernement de] ... la République de Croatie a décidé que, en vertu de la succession de la République socialiste fédérative de Yougoslavie du 8 octobre 1991, il se considérait lié par les conventions auxquelles la République socialiste fédérative de Yougoslavie et les Etats qui l'ont précédée (le Royaume de Yougoslavie et la République populaire fédérative de Yougoslavie) étaient Parties, selon la liste ci-jointe.

*Conformément à la pratique internationale*, [le Gouvernement de la République de Croatie] suggère que la présente déclaration prenne effet le 8 octobre 1991, date à laquelle la République de Croatie est devenue indépendante.»

Deuxièmement, les états tenus par le dépositaire, qui font une distinction entre la date de dépôt d'une notification de succession et la date de prise d'effet. Selon la pratique du dépositaire, la date de dépôt d'une notification de succession pour la convention sur le génocide est celle à laquelle la notification a été effectivement déposée, alors que sa date de prise d'effet est celle — antérieure au dépôt de ladite notification — à laquelle l'Etat considéré a exprimé son consentement à être lié par la Convention, c'est-à-dire la date à laquelle il a assumé la responsabilité des relations internationales pour son territoire. Il ressort des renseignements relatifs à la succession de la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide que la prise d'effet de la notification de succession a été antérieure à la date de dépôt de celle-ci pour toutes les anciennes unités fédérales de la RFSY, sauf la Yougoslavie/Serbie.

	Instrument	Date de dépôt	Date de prise d'effet
Bosnie-Herzégovine	Notification de succession	29 décembre 1992	6 mars 1992
Croatie	Notification de succession	12 octobre 1992	8 octobre 1991
Monténégro	Notification de succession	23 octobre 2006	3 juin 2006
Slovénie	Notification de succession	6 juillet 1992	25 juin 1991
Ex-République yougoslave de Macédoine	Notification de succession	18 janvier 1994	17 novembre 1991
Yougoslavie (Serbie)	Notification d'adhésion	12 mars 2001	10 juin 2001

(Voir <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280027fac>.)

Troisièmement, dans ses écritures, la Serbie a indiqué qu'elle «ne contest[ait] pas que la Croatie ait pu devenir partie à la convention sur le génocide par voie de déclaration de succession, et qu'elle ait pu par

conséquent devenir partie à ladite Convention à compter du 8 octobre 1991» (contre-mémoire de la Serbie, par. 370).

32. Lorsque, comme dans le cas de la Croatie, la prise d'effet de la succession à une convention est antérieure à la date de dépôt de la notification de succession, il y a indubitablement rétroactivité. En effet, aux termes de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités, «[l']expression «notification de succession» s'entend, par rapport à un traité multilatéral, d'une notification, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat successeur, *exprimant le consentement de cet Etat* à être considéré comme étant lié par le traité» (convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, art. 2, alinéa g); les italiques sont de moi). L'Etat successeur exprime ainsi à la date X postérieure à la date Y de «prise d'effet» de la succession, laquelle est en fait la date d'entrée en vigueur du traité à son égard, son consentement à être considéré comme lié par celui-ci. Il semble donc clair que la rétroactivité joue. Cependant, elle présente dans ce cas un caractère *sui generis*, car elle joue différemment pour chacun des Etats successeurs.

33. Dans le cas de la Croatie, la rétroactivité de l'applicabilité de la convention sur le génocide procède à la fois de sa notification de succession et du consentement des Etats tiers. Cette conclusion repose sur deux éléments:

- i) les liens entre les règles de succession en matière de traités et les règles du droit des traités;
- ii) la signification attribuée à l'instrument de «notification de succession».

Il est évident que les règles de la succession d'Etats en matière de traités sont étroitement liées à celles du droit des traités, et qu'elles peuvent être considérées comme régissant certains aspects particuliers de la participation aux traités, de la conclusion des traités et de leur application.

Humphrey Waldock, rapporteur spécial de la Commission du droit international, a déclaré ce qui suit au sujet de ces liens:

«[L]a Commission ne peut faire autrement qu'examiner la question de la succession d'Etats en matière de traités dans le cadre général du droit des traités ... [vu] que la solution la plus sûre des problèmes de succession en matière de traités doit, semble-t-il, être recherchée dans le cadre des principes et des règles du droit des traités plutôt que dans celui d'une théorie générale de la succession.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 135, par. 52.)

O'Connell s'est exprimé sur ce sujet dans les termes suivants:

«L'effet qu'un changement de souveraineté a sur l'applicabilité d'un traité ne procède pas d'un principe ou d'une règle générale de la succession d'Etats; il relève plutôt des règles du droit des traités et comporte un élément d'interprétation.» (D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.)

La définition de l'expression « notification de succession » qui figure à l'alinéa g) de l'article 2 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ainsi que la pratique des Etats en la matière laissent planer un sérieux doute sur la possibilité de considérer une « notification de succession » comme un instrument qui, en soi, établit que l'Etat successeur consent à être lié par tel ou tel traité.

La convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, en son article 11 intitulé « Modes d'expression du consentement à être lié par un traité », stipule ce qui suit : « Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen *convenu*. » (Les italiques sont de moi.)

Ce libellé n'exclut pas la *possibilité* qu'une notification de succession soit considérée comme l'expression du consentement à être lié par un traité, pareille notification relevant indubitablement des autres modes d'expression envisagés par le droit des traités. Toutefois, cette possibilité ne peut se réaliser qu'à la condition, exprimée par l'emploi dans la disposition précitée de l'adjectif « convenu », que les parties au traité concerné l'admettent. Ainsi considérée, la « notification de succession », en tant qu'acte unilatéral de l'Etat, constitue la base d'accords collatéraux simplifiés entre le nouvel Etat et les autres Etats parties aux traités auxquels avait souscrit l'Etat prédécesseur. La « notification de succession » exprime en termes généraux et abstraits le consentement de l'Etat successeur à être lié par les traités auxquels l'Etat prédécesseur était partie, consentement qui, dans chaque cas, se concrétise conformément à la règle générale du droit des traités relative aux modes d'expression du consentement à être lié figurant à l'article 11 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi qu'aux dispositions du traité considéré.

Une dérogation à la règle générale selon laquelle l'Etat successeur doit exprimer *ad casum* son consentement à être lié conformément à l'article 11 de la convention de Vienne sur le droit des traités pourrait être envisagée si, en dehors et indépendamment de ce que prévoit la Convention, il existait une règle généralement admise selon laquelle la « notification de succession » est considérée comme un moyen particulier dont disposent les nouveaux Etats pour exprimer leur consentement à être liés par des traités. Cette interprétation pourrait s'appuyer sur l'article 73 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui prévoit ce qui suit : « Les dispositions de la présente Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait d'une succession d'Etats... »

Or, rien n'indique de façon convaincante qu'il existe une telle règle. La convention de Vienne sur le droit des traités, qui, de par sa nature même, procède à la fois de la codification du droit et de son développement progressif, ne dit aucunement en son article 11, intitulé « Modes d'expression du consentement à être lié par un traité », qu'une « notification de succession » constitue l'un de ces modes d'expression. Ce silence est d'autant plus remarquable que l'article 11 a été conçu dans le but de conférer un

caractère moins formel aux modes d'expression du consentement à être lié par un traité. Dès lors que la succession en soi ne constitue pas et ne saurait constituer un mode indépendant d'expression du consentement à être lié par un traité, l'expression «notification de succession» ne peut être qu'un terme descriptif désignant collectivement différents modes d'expression du consentement d'un nouvel Etat à être lié par un traité. Je cite à cet égard Annie Gruber :

«S'agissant d'un acte unilatéral dont les effets juridiques ne peuvent dépendre de la seule volonté de son auteur, on peut considérer que la déclaration unilatérale de succession renferme une sorte de proposition personnelle que les Etats tiers peuvent accepter ou refuser.» (A. Gruber, *Le droit international de la succession d'Etats*, 1986, p. 221.)

Enfin, l'article 9 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités stipule ce qui suit :

«Les obligations ou les droits découlant de traités en vigueur à l'égard d'un territoire à la date d'une succession d'Etats ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'Etat successeur ni d'autres Etats parties à ces traités du seul fait d'une déclaration unilatérale de l'Etat successeur prévoyant le maintien en vigueur des traités à l'égard de son territoire.»

Cette disposition signifie que la notification de succession de la Croatie constitue à l'égard des parties à la convention sur le génocide une offre que ceux-ci sont libres d'accepter ou de rejeter. L'Etat qui émet une notification de succession ne peut être lié par la convention sur le génocide à l'égard des autres Etats parties que si ceux-ci l'admettent.

### *1.2. A partir de quelle date la Convention peut-elle être considérée comme applicable entre les Parties?*

#### *Premier scénario*

34. La détermination de la date à laquelle la convention sur le génocide est entrée en vigueur à l'égard de la RFY/Serbie et de la Croatie ne règle pas la question de la date d'applicabilité de la Convention en l'espèce et ne touche qu'à un aspect de la question des dates. Le fait que les Parties à la présente affaire sont l'une et l'autre liées par la Convention est une chose, mais la question de savoir à quelle date celle-ci est devenue applicable entre elles en est une autre dans les circonstances de l'espèce.

Le fait que la Croatie et la RFY/Serbie soient toutes deux parties à la Convention permet seulement d'établir le titre de compétence en l'espèce, mais laisse entière la question de savoir à quelle date la Convention est devenue applicable entre elles, parce que les dates à compter desquelles elles peuvent être considérées comme liées par cet instrument ne coïncident pas.

La Croatie peut être considérée comme partie contractante à la convention sur le génocide depuis le 8 octobre 1991, et la Serbie à compter du 27 avril 1992.

35. La juridiction de la Cour en l'espèce est fondée sur l'article IX de la convention sur le génocide. A la différence de ses dispositions de fond, qui par nature sont « de type intégral » (voir G. Fitzmaurice, « Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1958, vol. II; Nations Unies, doc. A/CN.4/115, art. 18, p. 27, par. 2) et établissent des obligations collectives qui s'imposent à la communauté internationale tout entière (voir *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3), l'article IX de la Convention, qui est une clause compromissoire type, établit une obligation bilatérale entre les parties.

A l'égard des obligations de fond établies par la Convention, la volonté de chacune des parties à celle-ci n'est qu'une composante de la volonté collective de la communauté internationale, qui fonde celle-ci à établir des normes impératives. C'est pourquoi les obligations de fond prévues par la Convention s'imposent aux Etats « même en dehors de tout lien conventionnel » (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). En conséquence, tout nouvel Etat est *a priori* soumis à ces règles, puisqu'elles sont l'expression de l'intérêt de la communauté internationale tout entière.

C'est en ayant à l'esprit le caractère impératif des principes dont procède la convention sur le génocide que Dag Hammarskjöld, alors Secrétaire général des Nations Unies, a averti les autorités du Congo, au cours des opérations menées dans ce pays par les Nations Unies, que les principes énoncés dans cette Convention devaient être considérés comme applicables même à un nouvel Etat comme le Congo et à ses subdivisions politiques (voir le *Rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, 1960-1961*, Documents officiels de l'Assemblée générale, seizième session, supplément n° 1, p. 11; H. Waldock, « General Course on Public International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1962, vol. 106, p. 228).

A la différence des dispositions de fond de la Convention, son article IX, de par son caractère contractuel, joue *inter partes* selon le principe de réciprocité.

Aussi l'application de l'article IX de la Convention a-t-elle abouti à la création entre les parties d'une multiplicité de liens bilatéraux. Autrement dit, les obligations assumées par les parties en application de l'article IX n'ont pas une force « autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie » (G. Fitzmaurice, « Troisième rapport sur le droit des traités », *ACDI*, 1958, vol. II; Nations Unies, doc. A/CN.4/115, art. 19, p. 28), mais sont relatives, extrinsèques et subordonnées au consentement. Cette distinction est explicitée dans le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. La CDI relève que les traités multilatéraux peuvent établir non seulement des obligations s'imposant à tous les Etats parties, mais aussi des obligations dont « [l']exécution, dans une situation donnée, suppose une relation à caractère bilatéral entre deux parties » (commentaire de l'alinéa a) du projet d'article 42).

Dans le cadre d'une relation bilatérale ou des faisceaux de relations bilatérales entre les parties à un traité, le principe de réciprocité peut être considéré comme un principe essentiel de droit international. (Outre le cas dont il s'agit ici, la condition qui subordonne les réserves aux traités multilatéraux au consentement des autres Etats parties fournit à cet égard un bon exemple.)

### 1.3. L'application du principe en l'espèce

36. La compétence de la Cour en la présente espèce est fondée sur le paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut, ainsi libellé :

«La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou *dans les traités et conventions en vigueur*. » (Les italiques sont de moi.)

Lorsque sa compétence est fondée sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut,

«la Cour n'a que le pouvoir d'appliquer le traité considéré. Lorsque sa compétence est fondée sur le paragraphe 2, la Cour, dans une affaire qui met en jeu un traité échappant pour une raison quelconque à sa compétence, peut, voire doit, invoquer des règles du droit international coutumier qui ressemblent aux dispositions du traité, mais en sont indépendantes.» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., vol. II, 2006, p. 648-649. Le passage cité est tiré d'une note de bas de page qui se rapporte à l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 38, par. 56.)

La convention sur le génocide étant en la présente espèce le seul titre de compétence de la Cour, les dates auxquelles elle est entrée en vigueur à l'égard de la Croatie et à l'égard de la RFY/Serbie revêtent une importance capitale. En effet, un différend opposant les deux Etats ne pouvait être porté devant la Cour qu'à un moment où ce titre de compétence était valide (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29).

Il appert que la convention sur le génocide est entrée en vigueur à des dates différentes à l'égard de la Croatie et à l'égard de la RFY/Serbie, soit le 8 octobre 1991 pour la première et le 27 avril 1992 pour la seconde.

En vertu du principe de réciprocité, la convention sur le génocide est donc devenue applicable entre la Croatie et la RFY/Serbie à compter de la plus récente de ces dates, c'est-à-dire du 27 avril 1992, ce qui limite la compétence *ratione temporis* de la Cour aux actes et situations postérieurs à ladite date.

C'est un raisonnement juridique de cet ordre que la Cour a suivi en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*. L'article 22 de ladite convention est ainsi libellé : «Tout diffé-

rend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention ... sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet...»

La convention en cause étant entrée en vigueur à l'égard de la Russie le 4 février 1969 et à l'égard de la Géorgie le 2 juillet 1999, la Cour a conclu que «[l]a CIEDR [était] entrée en vigueur entre les Parties le 2 juillet 1999» (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 81, par. 20).

#### *Deuxième scénario*

37. Le deuxième scénario repose sur le principe selon lequel la reconnaissance mutuelle est une condition de l'établissement de liens conventionnels entre les Etats parties à la convention sur le génocide. Ce principe tient au caractère contractuel des clauses de juridiction applicables *inter partes* sous condition de réciprocité. Le droit international des traités établi à cet égard une sorte de *vinculum juris*, un lien juridique entre les Etats qui se reconnaissent mutuellement.

38. Je cite sur ce sujet sir Robert Jennings et sir Arthur Watts :

«Généralement, les Etats qui ne reconnaissent pas telle ou telle situation et les conséquences qui en découlent directement considèrent celle-ci comme dépourvue d'effet juridique sur le plan international...» (*Oppenheim's International Law*, 9<sup>e</sup> édition, 1992, p. 198-199);

et

«La non-reconnaissance d'un gouvernement emporte de la part des Etats qui ne le reconnaissent pas le refus d'admettre qu'il a qualité pour obtenir que l'Etat qu'il prétend diriger devienne partie à un traité multilatéral ou pour agir au nom de cet Etat dans une instance judiciaire...» (*Ibid.*, p. 198.)

Kelsen, bien qu'il parte de l'idée que «l'acte juridique de reconnaissance consiste à établir un fait» (H. Kelsen, «Recognition in International Law — Theoretical Observations», dans L. Gross (dir. publ.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969, p. 592), considère que

«[l]e nouvel Etat acquiert son existence juridique lorsqu'il se proclame tel, mais il n'existe alors que pour lui-même, et n'existe pas aux yeux des autres Etats. C'est là un bon exemple de situation limite. Pour acquérir vis-à-vis des autres Etats la qualité de sujet de droit international, le nouvel Etat doit être reconnu par eux comme tel; en droit international, l'Etat prédécesseur, quant à lui, n'existe en tant qu'Etat par rapport au nouvel Etat que si ce dernier l'a reconnu comme tel. La reconnaissance mutuelle est donc indispensable.» (*Ibid.*, p. 593.)

Hersch Lauterpacht, juriste et juge éminent, exprime sur ce sujet une opinion semblable. Selon lui, la reconnaissance «marque la prise d'effet

des droits et obligations de l'entité reconnue» (*Oppenheim's International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd., 1955, p. 128).

39. On relève des considérations du même genre dans la jurisprudence de la Cour. Par exemple, dans son arrêt en l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a dit ce qui suit :

«La Pologne n'est Partie contractante ni à la Convention d'armistice, ni au Protocole de Spa. Au moment de la conclusion de ces deux accords, la Pologne n'était pas reconnue comme belligérante par l'Allemagne; mais c'est seulement sur la base de pareille reconnaissance qu'un armistice aurait pu être conclu entre ces deux Puissances.

Les Principales Puissances alliées avaient, il est vrai, reconnu les forces armées polonaises comme une armée autonome, alliée et co-belligérante (ou: belligérante). Cette armée était placée sous l'autorité politique suprême du Comité national polonais dont le siège était à Paris. Sans entrer dans l'examen de la question de savoir quelle était, à cette époque, l'importance politique de ce Comité, la Cour constate que ces faits ne sont pas opposables à l'Allemagne, qui n'y a eu aucune part.» (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 27-28.*)

Dans son opinion dissidente sur l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative au *Timor oriental*, le juge Skubiszewski a affirmé que «[l]a reconnaissance conduit à la validation du contrôle de fait sur un territoire et à l'établissement de droits correspondants» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, opinion dissidente du juge Skubiszewski, p. 265, par. 131; les italiques sont de moi).

Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour s'est abstenue de répondre clairement à la question, se bornant à expliquer ce qui suit :

«Aux fins de se prononcer sur sa compétence en l'espèce, la Cour n'a pas à trancher la question de savoir quels peuvent être les effets d'une situation de non-reconnaissance sur les liens contractuels entre parties à un traité multilatéral. Il lui suffira de constater que, à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords de Dayton-Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*...

En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base...» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 613-614, par. 26.)

Il est à noter cependant que cette opinion de la Cour se rapporte à sa compétence *ratione personae*, et non *ratione temporis*.

40. La pratique récente confirme que la reconnaissance d'un Etat détermine la date à compter de laquelle ses droits et obligations prennent effet vis-à-vis des Etats qui l'ont reconnu, en établissant avec eux les liens conventionnels nécessaires. Par exemple, la Suisse, ayant reconnu la Slovénie et la Croatie le 15 janvier 1992, a déclaré que les traités qu'elle avait conclus avec la Yougoslavie seraient applicables à compter de cette date dans ses relations bilatérales avec lesdits Etats (*Revue suisse de droit international et européen*, 1993, p. 709).

La décision de la Cour suprême de la République fédérale d'Allemagne en date du 18 décembre 1959, citée ci-après, procède du même type de raisonnement :

« Les parties contractantes déjà liées par une convention multilatérale ne le deviennent à l'égard d'une autre entité étatique qui adhère à cette convention que si ladite entité a *pour elles* la qualité de sujet de droit international... Une entité qui existe *de facto* doit de surcroît être reconnue d'une manière ou d'une autre comme ayant une existence juridique... Par rapport aux autres Etats qui ne l'ont pas reconnue en tant que sujet de droit international, pareille entité ne saurait être partie à un traité, et encore moins y devenir partie par le seul effet d'une déclaration unilatérale, telle qu'une déclaration d'adhésion à une convention multilatérale par laquelle elle prétendrait se conférer elle-même la qualité de sujet de droit international vis-à-vis d'Etats qui ne la reconnaissent pas. » (*International Law Reports*, vol. 28, 1959, p. 87-88; les italiques sont dans l'original.)

41. Dans la lettre datée du 5 avril 1994 qu'il a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire de conventions internationales, le chargé d'affaires par intérim de la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation a notamment déclaré ce qui suit :

« Il ne fait pas de doute que la Croatie est l'un des Etats successeurs, et la République fédérative [*sic*] de Yougoslavie ne le nie pas. Toutefois, les termes « Etat successeur » impliquent uniquement le transfert de souveraineté dans une partie du territoire de la Fédération yougoslave, cette partie devenant un Etat indépendant. L'acte de transfert de la souveraineté territoriale n'est pas automatiquement lié au transfert des droits et obligations de la Fédération touchant à la partie sécessionniste, car un tel transfert implique une modification territoriale licite, c'est-à-dire réalisée en conformité avec les principes du droit international positif. » (Nations Unies, doc. S/1994/398, 5 avril 1994.)

Cette déclaration opère une distinction entre la succession comme modification territoriale (succession *de facto*) et la succession comme transfert des droits et obligations de l'Etat ou des Etats prédécesseur(s) (succession *de jure*), distinction retenue dans la doctrine du droit interna-

tional (H. Kelsen, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, vol. 42, p. 314; D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 3 et 6; K. Zemanek, «Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Verträge», *Ius Humanitatis: Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, p. 719; M. Jones, «State Succession in Matter of Treaties», *British Yearbook of International Law*, vol. 24, 1947, p. 360-361). L'article 6 de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, intitulé «Cas de succession d'Etats visés par la présente convention», reflète cette distinction. Il dispose en effet que la convention «s'applique uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international invoqués par la Charte des Nations Unies».

42. La Croatie et la République fédérale de Yougoslavie ne se sont mutuellement reconnues que le 14 décembre 1995, date de signature de l'accord de Dayton, voire même plus tard, lorsqu'elles ont signé le 23 août 1996 l'accord sur la normalisation de leurs relations (*Narodna novine*. Međunarodni ugovor br. 10/96).

L'article premier de cet accord est ainsi libellé : «Chaque Partie contractante respecte l'autre en sa qualité d'Etat indépendant, souverain et égal à elle à l'intérieur de ses frontières internationales.»

43. Le fait que le défendeur ait soutenu au cours de la procédure que la convention sur le génocide était applicable entre les Parties depuis le 27 avril 1992 ne revêt pas une importance décisive, étant donné que «établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 450, par. 37).

La Cour doit «toujours s'assurer de sa compétence et ..., s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13).

#### 1.4. A quelle date la Convention est-elle entrée en vigueur à l'égard de la RFSY?

44. On se rappellera que deux éléments déterminent la validité dans le temps d'un traité donné ou d'une disposition particulière dudit traité :

- i) la date à laquelle ce traité ou cette règle sont entrés en vigueur; et
- ii) la date à laquelle le traité *in toto* ou la règle particulière considérée, comme l'article IX de la Convention, cesse d'être en vigueur.

Dans les circonstances de l'espèce, ce dernier élément présente une importance particulière en ce qui concerne la RFSY en tant qu'Etat partie à la convention sur le génocide. Le *sedes materiae* du différend au regard des prétentions du demandeur est défini comme suit par la Cour, à savoir :

- «1) si les actes allégués par la Croatie ont été commis et, le cas échéant, s'ils contrevenaient à la Convention;

- 2) dans l'affirmative, si ces actes étaient attribuables à la RFSY au moment où ils ont été commis et ont engagé la responsabilité de cette dernière; et
- 3) à supposer que la responsabilité de la RFSY ait été engagée, si la RFY a succédé à cette responsabilité.

S'il est admis de part et d'autre que bon nombre des actes allégués par la Croatie (mais pas tous) ont effectivement eu lieu, les Parties ne s'accordent pas sur le point de savoir s'ils contrevenaient à la Convention. En outre, la Serbie rejette l'argument de la Croatie selon lequel sa responsabilité serait engagée pour ces actes, à un titre ou à un autre.» (Arrêt, par. 112.)

La seule conclusion logique et fondée en droit est que la RFSY était liée par la Convention jusqu'à la date d'achèvement de son processus de dissolution.

Cette conclusion ramène nécessairement à la question de la responsabilité de la RFSY, puisque la plus grande partie des actes que le demandeur considère comme des actes de génocide a été commise avant le 27 avril 1992, date à laquelle le défendeur a été constitué en Etat.

La Cour a raison de dire que «la RFSY était liée par la Convention à l'époque où les actes pertinents sont censés avoir été commis» (*ibid.*, par. 113). Il ne s'agit cependant là que d'un aspect de la question de la validité temporelle de la convention sur le génocide à l'égard de la RFSY. L'autre aspect de la question concerne la date jusqu'à laquelle la RFSY a été liée par les dispositions de cette Convention.

La réponse semble simple. Du fait que «la dissolution d'un Etat entraîne la fin de sa personnalité juridique» (conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 8, point 2), il appert que, lorsque le processus de dissolution de la RFSY est arrivé à son terme, sa qualité d'Etat partie à des traités a pris fin *ipso facto*.

45. Le raisonnement de la Cour s'énonce en termes de rétroactivité, tant des dispositions de fond de la convention sur le génocide que de son article IX, bien que la Cour le nie (voir, entre autres, les paragraphes 95, 98, 99 de l'arrêt).

Faisant observer que «[l]a portée temporelle [de l'article IX] est forcément liée à celle des autres dispositions de la Convention» (*ibid.*, par. 93), qui ne sont pas rétroactives (*ibid.*, par. 99), la Cour renvoie cependant au *dictum* de ses arrêts de 1996 et 2008, qui est manifestement basé sur l'hypothèse de la rétroactivité.

Dans son arrêt de 1996, la Cour a conclu :

«il incombe encore à la Cour de préciser l'étendue de cette compétence *ratione temporis*. Dans ses sixième et septième exceptions préliminaires, la Yougoslavie, se fondant sur le principe de la non-rétroactivité des actes juridiques, a en effet fait valoir à titre subsidiaire que, quand bien même la Cour serait compétente sur la base de la convention, elle ne pourrait connaître que des faits postérieurs aux différentes dates auxquelles la convention aurait pu devenir

applicable entre les Parties. A cet égard, la Cour se bornera à observer que la convention sur le génocide — et en particulier son article IX — ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis* et que les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet, ni à la convention, ni à l'occasion de la signature des accords de Dayton-Paris. La Cour constate ainsi qu'elle a compétence en l'espèce pour assurer l'application de la convention sur le génocide aux faits pertinents qui se sont déroulés depuis le début du conflit dont la Bosnie-Herzégovine a été le théâtre. Cette constatation est d'ailleurs conforme à l'objet et au but de la convention tels que définis par la Cour en 1951 et rappelés ci-dessus. La Cour estime par suite devoir rejeter les sixième et septième exceptions préliminaires de la Yougoslavie.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 617, par. 34; référence omise.)

Il est parfaitement exact que la convention sur le génocide «ne contient aucune disposition expresse limitant [l]a compétence *ratione temporis* [de la Cour]» (arrêt de 2008, par. 123). Mais là n'est pas la vraie question. La vraie question est de savoir si la convention sur le génocide contient une disposition *excluant* l'application de la règle générale de droit international relative à la non-rétroactivité des traités qui figure à l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

Quant à la raison de fond, elle tient à la manière très particulière dont la Cour a traité la question de la portée temporelle de la convention sur le génocide en l'affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Yougoslavie au sujet de cette Convention. Il semble en effet que la Cour ait alors suivi un raisonnement dont la logique est à l'opposé de celle dont procède l'article 28 de la convention sur le droit des traités; ce raisonnement repose sur une présomption de rétroactivité, alors que l'article 28 est fondé sur une présomption de non-rétroactivité.

Ainsi, «les présomptions ont été inversées: en l'absence d'une réserve expresse, il n'y a pas de limitation temporelle» (R. Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, p. 423).

Cet auteur poursuit en ces termes: «les clauses compromissaires (voire, plus généralement, les clauses de compétence que contiennent les traités) se trouvent ... alignées sur le régime applicable aux clauses facultatives» (*ibid.*). A la lumière de la jurisprudence de la Cour, on peut entendre cette inversion comme conférant rétrospectivement effet au titre de compétence (application d'une clause de compétence en fonction d'événements ou actes qui ont précédé son entrée en vigueur) plutôt que comme conférant à la clause de compétence des effets rétroactifs, c'est-à-dire des effets à l'égard de faits antérieurs à son entrée en vigueur.

La conclusion relative à la présomption de rétroactivité qui figure dans l'arrêt de 1996 devient encore plus manifeste si l'on prend en compte son

contexte. Le *dictum* cité plus haut constitue en effet la réponse aux sixième et septième exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie. Appuyant sa thèse sur le principe de la non-rétroactivité des actes juridiques, la Yougoslavie a en effet fait valoir à titre subsidiaire que, quand bien même la Cour serait compétente sur la base de la convention sur le génocide, elle ne pourrait connaître que de faits postérieurs aux différentes dates auxquelles la Convention aurait pu devenir applicable entre les Parties.

45.1. En réalité, la Cour a pour l'essentiel accepté l'interprétation du demandeur ainsi résumée :

«La Croatie répond que la Cour a compétence à l'égard de l'ensemble de sa demande et qu'aucune fin de non-recevoir ne peut lui être opposée. De son point de vue, l'essentiel est que la convention sur le génocide était en vigueur dans les territoires en cause tout au long de la période en litige, puisque la RFSY y était partie. Selon elle, la RFY est née directement de la RFSY, les organes du nouvel Etat prenant en charge ceux de l'Etat prédécesseur au cours de l'année 1991, alors que la RFSY se trouvait engagée dans un «processus de dissolution» (expression utilisée par la commission d'arbitrage de la conférence sur la Yougoslavie dans son avis n° 1, 29 novembre 1991, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 96, 1992, p. 264). Le 27 avril 1992, la RFY a fait une déclaration qui, ainsi que la Cour l'a dit en 2008, a eu l'effet d'une notification de succession ... à la convention sur le génocide et à d'autres traités auxquels la RFSY avait été partie. La Croatie soutient que, en conséquence, il n'y a pas eu de rupture dans l'application de la Convention, qu'il serait artificiel et formaliste de limiter la compétence de la Cour à la période commençant le 27 avril 1992 et qu'une décision en ce sens introduirait une «interruption» dans la protection assurée par la Convention. Elle souligne l'absence de toute limitation temporelle dans le libellé de l'article IX de la Convention. Au moins à partir du début de l'été 1991, la RFSY avait, selon la Croatie, cessé de fonctionner en tant qu'Etat et ce qui allait devenir la RFY était déjà un Etat *in statu nascendi*.» (Arrêt, par. 81.)

Dans ce sens, le demandeur a raison, parce que, dans l'optique de ses assertions, la question n'en est pas une de rétroactivité au sens technique, mais au sens de l'absence de «rupture dans l'application de la Convention».

L'assertion du demandeur selon laquelle il n'y aurait pas eu de «rupture dans l'application de la Convention» se fonde sur :

- i) les règles régissant la succession à la responsabilité ; et
- ii) l'attribution à la Serbie des actes de génocide allégués sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 10 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

Pour inscrire son raisonnement dans le cadre de la règle de la non-rétroactivité, la Cour devait, avant d'examiner l'affaire au fond, s'assurer que les assertions du demandeur concernant les règles relatives à la suc-

cession à la responsabilité et à l'attribution de responsabilité sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 10 étaient fondées, c'est-à-dire qu'elles faisaient partie intégrante du droit matériel applicable à l'espèce.

S'il était établi que ces règles font partie intégrante du droit matériel applicable, elles produiraient des effets rétroactifs qui seraient une conséquence logique de leurs dispositions, nonobstant l'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

## 2. Nature et effets de la deuxième exception préliminaire du défendeur

46. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour a notamment établi que «le défendeur était lié par la convention sur le génocide, y compris son article IX, à la date de l'introduction de l'instance, et qu'il l'[était] demeuré au moins jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2000» (arrêt de 2008, p. 455, par. 118) et que, s'il avait «été loisible au demandeur d'introduire — s'il l'avait souhaité — une nouvelle requête identique en substance à la présente, les conditions de sa compétence se trouveraient remplies» (*ibid.*). La Cour semble avoir ainsi établi sa compétence *ratione personae* et *ratione materiae*.

47. La Cour ne s'est cependant pas prononcée sur l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie, ayant considéré que cette exception «n'a[vait] pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (*ibid.*, p. 460, par. 130). Or, dans le contexte de la présente affaire, ladite exception soulève indissociablement la question de la compétence et celle de la recevabilité :

«De l'avis de la Cour, les questions de compétence et de recevabilité soulevées par l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie constituent, en la présente affaire, deux questions indissociables. La première est celle de savoir si la Cour a compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, ayant à ce titre la capacité d'être partie à cet instrument; cela revient à se demander si les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY antérieurement au 27 avril 1992. La seconde question, qui porte sur la recevabilité de la demande concernant ces faits, et qui a trait à l'attribution, est celle des conséquences à tirer quant à la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat. Pour que la Cour puisse se prononcer sur chacune de ces questions, elle devra disposer de davantage d'éléments.» (*Ibid.*, p. 460, par. 129.)

48. Ce cas de figure est précisément celui que le juge Fitzmaurice a considéré comme marquant la différence entre compétence et recevabilité. Sur la question de la rétroactivité, il a pu dire :

«Même si les exceptions d'incompétence sont rejetées, une décision concluant à l'irrecevabilité de la demande au fond peut encore

empêcher qu'il soit statué sur le fond de l'affaire.» (G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. II, 1986, p. 439.)

Autrement dit, «la question de la recevabilité au fond peut se poser après que la compétence a été établie».

49. L'élément temporel de la compétence de la Cour en la présente espèce doit être considéré avant tout comme un aspect de la question de la compétence *ratione personae*, et produit un effet correspondant sur la compétence *ratione materiae* de la Cour. De fait, c'est cet élément qui détermine l'étendue de la compétence, tant *ratione personae* que *ratione materiae*.

50. La portée temporelle de la compétence *ratione personae* en l'espèce est très particulière. D'ordinaire, la compétence *ratione personae* signifie que les parties à une affaire sont parties au Statut ou se sont acquittées des obligations incombant à une partie au Statut au moment de l'introduction de l'instance. Autrement dit, «il faut que les parties soient dans l'obligation d'accepter la juridiction de la Cour à la date à laquelle l'existence de cette obligation doit être établie, c'est-à-dire, normalement, à la date de l'introduction de l'instance» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., vol. II, p. 562).

51. En la présente espèce, la question est de savoir si la RFY/Serbie, avant le 29 avril 1993, était simplement un Etat, au sens d'un sujet de droit international, doté des qualités voulues pour que la compétence *ratione personae* de la Cour puisse être établie. Telle est la question fondamentale, qui précède même, tant d'un point de vue logique que juridique, celle de la compétence, qui est un aspect du *jus standi in judicio*. C'est qu'en effet la qualité de partie au Statut, ou de non-partie à celui-ci s'étant acquittée des obligations relatives à la juridiction de la Cour *ratione personae*, est absolument réservée aux Etats en tant que personnes juridiques en droit international. Si l'une ou l'autre des deux parties à une affaire — ou les deux — ne sont pas des Etats, c'est-à-dire des personnes juridiques du point de vue du droit international, l'établissement de la compétence de la Cour est impossible, étant donné que toute procédure devant celle-ci a pour condition préalable à l'établissement de la compétence de la Cour le *jus standi* devant celle-ci (voir, par exemple, l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (III), p. 1030, par. 45).

52. L'élément temporel en la présente espèce est également pertinent en ce qui concerne la compétence *ratione materiae* de la Cour, puisque la limitation de la compétence *ratione personae* de celle-ci produit des effets correspondants sur cet autre aspect de sa compétence. La compétence *ratione materiae* implique en effet nécessairement que les événements qui ont donné lieu à la saisine de la Cour se soient déroulés pendant la période à l'égard de laquelle celle-ci avait compétence *ratione personae*.

53. L'effet conjugué des limites temporelles des compétences *ratione personae* et *ratione materiae* de la Cour peut entraîner la disparition de tout ou partie du différend dont celle-ci est saisie.

Un différend international consiste en deux éléments cumulés : un élément personnel et un élément matériel. La définition généralement acceptée du terme «différend» que la Cour a donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ne représente en fait que l'élément matériel de la notion de «différend international». Pour pouvoir qualifier «un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts», lesquels sont évidents en l'espèce, de «différend international», un autre élément, formel celui-là, est indispensable, à savoir que les parties au «désaccord» ou en «opposition» doivent être des Etats au sens du droit international public.

L'article IX de la convention sur le génocide dispose que la Cour est compétente pour connaître des «différends entre les parties». Le terme «parties», ainsi qu'il ressort à l'évidence de l'article XI de la Convention, désigne les Etats, qu'ils soient ou non membres de l'Organisation des Nations Unies. Le terme «Etat» n'est pas non plus utilisé *in abstracto* dans la convention sur le génocide ni ailleurs; il désigne une entité concrète qui réunit dans sa personnalité les éléments constitutifs de l'Etat tels que ceux-ci sont définis par le droit international. La prétention d'une entité à la qualité d'Etat et même sa reconnaissance par d'autres Etats ne sont pas, au regard du droit, suffisantes en elles-mêmes pour faire de cette entité un Etat au sens du droit international.

54. La déclaration suivante du juge Fitzmaurice semble tout à la fois frappée au coin du bon sens et juridiquement convaincante :

«étant donné que l'Etat demandeur n'existait pas comme tel à la date de ces actes ou événements, ceux-ci n'ont pu lui faire subir un préjudice international ni lui causer un dommage international. Un acte qui, au moment où il s'est produit, ne constituait pas un préjudice à l'égard de la partie qui s'en plaint ne saurait évidemment devenir préjudiciable *a posteriori* ... [et] l'Etat demandeur n'en était pas un alors et ..., pendant la plus grande partie de la période pertinente, il n'existait même pas comme Etat et comme personne internationale distincte.» (*Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, opinion individuelle du juge Fitzmaurice, p. 129.*)

La responsabilité, en tant que notion juridique, n'existe pas *in se* et *per se*. Elle est nécessairement liée aux droits et obligations de l'Etat en tant que personne juridique au regard du droit international. Ainsi que la Cour a eu l'occasion de le préciser : «[l]a responsabilité est le corollaire nécessaire du droit» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 33, par. 36*); et «[c]'est donc l'existence ou l'inexistence d'un droit appartenant à [un Etat] et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne le problème de la qualité...» (*ibid.*).

3. *Traitement des exceptions préliminaires à la compétence et à la recevabilité en l'espace*

55. L'approche générale retenue par la majorité de la Cour sur la question de l'exception préliminaire *ratione temporis* soulevée par la Serbie, ainsi que les arguments *pro* et *contra* des Parties sur la question, sont résumés dans les deux conclusions suivantes :

*Primo*

«Ayant conclu dans son arrêt de 2008 que le présent différend relevait de l'article IX de la convention sur le génocide dans la mesure où il se rapporte à des actes supposés avoir été commis après le 27 avril 1992, la Cour en vient à présent à la conclusion que le différend entre également dans le champ dudit article dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs à cette date, et qu'elle a compétence pour connaître de la demande de la Croatie dans son ensemble. Point n'est besoin, pour parvenir à cette conclusion, de trancher la question de savoir si la RFY et, partant, la Serbie ont effectivement succédé à la responsabilité qu'aurait pu encourir la RFSY, ni de se prononcer sur celle de savoir si des actes contrevenant à la convention sur le génocide ont été commis avant le 27 avril 1992 ou, dans l'affirmative, à qui ils étaient imputables. Ces questions relèvent du fond et seront examinées, en tant que de besoin, dans les sections suivantes du présent arrêt.» (Arrêt, par. 117.)

*Secundo*

«Il résulte de ce qui précède que la Croatie n'a pas démontré son allégation selon laquelle un génocide a été commis. Dès lors, aucune question de responsabilité pour commission du génocide au titre de la Convention ne se pose en la présente affaire. Il ne saurait d'ailleurs être question d'une responsabilité pour manquement à l'obligation de prévenir le génocide, à l'obligation de punir le génocide ou pour complicité dans le génocide.

Le *dolus specialis* n'ayant pas été établi par la Croatie, ses allégations relatives à l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, et la tentative de génocide doivent aussi nécessairement être écartées.

En conséquence, la demande de la Croatie doit être rejetée dans sa totalité.» (*Ibid.*, par. 441.)

56. On ne saurait refuser à la méthode ainsi appliquée une certaine élégance judiciaire qui avait pour objet, en réalité, de balayer sous le tapis la complexe question de la recevabilité de la demande en ce qu'elle concernait des faits survenus avant la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, question qui soulevait en outre des problèmes d'attribution, et de la subordonner à la question de savoir si les demandes principale et reconventionnelle étaient fondées en droit et en fait.

En faisant tacitement de la question de la recevabilité de la demande une question non pas incidente, mais «coïncidente», de la demande principale, la majorité a réduit la question fondamentale de la compétence de la Cour à une simple question technique, et la décision de la Cour sur sa compétence à une sorte de conséquence accessoire de sa décision sur les demandes principale et reconventionnelle. C'était procéder de façon exactement inverse de la procédure établie par le droit de la Cour.

57. En l'espèce, cette approche réductrice ne produit pas d'effet sensible sur le règlement du différend. Ce fait, cependant, n'excuse ni ne justifie la décision de la majorité. Bien qu'elle ait été conçue *ad casum*, il n'est pas exclu *a priori* qu'elle puisse avoir des conséquences pour la jurisprudence future de la Cour.

58. La Cour a qualifié l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie d'exception qui «n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» (arrêt de 2008, par. 130).

Quel est le sens profond de cette qualification? Veut-elle dire qu'une exception qui n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire perd de ce fait sa qualité de préliminaire et donne à la Cour toute latitude pour agir, comme dit une formule trop générale et trop vague, «selon les exigences d'une bonne administration de la justice»? La réponse à cette question ne peut être que négative.

58.1. L'idée que «l'exception ... n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire» implique qu'«elle a, au moins en principe, un caractère préliminaire intrinsèque, qui peut n'être que partiellement modifié par les circonstances de l'espèce» (E. J. de Aréchaga, «The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice», *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 15). La *ratio legis* de l'insertion des exceptions n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire dans la nomenclature des décisions de la Cour sur le caractère préliminaire des exceptions qui figure à l'article 79 de son Règlement répond principalement à des considérations d'ordre pratique dans une affaire où la Cour, sur le fondement de l'article 62 de son Règlement de 1946, a usé de sa faculté d'ordonner la jonction des exceptions au fond «lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir» (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, ordonnance du 30 juin 1938, C.P.J.I. série A/B n° 75*, p. 56; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 29, par. 39). Lorsque

«ce caractère [préliminaire] n'est pas exclusif puisqu[e les exceptions] comportent à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond. Ce procédé tend ... à décourager toute prolongation inutile de la procédure au stade de la compétence.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 31, par. 41; les italiques sont de moi.)

58.2. Qualifier une exception donnée ne prive pas cette exception de son caractère préliminaire. Comme le faisait observer le juge Aréchaga, qui fut l'un des architectes de la revision du Règlement de 1972, la qualification en question veut dire que «l'exception qui a été soulevée par une partie est si étroitement mêlée d'éléments relevant du fond que l'examen de ces questions en audience reviendrait à transférer l'ensemble de l'affaire au stade préliminaire» (E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, p. 17), avec le risque «soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution» (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, ordonnance du 30 juin 1938, C.P.J.I. série A/B n° 75*, p. 56).

Autrement dit, le fait que l'exception n'ait pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire ne la prive pas de sa teneur matérielle, qui est de contester tout ou partie de la compétence de la Cour. Comme l'écrit Rosenne, il existe «une distinction formelle entre l'exception comme enveloppe ... et sa teneur» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd., vol. II, 2006, p. 894). A ce titre, la Cour doit statuer sur l'exception dans son arrêt final avant de statuer sur la demande principale.

Le fait de reporter à la phase du fond l'examen d'une exception dont il a été conclu qu'elle n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire ne signifie pas que cette exception ait été incorporée au *meritum* du différend, mais simplement que la Cour doit statuer sur elle en tant que question de compétence lors de la phase du fond. La raison pour laquelle l'exception a été transportée de la phase des exceptions préliminaires à celle du fond n'est pas la conséquence d'une modification de son caractère propre, mais répond à la nécessité d'avoir une meilleure connaissance de points de fait et de droit pour statuer sur une question de compétence importante. La Cour elle-même, dans son arrêt de 2008, a notamment déclaré :

«Pour que la Cour puisse se prononcer sur chacune de ces questions [la question de sa compétence à l'égard de faits antérieurs au 27 avril 1992 et celle de la recevabilité de la demande concernant ces faits], elle devra disposer de davantage d'éléments.» (Arrêt de 2008, p. 460, par. 129; les italiques sont de moi.)

58.3. Une telle opinion semble dictée par la nature de la compétence de la Cour. La question de la compétence présente une importance fondamentale pour l'activité judiciaire de la Cour, puisqu'elle est à la fois une *questio juris* (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16) et une question d'ordre public international (intervention du juge M. Yovanovitch, session préliminaire de la Cour, *Préparation du Règlement de la Cour (30 janvier-24 mars 1922), C.P.J.I. série D n° 2*, p. 59; R. Monaco, «Observations sur la hiérarchie des sources du droit international», *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für H. Mosler*, 1983, p. 607-608).

L'importance de la question est telle que «[l]a Cour ... doit ... toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office»

(*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13).

Même dans son arrêt de 2008, qui a force de chose jugée, la Cour a déclaré dans sa « Conclusion » qu'elle « examinera[it] l'exception préliminaire dont elle a[avait] conclu qu'elle n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire *lors de la phase du fond* » (arrêt de 2008, p. 465, par. 145; les italiques sont de moi).

58.4. La Cour statue sur la question de sa compétence par application du principe de la compétence de la compétence. Or il convient de distinguer entre la faculté qu'a la Cour de décider si elle a compétence en l'espèce, qui émane du principe général de la compétence de la compétence, et la faculté correspondante qu'elle a de décider de l'étendue de sa compétence.

L'étendue de la compétence de la Cour est une question à trancher non pas sur le fondement du principe de compétence de la compétence exclusivement conçu comme norme fonctionnelle, mais sur le fondement des normes matérielles du Statut qui définissent le champ d'application de l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire. A cet égard, la norme fondamentale du consentement à la juridiction de la Cour — qui est une sorte de norme constitutionnelle du droit de la Cour ainsi que des tribunaux internationaux — est pertinente.

Dès son arrêt n° 2, la Cour permanente de Justice internationale avait clairement établi les limites de sa juridiction dans cette formule : « la Cour, en considération du fait que sa juridiction est limitée, qu'elle se fonde toujours sur le consentement ... et ne saurait subsister en dehors des limites dans lesquelles ce consentement a été donné » (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A*, p. 16).

59. En décidant que, en l'absence de génocide au sens de l'article II de la Convention, il n'était nul besoin pour la Cour d'examiner l'exception, la majorité a lié la question de la compétence à la demande principale et produit ainsi un renversement copernicien, paradoxal au regard des règles pertinentes du droit de la Cour, et qui va à l'encontre de la règle générale qui veut que, si sa compétence n'est pas établie, la Cour non seulement ne peut pas statuer en l'affaire, mais encore ne peut pas en connaître.

L'adoption d'une décision sur la question de la compétence lors de la phase du fond est un acte essentiel, voire une condition à remplir, pour statuer sur la demande principale.

59.1. L'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* offre un bon exemple de la méthode à suivre pour examiner une exception préliminaire qui, dans les circonstances de l'espèce, n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. Suivant en cela sa jurisprudence constante en la matière, la Cour a notamment déclaré :

« La Cour souhaite tout d'abord faire observer que la conclusion qu'elle a formulée dans son arrêt du 11 juin 1998 sur la huitième exception préliminaire du Nigéria, selon laquelle celle-ci « n'a[avait] pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire » (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 326, par. 118 2)), l'oblige à

considérer maintenant cette exception préliminaire avant de poursuivre l'examen au fond, ainsi qu'il découle des dispositions du Règlement de la Cour relatives aux exceptions préliminaires, telles qu'elles ont été adoptées en 1972 et conservées en 1978. Aux termes de ces dispositions, la Cour est appelée à statuer dans un arrêt

«par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.» (Règlement de la Cour, art. 79, par. 7.)

(Voir *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 27-28, par. 49-50; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 132-134, par. 48-49; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 30, par. 40.) Puisque le Nigéria maintient son exception, la Cour doit à présent statuer sur celle-ci.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 420, par. 237.)

#### 4. La succession à la responsabilité comme prétendue règle du droit international général

60. La Cour donne l'impression d'avoir agi avec une surprenante légèreté en qualifiant la succession à la responsabilité de règle du droit international général. Elle a conclu en effet que «les règles de succession susceptibles d'entrer en jeu en l'espèce sont du même ordre que celles qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat et dont il est question dans» son arrêt en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (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), ci-après dénommé «l'arrêt de 2007» (arrêt, par. 115; les italiques sont de moi).

61. La Cour ne donne aucune indication sur les sources de droit international susceptibles d'étayer cette assertion voulant que les règles de la succession d'Etats appartiennent au *corpus* des règles du droit international général. Notant les arguments des Parties sur la succession à la responsabilité pour faire le point de leur controverse, la Cour mentionne seulement que le demandeur

«se fonde sur la sentence arbitrale rendue en l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce/France)*, réclama-

tions n<sup>os</sup> 11 et 4, 24 juillet 1956 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XII, p. 155; *International Law Reports (ILR)*, vol. 23, 1956, p. 81), qui a affirmé que la responsabilité de l'Etat pouvait être dévolue au successeur lorsque les faits étaient tels qu'il paraissait opportun de rendre ce dernier responsable des agissements reprochés au premier» (arrêt, par. 107).

Il semble, à la lumière des faits pertinents, qu'en adoptant cette position la Cour aille dans un sens exactement opposé à celui qu'indiquait son propre *dictum* dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*: «la Cour, en tant que tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté» (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 23-24, par. 53; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 192, par. 45).

62. La jurisprudence arbitrale relative à la question de la succession à la responsabilité n'offre que quelques décisions isolées, qui semblent occuper des positions diamétralement opposées les unes par rapport aux autres.

Le modèle de la succession à la responsabilité est illustré, pour l'essentiel, par la réclamation française au sujet du navire *Aghios Nicolaos* dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* (réclamation n<sup>o</sup> 11, Nations Unies, *RSA*, vol. XII, p. 161 et suiv., en particulier p. 190; *ILR*, vol. 23, 1956, p. 81 et suiv., en particulier p. 88-90), réclamation qui a été admise, alors que dans la même affaire la réclamation française n<sup>o</sup> 11 relative à la construction de feux nouveaux à Spada et Elaphonissi était rejetée, constituant ainsi un modèle de non-succession à la responsabilité.

La position des arbitres motivant leur décision de rejet de la réclamation n<sup>o</sup> 11 était exprimée avec clarté :

«Partant de cette répartition de la responsabilité pour les événements de 1903 à 1908 entre les trois parties intéressées d'alors, le Tribunal ne voit aucun motif raisonnable pour charger après coup de cette responsabilité, entière ou même partielle, la Grèce, qui n'avait absolument rien à voir avec les agissements desdites parties. Pas même la part de la responsabilité collective à impartir à l'Etat autonome de Crète pour les événements de 1903 à 1908 ne saurait être considérée comme étant dévolue à la Grèce. Une telle transmission de responsabilité ne se justifie dans l'espèce ni au point de vue spécial de la succession finale de la Grèce aux droits et charges de la concession en 1923/1924, ne fût-ce que pour le motif que lesdits événements se sont déroulés en dehors du jeu de la concession, ni au point de vue plus général de sa succession à la souveraineté territoriale sur la Crète en 1913.» (*Ibid.*, p. 89)

Ce modèle de non-succession à la responsabilité se retrouve aussi dans l'affaire *Brown*, dans laquelle la réclamation des Etats-Unis contre la Grande-Bretagne sur le fondement de la succession à la responsabilité a été

rejetée par la Commission anglo-américaine des réclamations en novembre 1923 (Nations Unies, *RSA*, vol. VI, p. 120).

63. Le *sedes materiae* de la décision dans la réclamation n° 4 au sujet du navire *Aghios Nicolaos* semble clair. La sentence arbitrale faisait notamment observer :

« Dans le cas d'espèce, il s'agit de la violation d'une clause contractuelle par le pouvoir législatif d'un Etat insulaire autonome dont la population avait durant des dizaines d'années passionnément aspiré, même par la force des armes, à s'unir à la Grèce, considérée comme mère patrie, violation reconnue par ledit Etat lui-même comme constituant une infraction au contrat de concession, réalisée en faveur d'une compagnie de navigation ressortissant à ladite mère patrie, endossée par cette dernière comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question. Dans de telles conditions, le Tribunal ne peut arriver qu'à la conclusion que la Grèce, ayant fait sienne la conduite illégale de la Crète dans son passé récent d'Etat autonome, est tenue, en qualité d'Etat successeur, de prendre à sa charge les conséquences financières de l'infraction au contrat de concession. » (*ILR*, vol. 23, 1956, p. 92.)

Le Tribunal d'arbitrage a également fait observer que « le Gouvernement hellénique a à bon droit commencé par reconnaître lui-même sa responsabilité » (*ibid.*).

64. Compte tenu des faits de la réclamation n° 4 en cause, il semble exagéré de prétendre que cette sentence exprimerait l'acceptation de la succession à la responsabilité. L'observation précitée du Tribunal tend plutôt à accréditer l'idée d'une responsabilité de la Grèce qui serait « une responsabilité directe à raison d'un préjudice causé par elle » (J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. VII, 1974, p. 223). La position du Tribunal arbitral semble être un *obiter dictum* plutôt qu'un précédent *stricto sensu*.

Au-delà des raisons intrinsèques qui relativisent la portée de la décision prise dans la réclamation n° 4 au sujet du navire *Aghios Nicolaos*, un certain nombre de raisons extrinsèques sont pertinentes dans cette réclamation.

*Primo*, l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* se rapporte à des différends opposant des personnes physiques ou morales à un Etat territorial; de tels différends, eu égard en particulier à la tradition juridique du continent considéré, relèvent du droit international privé plutôt que du droit international public. En général, les différends dont il s'agit ont pour fondement juridique un contrat de concession. Au sujet de ce type de contrat, la Cour, dans son arrêt en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, a dit qu'un contrat de concession entre un gouvernement et une société privée étrangère

« ne vise qu'une seule fin : régler les rapports entre ce gouvernement et la compagnie en ce qui est de la concession. *Il ne règle en aucune*

*façon les rapports entre les deux gouvernements...* Le fait que le contrat de concession fit l'objet d'un rapport au Conseil [de la Société des Nations] ... n'en transforme pas les termes en ceux d'un traité liant le Gouvernement de l'Iran envers le Gouvernement du Royaume-Uni.» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 112; les italiques sont de moi.)

*Secundo*, dans les affaires citées, la compétence des tribunaux arbitraux ou des commissions mixtes est généralement fondée sur des clauses compromissaires prévoyant l'arbitrage. Ce fait impose en soi certaines limites à la portée des décisions arbitrales. En l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a clairement défini sa position au sujet de l'incidence de la jurisprudence des tribunaux arbitraux et des commissions mixtes sur le droit international général. Dans son arrêt, elle a notamment dit ce qui suit :

« Mais dans la majorité des cas les décisions citées se fondent sur les instruments qui établissent la juridiction du tribunal ou de la commission des réclamations et déterminent les droits pouvant bénéficier d'une protection, de sorte qu'elles ne sauraient faire l'objet de généralisations dépassant les circonstances particulières de l'espèce. D'autres décisions en vertu desquelles des réclamations ont été accueillies ou rejetées à titre d'exceptions, vu les faits de la cause, ne sont pas directement pertinentes en la présente affaire. » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 40, par. 63.)

*Tertio*, la jurisprudence de la Cour ne reconnaît généralement pas la qualité de précédent juridique aux sentences des tribunaux arbitraux.

On a ainsi pu écrire que « les références expresses à la jurisprudence des tribunaux arbitraux ont été jusqu'à présent extrêmement rares dans les arrêts rendus par la Cour » et « s'apparentent à une référence à la pratique des Etats plutôt qu'à un renvoi à un précédent judiciaire » (H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. I, 2013, p. 248).

65. Outre les affaires relevant de la pratique arbitrale, la question de la succession à la responsabilité a fait l'objet de divers avis de doctrine et, sous forme d'exception à la règle générale, du paragraphe 2 de l'article 10 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

65.1. A la lumière du *status versiae et controversiae* de l'espèce — à savoir si la RFY a succédé à la prétendue responsabilité de la RSFY pour des actes et des omissions contraires à la convention sur le génocide —, ces avis ne semblent guère applicables. Les opinions exprimées sur le sujet constituent un appel doctrinal à la formulation d'une doctrine générale de la succession à la responsabilité plutôt qu'une doctrine universelle et générale en soi.

Plus précisément, au cœur de la théorie de la succession à la responsabilité se trouve la responsabilité pour dettes délictuelles, en tant que règle

applicable aux relations entre un Etat et des personnes physiques ou morales présentant des caractéristiques particulières. Ladite théorie se fonde sur la doctrine des droits acquis, entendus comme les droits détenus par des particuliers à la date de succession à la souveraineté (voir *Colons allemands en Pologne, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 6*, p. 36).

A cette doctrine des droits acquis s'ajoutent, en faveur de la succession à la responsabilité, le principe de la transmission des droits et obligations et le principe des servitudes internationales (M. J. Volkovitch, «Righting Wrongs: Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts», *Columbia Law Review*, vol. 92, 1992, p. 2162-2214). Au-delà encore des principes du droit international, on pourra emprunter au droit interne, sous la forme du principe d'enrichissement indu, de quoi conforter la succession à la responsabilité (*ibid.*, p. 2210; P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007, p. 263).

65.2. Les principes susmentionnés sont, de par leur nature même, impropres à accréditer l'idée d'une responsabilité *in personam*, comme le serait la responsabilité d'une violation de la convention sur le génocide, bien qu'ils conservent une certaine importance pour ce qui est de la responsabilité *in rem*.

Du fait que la responsabilité *in personam* est trop étroitement liée à l'identité et à la continuité juridiques de l'Etat, il est difficile de l'établir en termes de succession *ipso jure* à la responsabilité sans porter atteinte aux principes fondamentaux d'égalité et d'indépendance des Etats.

L'identité et la continuité juridiques de l'Etat semblent constituer un puissant argument en faveur du principe général selon lequel *actio personalis moritur cum persona*.

65.3. Ce n'est pas un hasard si l'idée que les partisans de la succession à la responsabilité se font des notions d'identité et de continuité juridiques dépasse largement le sens généralement admis desdites notions. On a pu écrire, par exemple, que: «Les «Etats successeurs» sont les nations *qui reprennent l'identité internationale d'«Etats prédécesseurs»*» (M. J. Volkovitch, *op. cit.*, p. 2164, note 1; les italiques sont de moi), alors même que les notions d'«Etat(s) successeur(s)» et d'«Etat prédécesseur» s'excluent mutuellement. Ou bien encore, dans le concept controuvé d'«identité partagée», qui est en réalité la négation de l'identité et de la continuité juridiques telles qu'elles sont généralement entendues, un rôle crucial est attribué à la notion de «substitution organique», selon laquelle, même dans les cas où la succession a eu lieu, des «forces organiques» ou des «éléments constitutifs» de l'Etat prédécesseur (son territoire et sa population) survivraient à la désintégration de celui-ci et ne seraient que touchés, mais non pas éteints (P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007, p. 49-50). Ce concept suppose que l'Etat successeur soit doté d'une identité semblable à celle de l'Etat prédécesseur. Ainsi, l'«identité partagée» justifie la dévolution de toute responsabilité existant au moment de la succession.

65.4. Or cette notion de «substitution organique» est impuissante à rendre compte de l'élément d'identité et de continuité juridiques qui se trouve au cœur de la personnalité internationale dans le cadre des chan-

gements territoriaux. Elle réduit l'Etat à des attributs physiques (territoire, population) que possèdent aussi certaines entités territoriales non étatiques dépourvues de la qualité de sujet de droit international.

L'«identité partagée» en tant que dérivé de la notion de «substitution organique» fait des nouveaux Etats un mélange particulier d'Etat successeur et d'Etat continuateur (ou assurant la continuité de l'Etat prédécesseur), exprimé en pourcentage parce que chacun d'eux possède une partie du territoire et de la population de l'Etat prédécesseur. Il y a là un élément d'absurdité juridique que rien n'illustre mieux, peut-être, que le cas où, après la sécession d'une ou plusieurs parties de son territoire, l'Etat prédécesseur continue d'exister: les deux Etats — à savoir l'Etat prédécesseur et l'Etat successeur nouvellement créé — possèdent une identité, avec son Etat prédécesseur pour l'Etat successeur, avec lui-même pour l'Etat prédécesseur.

Pour résumer, il semble clair que, en l'état actuel du développement du droit, la succession à la responsabilité *in personam* ne fait pas partie du corpus du droit international général. Pour reprendre l'explication donnée par la Commission du droit international, il se trouve des obstacles juridiques insurmontables dans le fait que le droit qu'a un Etat lésé «d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat» n'existe que «si l'obligation violée est due à cet Etat *individuellement*» (Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, 1996, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, 6 mai-26 juillet 1996, Nations Unies, doc. A/51/10, à propos de l'article 42 *a*); les italiques sont de moi). Dans le contexte qui nous occupe, *individuellement* désigne l'Etat au sens de personnalité juridique individuelle, doté de ses propres droits et obligations.

La succession à la responsabilité *in personam* au sens strict est juridiquement impossible. On pourrait illustrer ce type de responsabilité en dressant un parallèle «avec un nouveau locataire [qui] serait tenu par les obligations de son prédécesseur frappé d'une mesure d'expulsion, ou avec un fils qui serait tenu par les obligations contractées par un parent» (T. Baty, «The Obligations of Extinct States», *Yale Law Journal*, vol. 35, 1925-1926, p. 434), au moins en ce qui concerne les violations des règles du droit pénal international fondées sur le principe de la responsabilité subjective. Et lorsque la responsabilité d'un Etat pour des actes ou des omissions d'un autre Etat est établie sur le fondement du consentement à la succession à la responsabilité, il ne s'agit plus à strictement parler de faire jouer une succession à la responsabilité de type subjectif, de la catégorie de l'*intuitu personae*, mais d'assumer en bonne et due forme les *conséquences* de la responsabilité.

5. La règle figurant au paragraphe 2 de l'article 10 des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite comme prétendue règle du droit international général

66. Selon le commentaire du paragraphe 2 de l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, «[l]es décisions arbitrales, ainsi

que la pratique des Etats et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive à l'article 10 sont généralement acceptées» (J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, 2002, p. 119, par. 12).

Ces deux règles d'attribution positive concernent l'attribution du «comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat» (art. 10, par. 1) et du «comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat» (*ibid.*, par. 2).

66.1. Il est donc question de deux règles distinctes (le conseil de la Croatie a soutenu que, au vu de la pratique concernant l'ensemble de l'article 10, «il y avait de bonnes raisons» de considérer que ces règles étaient censées «couvrir les deux situations») (réplique de la Croatie, par. 7.54). Cette assertion est cependant contestable eu égard aux différences qui existent entre les deux situations.

Lorsqu'une révolution aboutit à un changement de gouvernement, l'Etat concerné reste le sujet de droit international qu'il était antérieurement, et sa responsabilité repose sur le fait que le nouveau gouvernement «représente *ab initio* la nouvelle volonté de la nation, qui s'est cristallisée dans le succès final [du mouvement révolutionnaire]» (*Bolivar Railway Company*, Nations Unies, *RSA*, 1903, vol. IX, p. 445). Essentiellement, sa responsabilité découle du principe général dont procède la règle énoncée à l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'«une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité». En conséquence, en cas de changement de gouvernement, la responsabilité de l'Etat n'est pas mise en question, étant donné qu'il n'y a pas eu transfert de responsabilité et que l'Etat considéré a conservé sa personnalité juridique et continue de jouir de tous les droits et d'assumer toutes les obligations qui en découlent. En langage courant plutôt qu'en langage juridique, on peut dire qu'il y a simplement passation de pouvoirs d'un gouvernement à un autre.

Dans le cas d'un «mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat», la situation est tout autre. Un nouvel Etat est un nouveau sujet de droit international, dont les droits et les obligations ne sont pas les mêmes que ceux de l'Etat dont il est issu et sont déterminés conformément aux règles régissant la succession d'Etats. Juridiquement, la question de la responsabilité du nouvel Etat relève davantage du droit de la succession d'Etats que du droit de la responsabilité de l'Etat. Ou, du moins, conjugue les deux. On peut logiquement considérer que telle est la raison pour laquelle il a été dit que «l'article 10 vise [un] cas spécial de responsabilité...» (J. Crawford, *op. cit.*, p. 93, par. 8).

66.2. Il existe une autre raison de ne pas traiter les paragraphes 1 et 2 de l'article 10 comme constituant un tout, une raison qui a trait à la forme et renvoie aux postulats de la logique juridique. Considérer ces deux paragraphes comme un tout reviendrait en effet à interpréter le paragraphe 1 par analogie ou par extension.

L'interprétation d'un texte juridique par analogie ou extension est une méthode employée lorsqu'il existe des lacunes qu'il faut combler en faisant intervenir une règle dont il n'était pas prévu au départ qu'elle couvre la situation ou le rapport considéré, ou en interprétant une règle existante comme si elle avait été instituée pour ladite situation.

Dans le cas qui nous intéresse ici, il n'existe pas de telles lacunes; le comportement d'un «mouvement qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat» et celui d'un «mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat» sont régis par deux règles distinctes, exprimées respectivement aux paragraphes 1 et 2 de l'article 10; en conséquence, rien ne justifie, logiquement ou juridiquement, que le paragraphe 1 soit interprété par analogie ou par extension.

Or les décisions arbitrales mentionnées dans le commentaire de l'article 10 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat semblent bien avoir eu des objets différents: le principe général de non-responsabilité du comportement des mouvements de rébellion (J. Crawford, *op. cit.*, p. 116); le principe selon lequel la responsabilité de l'Etat peut être établie s'il a fait preuve de mauvaise foi ou de négligence lors de la répression d'une insurrection (*ibid.*); et la responsabilité du comportement de mouvements insurrectionnels ou révolutionnaires qui parviennent à leurs fins (*ibid.*, p. 113).

Les seules affaires se rapportant aux aspects concrets de la question sont mentionnées au paragraphe 14 du commentaire, où il est expliqué ceci: «Globalement, les décisions de la pratique plus récente ne fournissent aucune raison de mettre en doute la proposition énoncée à l'article 10» (*ibid.*, p. 120). Toutefois, cette assertion ne semble guère solide, pour autant qu'elle revient, juridiquement, à prendre ses désirs pour des réalités.

La décision rendue en l'affaire *Minister of Defence, Namibia c. Mwandighi* en 1992 (2) semble conclure à l'attribution à l'Etat nouvellement indépendant de la responsabilité des actes de l'Etat prédécesseur. Toutefois, cette décision se fonde sur le paragraphe 3 de l'article 140 de la Constitution de la République de Namibie, qui dispose que cette république a hérité de la responsabilité de l'Etat prédécesseur pour «tous les actes accomplis par lui» (voir *ILR*, vol. 91, 1991, p. 341).

Bien que reposant essentiellement sur des dispositions de droit interne et de droit constitutionnel, cette décision renvoie aussi à certaines règles de droit international. Néanmoins, la décision du tribunal ayant eu à connaître de l'affaire en première instance semble contredire la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 10. Ce tribunal a en effet conclu que, «en droit international, un nouvel Etat n'[était] pas responsable des actes illicites de son prédécesseur» (*ibid.*, p. 353).

La cour d'appel, quant à elle, a fondé sa décision uniquement sur l'interprétation de la Constitution (*ibid.*, p. 361).

La décision rendue en l'affaire *Ontario Ltd. c. Crispus Kiyonga and Others* est elle aussi presque entièrement dépourvue de pertinence pour l'examen de la question ici traitée. Cette affaire portait sur le point de savoir si un contrat conclu avec un mouvement rebelle qui avait finalement réussi à renverser le gouvernement était opposable au gouvernement

successeur. Le demandeur prétendait que le contrat n'était pas illicite et que le succès du mouvement révolutionnaire validait les actes des membres de ce mouvement. Le Gouvernement ougandais affirmait quant à lui que le mouvement révolutionnaire n'avait acquis la personnalité juridique qu'au moment où il avait pris le pouvoir, qu'auparavant il n'avait pas qualité pour conclure un contrat, et que, par conséquent, il ne pouvait pas à l'époque signer un contrat opposable au gouvernement. La sentence arbitrale rendue en cette affaire repose exclusivement sur des règles du droit contractuel interne et ne fait aucune référence au droit international. Elle retient la position sus-indiquée du Gouvernement ougandais. En voici les principales conclusions :

«Il est vrai qu'un contrat ne saurait être opposé à une personne qui n'existait pas à sa conclusion: *Kelner c. Baxter* (1866) LR 2 CP 174. La décision rendue en cette affaire fait également autorité pour confirmer la proposition juridique selon laquelle une ou plusieurs personnes ne peuvent pas jouer le rôle d'agent d'un mandant qui n'existe pas, parce qu'un acte qui ne peut être accompli par un mandant ne saurait être accompli par une personne prétendant agir en son nom. Il y a lieu de rappeler que, en *common law*, il est des contrats qui sont illégaux en ce sens qu'ils sont conclus dans le but de commettre des infractions, mais qui n'en sont pas moins opposables.» (44123 *Ontario Ltd. c. Crispus Kiyonga and Others* (1992) 11 Kampala LR 14, p. 20-21; *ILR*, vol. 103, p. 259 et 266 (Cour supérieure, Ouganda).)

67. Dans son commentaire, la Commission du droit international cite non seulement la pratique des Etats et les sentences arbitrales, mais aussi la doctrine, pour accréditer l'idée que les règles énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées (J. Crawford, *op. cit.*, p. 119, par. 12).

Généralment, le commentaire ne mentionne qu'un seul article traitant de mouvements insurrectionnels qui parviennent à créer un nouvel Etat (H. Atlam, «International Liberation Movement and International Responsibility», dans B. Simma et M. Spinedi (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility*, 1987, p. 35).

Dans l'affaire des *Phares de l'Empire ottoman*, le tribunal arbitral a souligné les insuffisances de l'analyse doctrinale de la question, allant jusqu'à évoquer «l'état chaotique de la doctrine» (*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce/France)*, réclamations n<sup>os</sup> 11 et 4, 24 juillet 1956 (Nations Unies, *RSA*, vol. XII, p. 198; *ILR*, vol. 23, 1956, p. 81, en particulier p. 91). Dumberry, auteur d'un ouvrage consacré à un examen systématique de la question de la succession à la responsabilité internationale (P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007), à l'issue d'un travail exhaustif de recherche sur la responsabilité des mouvements insurrectionnels qui parviennent à créer un nouvel Etat, écrit ce qui suit :

«La Commission du droit international, comme les auteurs, voit depuis longtemps comme relevant d'un principe bien établi de droit

international l'attribution à un mouvement insurrectionnel qui parvient à créer un nouvel Etat de la responsabilité des actes internationalement illicites commis par ce mouvement à l'égard d'Etats tiers durant sa lutte armée pour l'indépendance. Ainsi, un nouvel Etat serait responsable d'actes antérieurs à l'accession à l'indépendance parce que, «structurellement» et «organiquement», il incarnerait la continuité de la personnalité juridique d'un mouvement rebelle parvenu à créer un nouvel Etat indépendant.

Le caractère quelque peu surprenant des résultats des travaux de recherche dont il est question ici est que la pratique des Etats qui peut être invoquée à l'appui de l'existence de ce principe est fort mince. En effet, cette pratique se résume à un seul *obiter dictum*, émis par une commission d'indemnisation régie par le droit interne des Etats-Unis, et à une phrase tirée d'un avis juridique sur les conséquences probables d'événements futurs incertains. Et même les décisions des tribunaux français, selon lesquelles le nouvel Etat algérien était (en principe) responsable des actes internationalement illicites commis par le FLN avant 1960, n'ont dans la pratique eu qu'un effet limité, l'Algérie n'ayant été partie à aucune des instances introduites devant eux.» (P. Dumberry, «New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement», *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 620.)

Pour apprécier la valeur juridique des articles sur la responsabilité de l'Etat, il convient de se rappeler que la CDI a simplement recommandé à l'Assemblée générale de «prendre acte» desdits articles et d'envisager la possibilité, à un stade ultérieur, de conclure une convention sur le sujet (Rapport de la Commission du droit international 2001, Nations Unies, doc. A/56/10, par. 67, 72 et 73). L'Assemblée générale a suivi cette recommandation «sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée». Elle a adopté cette résolution sans la mettre aux voix, aussi bien à la Sixième Commission qu'en séance plénière.

Il s'ensuit que les articles sur la responsabilité de l'Etat ont pour l'essentiel le caractère d'une codification doctrinale réalisée par un corps prestigieux de juristes internationaux, en l'occurrence la Commission du droit international. *Ils n'ont aucune force exécutoire en eux-mêmes, mais ils peuvent l'avoir indirectement par l'intermédiaire du droit coutumier, dans la mesure où ils expriment celui-ci.*

Par sa résolution 59/35 de 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies a chargé le Secrétariat d'établir une compilation des références expresses aux articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et aux commentaires dans la pratique judiciaire internationale (voir les résolutions 56/83 (2001) et 59/35 (2004) de l'Assemblée générale). Il s'agit là d'une tâche extrêmement importante qui devrait mieux faire connaître la réception des articles par les cours et tribunaux internationaux et si ces derniers considèrent que les articles expriment le droit positif ou non.

Peut-être encore plus utile à cet égard est l'étude du British Institute of International and Comparative Law, dont le champ d'investigation *ratione materiae* est beaucoup plus large. Cette étude s'intéresse en effet non seulement à la pratique judiciaire internationale, mais encore

«aux renvois aux articles que l'on trouve dans les opinions individuelles ou dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice et d'autres organes... Elle entend présenter de façon plus approfondie le contexte des références expresses... Elle entend aussi commenter, voire, le cas échéant, critiquer la façon dont les articles ont été appliqués dans certaines affaires... Elle comprend enfin les cas les plus importants de citation des articles par les tribunaux nationaux.» (Simon Olleson, *The Impact of ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Preliminary Draft, British Institute of International and Comparative Law, 2003, p. iv.)

De plus, cette étude «vise à recenser non seulement les références expresses aux articles, mais encore les prononcés judiciaires les plus importants (en particulier ceux de la Cour internationale de Justice), qui, même s'ils ne renvoient pas expressément aux articles, concernent les matières sur lesquelles portent ceux-ci et sont par là même utiles pour apprécier l'effet produit par les articles depuis leur adoption» (*ibid.*). (Voir aussi *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux, *Rapport du Secrétaire général*, Nations Unies, doc. A/62/62 et Add.1; D. Caron, «The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority», *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 857, 863-866, en particulier p. 857.)

La conclusion à laquelle est parvenue cette étude est que, contrairement au grand nombre d'articles sur lesquels s'appuient vigoureusement la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux et nationaux et la pratique des Etats, «il ne semble y avoir aucune référence judiciaire internationale à l'article 10 (*ibid.*, p. 95) ni aucune référence audit article de la part d'autres instances (*ibid.*).

#### 6. Droit matériel applicable en l'espèce à la lumière des règles d'interprétation des traités

68. Même si, pour les besoins de l'argumentation, on devait supposer que la succession à la responsabilité fasse partie du droit international général, cela ne voudrait pas dire qu'elle fasse automatiquement partie du droit applicable en l'espèce.

Pour cela, en effet, les règles de la succession à la responsabilité doivent, selon l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, être des «règles[s] pertinente[s] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties».

69. L'article IX de la convention sur le génocide est une clause compromissoire entraînant une «présomption de limitation» (W. M. Reis-

man, «The Other Shoe Falls: The Future of Article 36 (1) Jurisdiction in the Light of Nicaragua», *American Journal of International Law*, vol. 81, 1987, p. 170), en ce sens que, en tant que titre de compétence, il définit le droit matériel applicable (aspect positif), et exclut en principe du champ de ce droit matériel applicable tout ce qu'il n'a pas défini comme lui appartenant (aspect négatif).

On peut dire que ce type de stipulation définit les *règles principales ou primaires* du traité auxquelles la clause compromissoire est attachée (L. Bartels, «Jurisdiction and Applicable Law Clauses: Where Does a Tribunal Find the Principal Norms Applicable to the Case before It?», dans Y. Shany et T. Broude (dir. publ.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, 2011, p. 117-120; M. Papadaki, «Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law to Be «Used» in the ICJ and PCIJ», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, 2014, p. 573 et *passim*) et que la Cour appliquera à l'espèce considérée. Ses effets découlent naturellement du caractère consensuel et limité de la compétence de la Cour.

70. Ce caractère consensuel et limité de la compétence de la Cour ne peut pas ne pas influencer le droit matériel qu'elle applique. Il y a là une différence essentielle entre les cours internationales et les tribunaux internes, puisque ceux-ci, représentant l'*imperium* de l'Etat dans la sphère judiciaire, appliquent le droit *ex lege*, indépendamment de la volonté des parties. A l'inverse, la prérogative que le Statut de la Cour reconnaît aux parties de limiter les règles matérielles applicables présente un caractère quasi constitutionnel dans le droit qui régit l'activité judiciaire de la Cour. Le paragraphe 2 de l'article 38 du Statut, qui rappelle la faculté qu'a la Cour, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*, constitue une forme éminente de l'exercice de cette prérogative. Quant aux titres de compétence découlant d'instruments tels que les clauses compromissoires et les conventions spéciales, ils sont de portée et, implicitement, de nature plus limitée.

71. Les clauses compromissoires spéciales des traités n'excluent pas en soi l'application des règles de droit émanées des sources mentionnées à l'article 38 du Statut, car ce serait incompatible avec la fonction judiciaire de la Cour en sa qualité d'organe judiciaire dont les décisions doivent se conformer au droit international. De plus, un tel effet serait logiquement et juridiquement impossible, puisque, en appliquant le droit stipulé dans la clause compromissoire, la Cour se conforme de fait aux dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut.

Les effets produits par les clauses compromissoires des traités ne s'inscrivent pas dans une dichotomie exclusion/inclusion, mais visent à hiérarchiser les règles émanées des différentes sources pertinentes ou susceptibles d'être pertinentes pour l'objet du litige et à définir le rôle d'autres règles de droit international que celles qui sont déjà inscrites dans le traité auquel appartient la clause compromissoire.

En ce sens, et par contraste avec les règles principales ou primaires qui constituent le droit matériel applicable en l'espèce, il existe des normes inci-

dentes (L. Bartels, *op. cit.*, p. 117) qui comprennent les métanormes, les normes constructives et les normes conflictuelles (M. Papadaki, *op. cit.*, p. 580-592). Les métanormes sont «les règles qui gouvernent la validité et l'interprétation des règles du traité», tandis que les normes constructives constituent les présupposés théoriques et les conséquences logiques nécessaires des règles principales ou primaires (D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. G. C. Gidel, 1929, p. 106-107). De leur côté, les normes conflictuelles désignent «des normes étrangères au traité contenant la clause compromissoire», dont l'application «résulte de l'application de métanormes du règlement des conflits» telles qu'une *lex specialis* ou une *lex posterior* qui ont généralement pour fonction de déterminer «l'interprétation, la validité et l'applicabilité de normes principales données» (L. Bartels, *op. cit.*, p. 119).

Par conséquent, alors que les normes principales du droit matériel sont liées à l'objet du différend et que leurs dispositions normatives présentent une pertinence spécifique pour l'administration de la justice, les normes incidentes ont un caractère structurel et fonctionnel qui facilite l'interprétation et l'application des normes principales.

72. La dichotomie normes principales/normes incidentes opère une conciliation entre deux postulats à première vue contradictoires, à savoir d'une part, le fait que la compétence de la Cour est limitée et repose sur le consentement et, d'autre part, la nature de la fonction judiciaire de la Cour en tant qu'organe de droit international. Dans la perspective de cette dichotomie, il semble clair que le droit matériel évoqué par la clause compromissoire constitue non pas un régime autonome, mais une partie pertinente du droit international considéré comme un tout et agissant, en même temps que d'autres parties pertinentes du droit international, sur la base d'une distribution appropriée des fonctions. De plus, c'est précisément le fonctionnement des métanormes relatives à la validité des actes juridiques qui assure l'intégrité et la cohérence normatives du droit international.

73. La partie de la jurisprudence de la Cour qui est basée sur des clauses compromissoires de traités suit généralement la répartition théorique des normes entre normes principales et normes incidentes, et leurs rôles respectifs dans l'adoption de la décision.

On en trouve un bon exemple dans l'arrêt de 2007 dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* qui, sur ce point particulier, est presque identique à l'espèce.

En ce qui concerne le droit matériel applicable, la position de la Cour est claire. La Cour a notamment déclaré :

«La compétence de la Cour en l'espèce n'est fondée que sur l'article IX de la Convention. Tous les autres fondements de compétence invoqués par le demandeur ont été rejetés dans l'arrêt de 1996 concernant la compétence (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 617-621, par. 35-41). Il s'ensuit que la Cour ne peut trancher que les différends entre les parties contractantes visées par cette disposition. Les Parties s'opposent sur la question de savoir si la Cour s'est définitivement prononcée, dans son arrêt de 1996, sur la portée et le sens de cette disposition ;

dans la négative, elles sont en désaccord sur les questions à l'égard desquelles la Cour a compétence en vertu de celle-ci. La Cour se prononcera sur ces deux questions plus loin dans le présent arrêt. Elle n'est pas habilitée à se prononcer sur des violations alléguées d'autres obligations que les Parties tiendraient du droit international, violations qui ne peuvent être assimilées à un génocide, en particulier s'agissant d'obligations visant à protéger les droits de l'homme dans un conflit armé. Il en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles et que ces obligations peuvent s'imposer *erga omnes*.» (*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. 104, par. 147.)

Autrement dit, la Cour a trouvé dans la convention sur le génocide le droit matériel ou les normes principales applicables conformément à l'article IX de la Convention, en rappelant «la différence fondamentale entre, d'une part, l'existence et la force contraignante d'obligations résultant du droit international et, d'autre part, l'existence d'une cour ou d'un tribunal compétent pour résoudre des différends relatifs au respect de ces obligations» (*ibid.*, par. 148; les italiques sont de moi).

Poursuivant son examen du droit applicable *lato sensu*, la Cour fait la constatation suivante :

«Que la Cour tire sa compétence de l'article IX de la Convention et que les différends qui relèvent de cette compétence portent sur «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention *n'a pas nécessairement pour conséquence que seule doive entrer en ligne de compte cette Convention.*» (*Ibid.*, p. 105, par. 149; les italiques sont de moi.)

et conclut :

«Afin de déterminer si, comme le soutient le demandeur, le défendeur a violé l'obligation qu'il tient de la Convention et, s'il y a eu violation, d'en déterminer les conséquences juridiques, la Cour fera appel non seulement à la Convention proprement dite, mais aussi *aux règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.*» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

74. Il semble clair que les «règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite» qui «entrent en ligne de compte» en complément de la Convention correspondent pleinement aux métanormes et aux normes constructives, respectivement, sous la forme de normes incidentes ou auxiliaires (voir *supra*, par. 69 et 71).

75. Il est manifeste que la succession à la responsabilité ne fait pas partie du droit matériel principal issu de la convention sur le génocide. La responsabilité de l'Etat à raison d'une infraction est une norme constructive au sens

des présupposés théoriques et des conséquences logiques nécessaires des normes établies par un traité, lequel est en l'occurrence la convention sur le génocide (D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. G. C. Gidel, 1929, p. 106-107). Ou encore, plus précisément, les règles relatives à la responsabilité de l'Etat en tant que normes constructives sont «les présupposés théoriques non des règles primaires en elles-mêmes, mais de leur efficacité» (M. Papadaki, *op. cit.*, p. 586). La position particulière des normes constructives est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. La CPJI l'a exprimée de façon générale dans un *dictum* de son arrêt en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzow*: «La réparation est ... le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la Convention même.» (*Affaire relative à l'usine de Chorzow, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21.)

De plus, dans la convention sur le génocide, la «responsabilité» est incluse dans la clause compromissaire qui, du fait que la responsabilité est par nature une norme constructive, ne possède qu'un effet déclaratoire.

76. La responsabilité de l'Etat est une chose et la succession à la responsabilité en est une autre. Je me contenterai de rappeler que, si les règles relatives à la responsabilité sont des règles secondaires, les règles relatives à la succession font partie intégrante de ce *corpus* de normes primaires dont la violation déclenche l'application des règles relatives à la responsabilité.

77. Les prétendues règles de la succession à la responsabilité ne sont pas en tant que telles des «règles pertinentes» de droit international applicables en l'espèce. Dans la référence à «toute règle pertinente» qui est faite à l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, on peut voir «une indication que toute analogie avec des règles de droit international qui ne seraient pas *directement applicables à l'objet* de l'espèce est à exclure» (H. J. Uibopuu, «Interpretation of Treaties in the Light of International Law: Art. 31, para. 3 (*c*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 40, 1970, p. 4; les italiques sont de moi). Par «pertinente», on entend que la règle «concerne *l'objet de la stipulation en cause du traité*» (M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, p. 433; les italiques sont de moi; voir aussi *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2008*, p. 219, par. 113).

78. Dans les circonstances de l'espèce, on peut en tirer deux conclusions:

- i) que les prétendues règles relatives à la succession à la responsabilité ne sont pas des règles matérielles primaires au sens de la convention sur le génocide; et
- ii) que, sachant qu'elles ne font pas partie des règles secondaires, il n'existe pas de lien juridique entre elles et les règles relatives à la responsabilité, si bien qu'en l'espèce elles ne constituent pas des normes constructives.

79. La seule forme de succession à la responsabilité de la RFSY possible dans les circonstances de l'espèce serait la succession *ex consensu*.

Le 29 juin 2001, la Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie, la République de Macédoine, la République de Slovénie et la République fédérale de Yougoslavie ont conclu à Vienne, sous les auspices de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, un «accord portant sur des questions de succession».

Dans son préambule, les parties signataires de l'accord ont déclaré «être en souveraine égalité les cinq Etats successeurs de l'ex-République fédérale socialiste de Yougoslavie».

L'article premier de l'annexe F de l'accord stipule que «[t]ous les droits et intérêts de la RFSY dont l'accord ne prévoit pas expressément la disposition ... sont répartis entre les Etats successeurs...». Cet article s'interprète comme une stipulation «en faveur du transfert du *droit à réparation* de l'Etat prédécesseur aux Etats successeurs» (P. Dumberry, *op. cit.*, p. 121, note 293; les italiques sont de l'auteur).

L'article 2 de l'annexe F prévoit que

«[t]outes les réclamations contre la RFSY qui ne sont pas prévues au présent accord seront examinées par le Comité permanent conjoint créé par l'article 4 dudit accord. Les Etats successeurs s'informeront les uns les autres de leurs réclamations contre la RFSY.»

Le négociateur spécial pour les questions de succession, sir Arthur Watts, dont la proposition a été incorporée au texte de l'accord portant sur des questions de succession, observe que

«toutes les parties concernées savaient (ou du moins, si elles ne le savaient pas, auraient dû savoir!) que les articles premier et 2 de l'annexe F s'appliquaient à tous les éléments éventuels de la responsabilité internationale, qu'il s'agisse de réclamations pendantes de la RFSY contre les autres Etats (art. premier) ou de réclamations pendantes des autres Etats contre la RFSY (art. 2)» (P. Dumberry, *op. cit.*, p. 121, note 294, citant une lettre de sir Arthur Watts en possession de l'auteur).

### 7. La question de la tierce partie indispensable

80. A supposer même qu'il existe une règle de droit international général et une succession *ipso jure* à la responsabilité, ce qui n'est pas le cas, elle semble inapplicable dans les circonstances de l'espèce.

La succession à la responsabilité n'est pas un simple mouvement par lequel la responsabilité passerait de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur, un transfert automatique de la responsabilité de l'ancien Etat au(x) nouveau(x) Etats.

Elle suppose que deux faits juridiques pertinents aient été établis dans le cadre d'une instance judiciaire devant la Cour, à savoir :

*Primo*, que les actes de génocides allégués ont été commis sur le territoire du demandeur; et

*Secundo*, que ces actes peuvent être attribués à la RFSY en recourant «à des critères, des normes et des principes, c'est-à-dire aussi, avec discernement, à des règles nationales et internationales» (*ACDI*, 1989, vol. II, p. 56).

Ce n'est qu'une fois ces faits juridiques établis que l'on pourra aborder la «question de la succession» du point de vue du transfert à la RFY/Serbie de la responsabilité dûment établie de la RFSY pour les actes de génocide allégués. La question de la responsabilité de la RFSY a donc un caractère préliminaire et préalable à la prétendue responsabilité de la RFY/Serbie.

81. Il s'ensuit que la prétendue responsabilité de la RFSY constitue l'objet même de la décision de la Cour dans le différend entre la Croatie et la RFY/Serbie. Sur ce point, il semble que la Cour ne soit pas compétente parce que, comme elle l'a déclaré dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, rappelant la règle fondamentale et bien établie qui gouverne sa juridiction, «la continuation de la procédure ... en l'absence d'un Etat dont la responsabilité internationale constituerait «l'objet même de la ... décision»» n'est pas permise (*Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990*, p. 115-116, par. 55, avec renvoi à l'affaire de *l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France; Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 32).

La Cour a ainsi confirmé le principe dit de «l'or monétaire» qui repose sur la différence entre l'«intérêt d'ordre juridique» qui peut être en cause dans un différend et l'«objet» de ce différend ou d'un aspect dudit différend. Le *dictum* de la Cour s'énonce comme suit:

«Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier.» (*Ibid.*)

Du fait qu'en la présente espèce les intérêts juridiques d'un Etat tiers non seulement seraient touchés par la décision, mais encore constituent «l'objet même de ladite décision», l'article 62 du Statut ne saurait être invoqué pour permettre à la Cour de continuer la procédure même en l'absence de l'Etat tiers considéré.

L'article 59 ne peut pas non plus être invoqué puisque

«la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé... [C]ette règle suppose que la Cour est pour le moins en mesure de rendre une décision qui lie les parties. En revanche, là où ... la question essentielle à trancher a trait à la responsabilité internationale d'un Etat tiers, la Cour ne peut, sans le consen-

tement de ce dernier, rendre sur cette question une décision qui soit obligatoire pour aucun Etat, ni pour l'Etat tiers, ni pour aucune autre des parties qui sont devant elle.» (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 33.)

82. Etant donné que le principe de la « tierce partie indispensable » découle du principe fondamental du consentement, son application en l'espèce pourrait être contestée en rappelant que la RFSY a donné son consentement à la juridiction de la Cour en ratifiant la Convention en 1948 sans exprimer aucune réserve à l'égard de son article IX.

Une telle contestation n'aurait cependant pas de sens. La RFSY a disparu en tant qu'Etat en 1992 et, lorsqu'un Etat disparaît, tous ses droits et toutes ses obligations cessent d'exister en tant que ses droits et obligations propres.

83. De surcroît, la règle de la tierce partie indispensable s'appliquerait à la République de Macédoine jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1991, date de la proclamation de la Macédoine en tant qu'Etat indépendant, et à la Bosnie-Herzégovine jusqu'au 29 février et au 1<sup>er</sup> mars 1992, dates de la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant, parce qu'elles faisaient partie de la RFSY avant ces dates.

### III. QUESTIONS DE DROIT MATÉRIEL

#### 1. Rapport entre la CIJ et le TPIY pour ce qui est du traitement judiciaire du génocide

84. Avec l'introduction d'une instance contre la RFY dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, sur le fondement de l'article IX de cette Convention, la Cour s'est trouvée en *terra incognita*. Elle avait à l'époque le choix entre trois solutions :

- i) se déclarer incompétente, ce qui était peut-être la solution la plus proche de la lettre de la Convention mais avait l'inconvénient, du point de vue de la politique judiciaire de la Cour, de laisser croire que celle-ci renonçait à contribuer au règlement des différends relatifs à l'interprétation et à l'application d'une convention faisant partie intégrante du *corpus juris cogentis*;
- ii) se déclarer compétente pour connaître de l'affaire, sur le modèle d'une cour pénale ou comme une sorte d'homologue des tribunaux administratifs français dans un contentieux de pleine juridiction. Il n'existe pas d'obstacles juridiques à ce que la Cour procède ainsi. Juridiction de droit commun, elle était habilitée, comme les tribunaux du système judiciaire continental qui ne connaissent pas la stricte séparation entre juridiction pénale et juridiction civile, à examiner la question de la responsabilité pénale individuelle pour génocide comme un aspect préliminaire de la question de la responsabilité de l'Etat pour génocide. Cette possibilité qu'a la Cour est renforcée, au point de représenter la solution la plus appropriée du point de vue logique et juridique, par

- son *dictum* qui veut qu'un Etat puisse lui aussi commettre un génocide (arrêt de 2007, p. 113-114, par. 166-167); ou
- iii) opter pour une position médiane en se limitant à la question de la responsabilité de l'Etat, sans s'engager, au moins directement, dans le domaine de la responsabilité pénale individuelle. Une telle position s'appuie essentiellement sur la dichotomie entre la responsabilité pénale individuelle pour fait de génocide et la responsabilité de l'Etat pour fait illicite, telle qu'elle ressort des règles générales en ce domaine. La logique de cette dichotomie implique concrètement, ou pourrait impliquer, l'établissement d'un lien jurisprudentiel avec les décisions du TPIY. Dans l'opinion individuelle qu'il a annexée à l'arrêt de 2007, le juge Tomka a justifié un tel lien en ces termes :

«La Cour internationale de Justice, quant à elle, n'a pas compétence à l'égard des personnes ayant commis ces atrocités. L'article IX de la convention sur le génocide lui confère compétence pour déterminer si le défendeur s'est conformé aux obligations lui incombant en vertu de cette convention. En se prononçant sur ce point en la présente affaire, la Cour était fondée à tirer des conséquences juridiques des décisions du TPIY, en particulier de celles relatives aux accusations de génocide ou de tout autre acte prohibé par l'article III. Ce n'était que si les actes des personnes ayant participé à la commission de tels crimes étaient attribuables au défendeur que sa responsabilité pouvait être engagée.

Le travail de la Cour, laquelle s'est acquittée de sa mission dans le domaine de la responsabilité des Etats en matière de génocide, domaine dans lequel le TPIY n'a pas compétence, est donc venu compléter l'activité judiciaire de ce dernier. Il est à espérer que, si imparfaits qu'ils puissent paraître, les travaux de ces deux institutions judiciaires de l'Organisation des Nations Unies, la Cour demeurant son organe judiciaire principal, contribueront, dans leurs domaines respectifs, à leur objectif commun : l'administration de la justice internationale.» (*Ibid.*, opinion individuelle du juge Tomka, p. 351, par. 73.)

85. La Cour semble avoir choisi la troisième solution et l'avoir appliquée aussi bien en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* qu'en la présente espèce.

Il semble que les raisons qui sous-tendent ce choix de la troisième solution soient doubles, à savoir positives et négatives.

Les principales raisons positives seraient celles-ci :

- *primo*, en raison de son caractère collectif spécifique, le crime de génocide met en cause de façon cumulative la responsabilité des individus et celle de l'Etat ;
- *secundo*, cette solution respecte à la fois la compétence du TPIY et les limites dans lesquelles s'inscrit l'activité judiciaire de la Cour, laquelle doit se borner à la responsabilité internationale pour génocide ;

- troisièmement, elle permet d'établir un lien entre les juridictions internationales compétentes en matière de génocide afin de faire de «l'unité du droit matériel un remède à la fragmentation des juridictions» (E. Cannizzaro, «Interconnecting International Jurisdictions: A Contribution from the Genocide Decision of the ICJ», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007);
- quatrièmement, elle ouvre la possibilité d'«intégrer les mandats et les méthodes des tribunaux internationaux» (D. Groome, «Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?», *Fordham International Law Journal*, vol. 31, 2008, p. 976).

Quant aux raisons négatives qui sous-tendent le choix de la troisième solution, elles tiennent à la capacité pratique de la Cour d'assumer les fonctions d'une cour pénale, et à sa volonté de ne pas faire double emploi avec le TPIY.

Bien que la Cour «ait beaucoup à dire sur les questions de justice pénale» (K. J. Keith, «The International Court of Justice and Criminal Justice», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, p. 895), son activité judiciaire dans les affaires de génocide, pour être conduite de façon appropriée, suppose des aménagements institutionnels et méthodologiques, en particulier en ce qui concerne l'administration de la preuve. Il semble que la Cour ait considéré qu'une éventuelle concurrence de juridiction avec le TPIY n'était pas souhaitable, non seulement à cause des problèmes de principe que pose ce phénomène dans l'environnement juridique de la communauté internationale, qui ne connaît pas de système judiciaire *stricto sensu*, mais aussi parce que le TPIY a été créé par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

86. En principe, l'établissement d'un «lien» avec une juridiction spécialisée comme le TPIY pourrait être souhaitable et fructueux pour la Cour internationale de Justice. Il ne faudrait pas cependant qu'elle ignore les différences substantielles qui existent entre ces deux organes et les effets produits par ces différences.

Ces différences sont nombreuses, depuis celles qui sont de nature proprement judiciaire et concernent l'administration de la justice jusqu'à celles qui tiennent au raisonnement judiciaire.

86.1. La Cour internationale de Justice est une «Cour mondiale» créée par un traité multilatéral général en qualité d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.

Bien qu'elle soit un organe principal de l'Organisation des Nations Unies au même titre que les autres organes principaux de l'organisation mondiale en vertu du paragraphe 1 de l'article 7 de la Charte, la Cour internationale de Justice est surtout son «organe judiciaire principal» (Charte, art. 92) et «l'expression «organe judiciaire principal» souligne l'indépendance statutaire de la Cour en ce sens que, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, elle n'est subordonnée et n'a de comptes à rendre à aucune autorité extérieure» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 2006, 4<sup>e</sup> éd., vol. I, p. 141).

Le TPIY, quant à lui, est une juridiction pénale spécialisée créée par la résolution 827 du Conseil de sécurité, dotée d'une compétence restreinte à tous les points de vue pertinents — *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci* —, qui constitue, au fond, une « mesure spéciale » visant à « contribuer à la restauration et au maintien de la paix » (Nations Unies, doc. S/RES/827, 25 mai 1993, préambule) et qui privilégie l'idée d'une justice sélective plutôt que d'une justice universelle inscrite au cœur même du droit et de l'institution judiciaire. Il en ressort que le TPIY a été créé en tant qu'organe subsidiaire du Conseil de sécurité, ce qui se voit aussi, notamment, dans le mandat dont l'a chargé le Conseil dans sa résolution 827 (voir par. 86.2 ci-après). Un tel état de choses soulève la question de sa légitimité, à laquelle aucune réponse juridique appropriée n'a été apportée à ce jour. Le TPIY lui-même, dans l'affaire *Tadić*, répondant à l'argument de la défense selon lequel il n'avait « pas été dûment créé par la loi » comme l'exige, entre autres instruments, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a rappelé que, en vertu du principe de compétence de la compétence, il était intrinsèquement compétent pour juger de sa propre compétence (*Tadić*, IT-94-1, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle de compétence, 2 octobre 1995, par. 18-19).

La position adoptée par la chambre d'appel dans cette affaire n'est guère satisfaisante, pour au moins deux raisons.

Premièrement, le principe de « compétence de la compétence » n'est pas un principe tout-puissant capable de transformer l'illégitimité en légitimité, l'illégalité en légalité et vice versa. C'est simplement un principe structurel et fonctionnel fondamental, inhérent à toute institution judiciaire, qu'il s'agisse d'une juridiction ordinaire ou de tout autre organe investi de pouvoirs juridictionnels. Comme le soulignait le commissaire américain Gore dans l'affaire de la *Betsey*, ce principe est réellement « indispensable aux fins de l'accomplissement de [l]a mission » de tout organe juridictionnel (J. B. Moore (dir. publ.), *International Adjudications, Ancient and Modern, History and Documents*, Modern Series, vol. IV, p. 183).

En soi, le principe de compétence de la compétence, opérant dans une structure judiciaire particulière, est neutre au regard de la légitimité ou de l'illégitimité de l'instance de jugement.

Deuxièmement, même si l'on devait concéder, pour les besoins de l'argumentation, que ce principe pouvait servir de fondement à la légitimité du TPIY, la conclusion de la chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* ne semble pas suffisante pour l'emporter sur le principe fondamental *nemo iudex in causa sua*. Le for auquel devrait revenir le soin d'examiner la légitimité du TPIY est la CIJ. Or celle-ci s'est abstenue de se prononcer explicitement sur la question (d'autres modèles de contrôle juridictionnel et d'interprétation des textes des Nations Unies sont possibles; voir à ce sujet J. Alvarez, « Nuremberg Revisited: The *Tadić* Case », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, p. 250).

86.2. Les différences entre la CIJ et le TPIY en matière de fonction juridictionnelle se manifestent tout particulièrement dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales.

L'activité du TPIY est étroitement liée à la paix et à la sécurité internationales.

La résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité portant création du TPIY reposait sur la constatation que la situation sur le territoire de l'ex-Yougoslavie constituait une «menace contre la paix et la sécurité» et que la création du Tribunal «contribuerait à la restauration et au maintien de la paix» (Nations Unies, doc. S/RES/827, 25 mai 1993, préambule). Dans l'affaire *Tadić*, la chambre d'appel a conclu que «la création du Tribunal international relève indéniablement des pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de l'article 41» (*Tadić*, IT-94-1, chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle de compétence, 2 octobre 1995, par. 36; les italiques sont de moi). Soit dit en passant, cette conclusion pourrait être controversée au vu des dispositions de l'article 41 de la Charte qui énumère *a limine* les mesures que le Conseil de sécurité peut prendre, ces mesures comprenant «l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques». La conclusion à laquelle est parvenue la chambre d'appel dans l'affaire *Tadić* a été confirmée dans l'affaire *Milošević* lorsque la chambre de première instance s'est dite d'avis que la création du Tribunal international «constitu[ait] avant tout, dans le contexte de l'époque et le conflit qui ravageait alors le pays, une mesure destinée à rétablir la paix et la sécurité internationales» (*Milošević*, IT-02-54, chambre de première instance, décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, par. 7; les italiques sont de moi).

Le caractère «utilitaire» du TPIY n'est pas une impression subjective que l'on pourrait avoir du Tribunal, mais découle de l'instrument même qui l'a créé. La résolution 827 du Conseil de sécurité prévoit en effet, entre autres dispositions, «dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international, en tant que mesure spéciale prise par [le Conseil de sécurité]» (Nations Unies, doc. S/RES/827, 25 mai 1993, préambule). Cette impression du caractère utilitaire du Tribunal est confortée par la date de sa création par le Conseil de sécurité. Au mois de mai 1993, le conflit dans l'ex-Yougoslavie battait son plein, en sorte que la création du Tribunal s'est inscrite dans un ensemble d'opérations de paix reposant sur l'autorité et les pouvoirs d'exécution forcée du Conseil de sécurité. On peut donc dire que

«le dessein général des tribunaux [TPIY et TPIR] coïncide avec d'autres formes d'intervention humanitaire qui répondent à un souci humanitaire pour les victimes dans les zones ravagées par le conflit. Les rapports du TPIY avec les forces de maintien de la paix en Bosnie-Herzégovine pendant la guerre montrent un accommodement extraordinaire entre un organe judiciaire et des forces militaires.» (H. Shinoda, «Peace-Building by the Rule of Law: An Examination of Intervention in the Form of International Tribunals», *International Journal of Peace Studies*, vol. 7, 2002.)

En tant que tel, le TPIY constitue essentiellement « une forme non militaire d'intervention de la communauté internationale » (*International Journal of Peace Studies*, vol. 7, 2002, p. 15).

Bien qu'il existe une incontestable corrélation entre le droit et la paix, on ne peut pas dire que le rôle que joue un organe juridictionnel dans le rétablissement de la paix soit un trait constitutif de l'activité judiciaire d'une cour. Ou du moins de la Cour internationale de Justice.

Le rétablissement de la paix est d'abord et avant tout une entreprise politique mettant en œuvre des moyens qui, *stricto sensu*, sont non judiciaires ou extrajudiciaires. Les concepts de « paix » et de « justice » ne coïncident pas nécessairement. Il est loin d'être rare que le retour à la paix s'opère par des solutions injustes. Qui plus est, le droit peut même être un obstacle sur le chemin de la paix, comme le montrent les traités de paix. En effet, si les traités de paix devaient respecter les règles du droit des traités, la paix qu'ils introduisent ne reposerait pas sur des bases légales parce que, en règle générale, elle découle de la supériorité des armes sur le champ de bataille; ce qui, en droit des traités, correspond à un vice du consentement.

La pratique internationale

« a mis au point deux grandes méthodes pour traiter les affaires internationales et régler les différends internationaux. L'une est purement politique. L'autre est juridique. Il existe certes des gradations menant de l'une à l'autre, ainsi que des procédures permettant d'introduire différents types de règlement par tierce partie. Cependant, du fait de la différence fondamentale qui existe entre les deux modes de règlement des différends internationaux, les analogies entre l'un et l'autre sont fausses. » (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice: 1920-2005*, 2006, 4<sup>e</sup> éd., p. 4-5.)

L'influence dont jouit la Cour s'explique par « la façon dont elle renforce l'architecture de la paix ... grâce à ses avis consultatifs [et à ses arrêts], à la confiance qu'elle inspire et à son action au service du droit du règlement pacifique des différends, plutôt que par la façon dont elle a réglé tel ou tel différend » (M. Hudson, *International Tribunals: Past and Future*, 1944, p. 239).

86.3. Il est bien compréhensible, dans ces conditions, que la position du Tribunal se reflète dans son raisonnement judiciaire. Lorsqu'il doit interpréter les règles de droit pertinentes, le Tribunal s'appuie fermement, voire résolument, sur les interprétations respectives du Conseil de sécurité et du plus haut fonctionnaire de l'Organisation mondiale, c'est-à-dire le Secrétaire général des Nations Unies. En conduisant ainsi son raisonnement, le Tribunal manifeste sa fidélité à son fondateur. Le fait est incontestable au vu des circonstances qui ont présidé à la création et à la fonction juridictionnelle du TPIY, mais la question se pose de savoir si une telle approche est conforme aux normes de raisonnement judiciaire suivies par la Cour.

86.3.1. Dans l'affaire *Blaškić*, c'est dans les assertions du Conseil de sécurité et du Secrétaire général des Nations Unies que le Tribunal a

trouvé l'argument décisif concernant le « droit international humanitaire existant ». Le Tribunal a notamment conclu :

« Il serait, en conséquence, totalement infondé que le Tribunal déclare aujourd'hui inconstitutionnelle et invalide une partie de sa compétence que le Conseil de sécurité, en accord avec le Secrétaire général, a proclamée comme faisant partie du « droit international humanitaire existant. » (*Blaškić*, IT-95-14, Chambre de première instance, décision de rejet d'une exception préjudicielle soulevée par la défense aux fins de suppression de parties de l'acte d'accusation modifié alléguant la responsabilité pour « manquement à l'obligation de punir », 4 avril 1997, par. 8.)

86.3.2. Le Tribunal a décidé que, en l'absence de contradiction entre le rapport du Secrétaire général et le Statut, « le Rapport du Secrétaire général doit avoir valeur d'interprétation du Statut faisant autorité » (*Tadić*, IT-94-1, arrêt d'appel, 15 juillet 1999, par. 295).

86.3.3. Le Tribunal est enclin à accorder un poids décisif aux déclarations interprétatives des membres du Conseil de sécurité :

« Dans son analyse de l'article 3, la Chambre d'appel a remarqué que, lorsque des Membres du Conseil de sécurité font des déclarations interprétatives qui ne sont pas contestées par d'autres délégations, « elles peuvent être considérées comme une interprétation faisant autorité » des dispositions pertinentes du Statut. Point plus important encore, plusieurs membres permanents du Conseil de sécurité ont indiqué qu'ils interprètent l'expression « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé » à l'article 5 du Statut comme signifiant « durant une période d'un conflit armé ». Ces déclarations n'ont pas été contestées et peuvent de ce fait, dans l'esprit de l'arrêt de la Chambre d'appel, être considérées comme étant des interprétations faisant autorité de ce passage de l'article 5. » (*Tadić*, IT-94-1, jugement de première instance, 7 mai 1997, par. 631.)

### *1.1. Nécessité d'une approche équilibrée et critique de la jurisprudence du TPIY*

87. Pour les raisons évoquées plus haut, il importe d'avoir une approche équilibrée et critique de la jurisprudence du TPIY en matière de génocide. « Équilibrée » au sens d'une claire distinction entre les conclusions de fait et de droit auxquelles parvient le Tribunal.

#### *1.1.1. Conclusions de fait du TPIY*

88. Les conclusions de fait du Tribunal sont un bon point de départ pour l'établissement d'un lien entre deux juridictions internationales qui ont à connaître d'affaires de génocide.

L'éminente qualité des conclusions de fait du Tribunal tient à ce qu'il applique les méthodes et les techniques d'une juridiction pénale spécialisée. La Cour en a pris acte, dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, ayant conclu «qu'elle doit en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance» (arrêt de 2007, p. 134, par. 223). Le recours appuyé de la Cour aux conclusions de fait du Tribunal fait intervenir, de plus, un critère formel et non matériel. Cela ressort clairement de l'affirmation de la Cour selon laquelle «[elle] ne saurait placer sur le même plan les constatations et appréciations de la chambre de première instance et celles de la chambre d'appel; en cas de divergences, elle ne peut qu'accorder un poids prééminent aux énoncés figurant dans l'arrêt de la chambre d'appel» (arrêt, par. 471). A cet égard, la position de la Cour vis-à-vis des allégations du procureur mérite également d'être mentionnée. La Cour a vigoureusement affirmé que «l'on ne saurait, en règle générale, accorder de poids au fait que tel ou tel chef figure dans un acte d'accusation» (arrêt de 2007, p. 132, par. 217). Cette affirmation a été quelque peu tempérée dans l'arrêt en la présente espèce, où la Cour a déclaré que «le fait que le procureur du TPIY n'ait jamais inclus dans ses actes d'accusation, dans les affaires en rapport avec l'opération «Tempête», le chef de génocide, n'a pas automatiquement pour effet de vouer à l'échec la demande reconventionnelle de la Serbie» (arrêt, par. 461).

89. Le renvoi aux conclusions de fait du TPIY doit avoir des limites précises. Il ne doit pas passer pour une confirmation formelle de ces conclusions ni pour un simple rejet fondé sur l'application de critères formels.

Plutôt que des critères formels, ce sont des critères matériels qui doivent être appliqués pour apprécier les conclusions de fait du Tribunal correctement et en conformité avec les normes de la Cour en matière de raisonnement judiciaire.

Au-delà des raisons générales qui rendent nécessaire en l'espèce une approche équilibrée et critique des conclusions de fait du TPIY, il en est une autre qui a été signalée à l'audience par le professeur Zimmermann (CR 2014/14, p. 11) et qui est le rapport allégué entre l'introduction par la Croatie d'une instance devant la Cour et le procès de certains citoyens croates qui se déroulait alors au Tribunal. Ni la Croatie ni le TPIY n'ont répondu à cette allégation, alors même qu'elle avait été faite publiquement dans la grande salle de justice.

### 1.1.2. *Conclusions de droit du TPIY*

90. Contrairement aux conclusions de fait du TPIY, ses conclusions de droit en matière de génocide doivent subir de la part de la Cour un traitement entièrement différent. La Cour ne doit pas se laisser réduire à la position de simple chambre d'enregistrement des conclusions de droit du Tribunal, sous peine de compromettre gravement son intégrité judiciaire, voire la légalité de ses décisions dans les différends relatifs à l'application de la convention sur le génocide.

Un certain nombre de puissantes considérations imposent d'adopter une approche critique des conclusions de droit du Tribunal.

90.1. Lorsqu'elle statue sur des différends en matière de génocide sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide, la Cour n'applique que les dispositions de ladite Convention, lesquelles constituent le droit matériel pertinent. Sur ce point, l'arrêt déclare expressément :

« puisque la compétence prévue par l'article IX est limitée à « l'interprétation, l'application ou l'exécution de la ... Convention, y compris ... à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III », elle ne s'étend pas aux allégations concernant la violation du droit international coutumier en matière de génocide. Bien entendu, il est constant que la Convention consacre des principes qui font également partie du droit international coutumier. Ainsi, l'article premier dispose que « [l]es 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 ». La Cour a elle-même rappelé maintes fois que la Convention énonçait des principes appartenant au droit international coutumier. C'est ce qu'elle a souligné dans son avis consultatif de 1951...

La Cour a repris cet énoncé dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à l'*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. 110-111, par. 161). » (Arrêt, par. 87 ; les italiques sont de moi.)

Le TPIY ne semble pas avoir la même position en ce qui concerne le droit matériel applicable.

Dans son jugement en l'affaire *Krstić*, sur lequel la Cour s'est appuyée pour conclure qu'un génocide avait été commis à Srebrenica, la chambre de première instance a déclaré qu'elle « [devait] interpréter l'article 4 du Statut en prenant en compte l'état du droit international coutumier à l'époque des événements de Srebrenica » (*Krstić*, IT-98-33, chambre de première instance, jugement, 2 août 2001, par. 541 ; les italiques sont de moi).

Pour parvenir à la définition du génocide qu'elle a appliquée, la chambre de première instance a puisé à plusieurs sources :

« La Chambre s'est appuyée en premier lieu sur les travaux de codification effectués dans le cadre d'instances internationales. La Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide ... dont les dispositions sont reprises textuellement à l'article 4 du Statut, constitue de ce point de vue la principale source. Bien que son adoption soit contemporaine de la création du terme de « génocide », la Convention est considérée comme la codification d'une norme de droit international bien établie, que la jurisprudence allait rapidement élever au rang de norme impérative du droit international général (*jus cogens*). La Chambre de première instance a interprété la Convention conformément aux règles générales d'interprétation des traités énon-

cées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Chambre a donc tenu compte non seulement du sens ordinaire des termes qui y étaient employés, mais aussi de l'objet et du but de la Convention. Elle a, de surcroît, pris en considération les travaux préparatoires et les circonstances qui ont présidé à son élaboration. La Chambre a par ailleurs tenu compte de la jurisprudence internationale relative au crime de génocide, en particulier de celle du TPIR. Elle a porté une attention particulière au rapport de la Commission du droit international (« CDI ») sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Quoique achevé en 1996, ce rapport est le fruit de plusieurs années d'un travail de réflexion mené par la Commission dont le but était de codifier le droit international, notamment en matière de génocide: c'est dès lors une source particulièrement utile pour l'interprétation de l'article 4 du Statut. Ont également été pris en compte les travaux d'autres comités internationaux, comme les rapports de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (Commission des droits de l'homme des Nations Unies). La Chambre a, en outre, analysé les travaux effectués dans le cadre de l'élaboration du Statut de Rome relatif à la création d'une cour pénale internationale et, en particulier, la version définitive du projet d'éléments des crimes rédigé par la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale en juillet 2000. Bien que postérieur aux faits qui nous occupent ici, ce document s'est révélé d'une certaine utilité pour évaluer l'état du droit international coutumier, que la Chambre avait elle-même dégagé des autres sources. Il convient de noter à cet égard que tous les Etats participant à la conférence, qu'ils soient signataires ou non du Traité, pouvaient être représentés au sein de la Commission préparatoire. Ce document est de ce point de vue bien utile pour connaître l'*opinio juris* des Etats. Enfin, la chambre s'est aussi inspirée de la législation et de la pratique des Etats, et notamment des interprétations et décisions judiciaires. » (*Krstić*, IT-98-33, chambre de première instance, jugement, 2 août 2001, par. 541 ; notes de bas de page omises).

90.2. Le fait que l'article 4 du Statut du TPIY reproduise textuellement les articles II et III de la convention sur le génocide ne signifie pas automatiquement que le droit en matière de génocide tel qu'il ressort du Statut du TPIY soit le même que celui qu'a établi la Convention. L'article 4 du Statut n'est qu'une disposition du Statut, qui lui-même est un acte unilatéral de l'un des organes politiques des Nations Unies. Cette disposition ne peut pas changer de nature du seul fait qu'elle reproduit le texte des articles II et III de la convention sur le génocide, sans aucun renvoi à ladite Convention. Il s'ensuit qu'une interprétation de l'article 4 du Statut du TPIY, qui se fonde, entre autres, sur les travaux préparatoires de la Convention, dont s'inspire largement le TPIY, est pour l'essentiel fallacieuse. On trouve là un exemple de la différence en matière de raisonnement judiciaire qui existe entre la CIJ et le TPIY (voir *supra* par. 86.3).

90.2.1. Cela dit, interpréter les dispositions pertinentes de la Convention et les appliquer peuvent être deux choses fort différentes. Ainsi, l'interprétation fournie aux paragraphes 87 et 88 de l'arrêt semble s'écarter des positions de la Cour dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* qui, en sa qualité de première affaire alléguant des actes de génocide en laquelle la Cour ait statué, constitue une sorte de référence judiciaire pour les affaires de génocide portées devant elle.

Dans cette affaire, la conclusion de la Cour voulant qu'un génocide ait été commis à Srebrenica s'appuyait sur le jugement du TPIY en l'affaire *Krstić* (arrêt de 2007, p. 163-166, par. 292-297), dans laquelle le TPIY a statué «en prenant en compte l'état du droit international coutumier à l'époque des événements de Srebrenica» (*Krstić*, IT-98-33, chambre de première instance, jugement, 2 août 2001, par. 541).

91. Au sujet du «droit international coutumier du génocide», deux questions de droit se posent qui, en raison de leur poids spécifique, dépassent leur sujet propre et concernent à la fois le sens de la coutume en tant que l'une des principales sources du droit international et la relation entre la convention sur le génocide et le droit coutumier émergent, ou qui pourrait émerger, après l'adoption de la Convention.

91.1. L'idée que se fait le TPIY de la coutume comme source du droit international est tout à fait inédite et va bien au-delà de la conception de la coutume dans la jurisprudence de la CIJ.

Selon la jurisprudence constante de la CIJ, qui se conforme à la disposition de son Statut évoquant «la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit» (art. 38, par. 1, al. b)), la coutume est reconnue comme source de droit à partir de deux éléments: la pratique générale et l'*opinio juris sive necessitatis*. Comme elle l'a fait observer dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*: «La Cour, à laquelle l'article 38 du Statut prescrit entre autres d'appliquer la coutume internationale «comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», ne peut ignorer le rôle essentiel d'une pratique générale.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 97-98, par. 184; les italiques sont de moi.)

Or la jurisprudence du TPIY va dans le sens exactement opposé en accordant un rôle dominant à l'*opinio juris* dans la détermination de la coutume (G. Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, p. 13, note 4), manifestant ainsi une forte propension à s'appuyer sur un seul des deux éléments de la coutume.

En cela, le TPIY appréhende l'*opinio juris* d'une façon entièrement différente de celle de la Cour. Celle-ci considère en effet que, pour constituer l'*opinio juris*, «deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit.» (*Plateau continental de la mer du Nord (République*

*fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas*), arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77.) L'*opinio juris* ne saurait être séparée de la pratique parce que «[l]a Cour doit s'assurer que l'existence de la règle dans l'*opinio juris* des Etats est confirmée par la pratique» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98, par. 184).

Le TPIY s'est souvent contenté d'une jurisprudence et d'une pratique des Etats «extrêmement limitées» (A. Nollkaemper, «The Legitimacy of International Law in the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», dans T. A. J. A. Vandamme et J. H. Reestman (dir. publ.), *Ambiguity in the Rule of Law: The Interface between National and International Legal Systems*, 2001, p. 17).

Une grande partie du droit qualifié de coutumier par le TPIY est fondé sur des décisions de tribunaux nationaux (A. Nollkaemper, «Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY», dans G. Boas et W. A. Schabas (dir. publ.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, 2003, p. 282), qui n'ont qu'une influence limitée sur la jurisprudence de la Cour (H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. I, 2013, p. 248). Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré que les décisions judiciaires «sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats» (fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7, p. 19).

91.2. Dissimulées sous l'approche générale du droit coutumier suivie par le TPIY, qui est déjà douteuse en soi, l'incohérence et la subjectivité abondent. Il est bien connu que des chambres du TPIY de composition différente ont utilisé des méthodes différentes pour identifier et interpréter le droit coutumier, allant dans certains cas jusqu'à citer des décisions antérieures du TPIY lui-même comme preuves de l'existence d'une règle coutumière (N. Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, 2014, p. 117). Qui plus est, le TPIY s'est dispensé d'appliquer de façon cohérente et rigoureuse les concepts de pratique des Etats et d'*opinio juris*, notamment en s'abstenant de citer des exemples de l'une ou de l'autre, préférant évoquer en bloc les législations nationales en vigueur comme preuve de la coutume sans se poser la question de l'*opinio juris*, ou en déguisant des raisons politiques ou humanitaires en *opinio juris* (*ibid.*, p. 118).

92. La formation du droit coutumier au TPIY ressemble à bien des points de vue à un exercice de droit quasi coutumier basé sur un raisonnement déductif guidé par des principes méta- et extrajuridiques. On a ainsi pu écrire que «de nombreuses chambres des tribunaux spéciaux ne se sont montrées que trop disposées à qualifier certaines normes de coutumières sans donner aucune raison ni citer aucune autorité à l'appui de cette qualification» (G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, p. 15). Il en est résulté un «gouvernement des juges» à force d'inter-

prétations téléologiques et aventureuses (M. Swart, «Judicial Law-Making at the *Ad Hoc* Tribunals: The Creative Use of Sources of International Law and «Adventurous Interpretation»», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 70, 2010, p. 463-468, 475-478), alors même que, dans son rapport préalable à la création du TPIY, le Secrétaire général disait que les juges du TPIY ne pourraient appliquer que des règles «qui faisaient partie sans aucun doute possible du droit international coutumier» (Conseil de sécurité, *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Nations Unies, doc. S/25704, 3 mai 1993, par. 34). Dès lors qu'elle est matériellement en conflit avec la coutume selon la CIJ, la coutume selon le TPIY, telle qu'elle informe sa jurisprudence, ouvre la voie à une fragmentation du droit international pénal, voire du droit international général (voir G. Mettraux, *op. cit.*, p. 15, où l'auteur cite l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3).

93. C'est au droit coutumier qu'on attribue généralement le rôle le plus dynamique dans le développement du droit conventionnel, tant en ce qui concerne la portée des obligations qu'il établit qu'en ce qui concerne leur teneur. La question d'une modification éventuelle des règles matérielles de la Convention par la coutume a été généralement négligée, bien qu'elle présente une importance considérable.

La coutume est-elle en mesure de modifier une règle qui appartient au *corpus juris cogentis*?

Les caractéristiques propres du droit coutumier, d'un côté, et la force juridique des règles du *corpus juris cogentis*, de l'autre, dictent la réponse à cette question, qui est nécessairement négative.

La souplesse de la coutume, qui est une caractéristique favorable du point de vue de la création de normes péremptoires, s'accompagne d'un inconvénient, qui est qu'en général les règles coutumières ne prennent forme que lentement et laborieusement. S'ajoutant au flou et à l'imprécision de la coutume, cette lenteur constitue un lourd handicap dans le jeu global des relations réglementées par le droit international. Pour citer Friedmann, «la coutume est un critère trop approximatif et trop lent pour accompagner l'évolution du droit international de notre temps» (W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 122).

C'est précisément pour cette raison que les avantages de la coutume comme source de certaines normes péremptoires de droit international général sont en même temps et dans certains cas un inconvénient, sinon un obstacle, lorsqu'il s'agit de formuler de nouvelles normes péremptoires ou de modifier des normes existantes.

94. Ainsi, le mécanisme même de création d'une règle coutumière internationale par la répétition constante et continue d'un certain comportement, confirmée par l'*opinio juris*, ne permet pas d'atteindre le statut reconnu à la norme impérative du droit international général; en particulier du point de vue des conséquences qu'entraînent nécessairement les actes contraires à une norme péremptoire commis par un Etat ou un

groupe d'Etats. D'un côté, la règle coutumière a pour caractéristique la régularité de certains comportements particuliers qui constituent l'élément matériel de la coutume; une régularité telle que les sujets de droit international acquièrent la conviction que cette pratique est l'expression d'une règle de conduite obligatoire. De l'autre, cette régularité devrait avoir une portée universelle, c'est-à-dire qu'elle devrait faire partie, directement ou indirectement, de la pratique de la très grande majorité des Etats qui composent la communauté internationale. Du fait que la coutume se forme de façon diffuse, une pratique aussi générale ne se constitue que par l'accumulation de toute sorte d'actes et de comportements individuels et communs (voir M. Wood, Rapporteur spécial de la Commission du droit international, «Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier», Nations Unies, doc. A/CN.4/672, 22 mai 2014).

Or la norme de *jus cogens* a pour caractéristique que tout acte qui y contrevient est nul et non avenu *ab initio*. En d'autres termes, une telle pratique n'a aucune validité juridique; elle ne saurait par conséquent constituer une forme régulière de création d'une norme de *jus cogens superveniens* dans un domaine déjà couvert par un régime de *jus cogens*.

95. La Commission du droit international a subtilement diagnostiqué l'impuissance naturelle de la coutume à modifier une règle de *jus cogens* dans son commentaire de l'article 50 du projet de convention de Vienne sur le droit des traités (qui sera l'article 53 du texte final). Elle constate en effet que «ce serait une erreur de considérer les normes de *jus cogens* elles-mêmes comme immuables et non susceptibles de modification» et conclut qu'«actuellement une modification d'une règle impérative *s'effectuerait probablement par voie de traité multilatéral général*» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, volume II, «Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session», p. 270, par. 4; les italiques sont de moi).

Seule une «coutume instantanée» serait apte à modifier une règle de *jus cogens*; or une telle conception de la coutume ne fait pas encore partie du droit positif.

96. La conception du droit coutumier selon le TPIY est très dangereuse pour l'intégrité normative du droit international. Conception pour l'essentiel subjective, coupée des racines profondes du droit coutumier qui plongent dans le Statut de la Cour en tant qu'il fait partie de l'ordre public international, mainmise judiciaire sur la coutume, contradictoire non seulement *per se* mais aussi *in se*, elle est source de fragmentation dans la détermination du droit coutumier, y compris les règles de *jus cogens* de caractère coutumier.

97. On peut à bon droit voir dans cette idée la menace la plus grave de l'histoire récente du droit international contre la formation du droit coutumier. Réduire la «pratique générale» à des arrêts isolés de cours nationales, voire à des déclarations du Conseil de sécurité, et dériver l'*opinio juris* de ces actes, ou, allant encore plus loin, se contenter d'affirmer que telle ou telle règle a un caractère coutumier, non seulement contredit la conception de la coutume en droit positif telle qu'elle ressort

de la jurisprudence de la Cour, mais encore banalise la volonté de la communauté internationale tout entière en tant que source d'obligations de droit international, et en particulier d'obligations à caractère coutumier. En somme, la conception du droit coutumier selon le TPIY, véritable manifestation d'intégrisme judiciaire, semble incarner la métaphore de Lauterpacht qui fait de la coutume une blague métaphysique (H. Lauterpacht, «Sovereignty over Submarine Areas», *British Yearbook of International Law*, vol. 27, 1950, p. 394).

On ne saurait surestimer les dangers de cette conception du droit international selon le TPIY, car ses effets ne se limitent pas à l'activité judiciaire de ce tribunal et d'autres organes *ad hoc*. Pour plusieurs raisons, notamment une propension au raisonnement déductif basé sur des considérations métajuridiques, voire extrajuridiques, la Cour elle-même n'est pas entièrement à l'abri d'une telle conception.

98. De surcroît, l'assertion de la Cour voulant qu'un droit coutumier en matière de génocide ait existé avant l'adoption de la Convention est incertaine (arrêt, par. 87 et 88). Les arguments sur lesquels repose sa *conclusio* ne sont pas excessivement convaincants. Ce sont pour l'essentiel les suivants : i) «il est constant que la Convention consacre des principes qui font également partie du droit international coutumier»; et ii) «l'article premier dispose que «[l]es Parties contractantes confirment que le génocide ... est un crime du droit des gens» (arrêt, par. 87).

98.1. Le premier argument n'est en fait qu'une vigoureuse assertion qui manque de précision et de preuves. Dans son opinion juridique de 1951, la Cour a conclu à juste titre que «le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers», qui est cousin du génocide, «est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*; les italiques sont de moi). Il semble que, selon la Cour, «les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées», à savoir essentiellement «les principes de morale les plus élémentaires» (*ibid.*).

Au-delà de la question de savoir s'il y a équivalence entre, d'une part, les principes juridiques *stricto sensu* et, d'autre part, «la loi morale» et «les principes de morale les plus élémentaires», il semble que la création des règles juridiques applicables au génocide se soit guidée sur ces derniers plutôt que sur des règles proprement juridiques. Or l'expression «droit coutumier en matière de génocide» implique nécessairement et exclusivement des règles ou des règles et des principes. Des principes, si fondamentaux qu'ils soient, ne peuvent pas constituer un droit, y compris un droit en matière de génocide. Ou, à tout le moins, un droit opérationnel ou produisant des effets juridiques.

98.2. Le deuxième argument se fonde sur le sens du mot «confirme». Comme on ne peut confirmer que quelque chose qui existe, la convention sur le génocide exprimerait un «droit en matière de génocide» déjà constitué ou, d'un point de vue technique, représenterait la codification d'un droit coutumier préexistant en matière de génocide.

Il peut cependant exister une autre interprétation, parce qu'il semble que l'objet de la «confirmation» soit autre chose que le droit coutumier en matière de génocide.

Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté sa résolution 96 (I) relative au crime de génocide qui, entre autres dispositions,

«[a]ffirme que *le génocide est un crime de droit des gens* que le monde civilisé condamne, et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs» (les italiques sont de moi).

On peut lire dans le préambule de la convention sur le génocide que «[l]es Parties contractantes, [c]onsidérant que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, par sa résolution 96 (I) en date du 11 décembre 1946, a *déclaré que le génocide est un crime du droit des gens*» (les italiques sont de moi).

Il semble que la relation entre la résolution 96 (I) et la convention sur le génocide soit l'embryon d'un modèle d'activité normative en deux étapes qui, avec le passage du temps, est devenu un mode de création privilégié de traités multilatéraux généraux dans la pratique des Nations Unies (résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963 de l'Assemblée générale, Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique; Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, de 1967; la résolution 217 (III) du 10 décembre 1948 de l'Assemblée générale, Déclaration universelle des droits de l'homme; Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966). Selon ce modèle, une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée à l'unanimité ou à une très large majorité porte déclaration de principes généraux applicables à un domaine particulier, ces principes deviennent partie intégrante de la politique publique internationale, puis sont convertis en règles juridiques contraignantes sous la forme d'un traité international général, constituant ainsi ce que le juge Alvarez a pu appeler «la législation internationale» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, opinion dissidente du juge Alvarez, p. 49*).

99. A supposer, pour les besoins de l'argumentation, qu'un droit coutumier en matière de génocide ait existé avant l'adoption de la convention sur le génocide, on voit mal sur quelle pratique, et plus particulièrement sur quelle pratique générale, il était fondé. La Cour ne donne aucun élément attestant une pratique pertinente avant l'adoption de la Convention.

De plus, si cette pratique pertinente avait existé, on peut se demander pourquoi elle n'a pas été respectée par les tribunaux de Nuremberg et de

Tokyo qui ont été créés précisément à un moment où cette pratique est censée avoir été constituée.

La thèse voulant qu'un droit coutumier en matière de génocide ait existé avant l'adoption de la Convention a-t-elle pour corollaire que les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo n'en étaient pas conscients, à moins qu'ils n'aient peut-être choisi délibérément de l'ignorer?

*1.2. Des effets compromettants sur la jurisprudence de la Cour en matière de génocide*

100. Accepter sans les critiquer les conclusions juridiques du TPIY, c'est-à-dire en fait les confirmer, risque de compromettre la détermination par la Cour des règles pertinentes de la convention sur le génocide.

Il existe une raison objective qui introduit ou peut introduire une différence entre le droit en matière de génocide incarné dans la convention sur le génocide et le droit en matière de génocide appliqué par les deux tribunaux *ad hoc*.

Le droit appliqué par le TPIY en matière de génocide ne saurait être assimilé au droit en matière de génocide établi par la Convention. En fait, la jurisprudence du TPIY constitue un développement progressif du droit en matière de génocide incarné dans la Convention, plutôt que l'application de ce droit. L'article 4 du Statut du TPIY n'est qu'une disposition d'un texte qui résulte d'un acte unilatéral de l'un des principaux organes des Nations Unies. En l'absence de tout renvoi à la convention sur le génocide, cette disposition ne saurait changer de nature du simple fait qu'elle reproduit le libellé de l'article II de la Convention.

101. On ne sera donc pas surpris de trouver dans la jurisprudence de la Cour, en ce qui concerne le droit en matière de génocide, un écart entre l'interprétation des dispositions pertinentes de la Convention, qui s'en tient en règle générale à la lettre de ladite Convention, et l'application de ces dispositions, qui est basée sur une acceptation *in toto* de la décision du TPIY, laquelle va pourtant en sens contraire.

J'en donnerai deux exemples qui ont trait à des dispositions cruciales de la Convention.

102. Le premier exemple concerne la définition de la notion de destruction du groupe protégé.

La Cour constate que, d'après les travaux préparatoires de la Convention, le champ d'application de celle-ci est limité à la destruction physique ou biologique du groupe (arrêt, par. 136). Cette constatation est dûment respectée dans l'ensemble de l'arrêt.

Ainsi, la Cour se dit d'avis que,

«dans le contexte de l'article II, en particulier son chapeau, et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, le sens ordinaire du terme «grave» est que l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale visée par le *litt. b*) de l'article II doit être telle qu'elle contribue à la destruction physique ou biologique du groupe...» (*ibid.*, par. 157, voir aussi les par. 160 et 163).

103. Or la « destruction » dont parle le TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* s'entend d'une destruction en termes sociaux plutôt que physiques ou biologiques.

Dans l'affaire *Krstić*, la chambre de première instance a conclu, entre autres, que la destruction d'un nombre important d'hommes en âge de porter les armes « entraîner[ait] inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica » (*Krstić*, IT-98-33, jugement de première instance, 2 août 2001, par. 595), puisque « leurs épouses ne [seraient] pas en mesure de se remarier et donc d'avoir d'autres enfants » (*ibid.*, arrêt d'appel, 19 avril 2004, par. 28). Une telle conclusion exprime l'idée d'une destruction sociale plutôt que physique ou biologique.

Cette conception d'une destruction qui serait d'ordre social est encore plus évidente dans l'affaire *Blagojević*. La chambre de première instance a appliqué « une interprétation plus large du terme « détruire » qui inclurait des actes « dont la commission n'a pas entraîné la mort de la victime » » (*Blagojević et Jokić*, IT-02-60, jugement de première instance, 17 janvier 2005, par. 662; les guillemets sont dans l'original); or une telle interprétation ne cadre pas avec le sens du terme « détruire » utilisé dans la convention sur le génocide. C'est pourquoi la chambre de première instance s'appuie sur un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande aux termes duquel

« la définition juridique du génocide défend l'idée d'une protection juridique qui, par-delà l'individu, s'étend à l'existence *sociale* du groupe [et que] l'intention de détruire le groupe ... va au-delà de l'extermination physique et biologique... Par conséquent, le texte de loi n'implique pas que l'intention du coupable soit d'exterminer physiquement au moins une partie importante des membres du groupe. » (*Ibid.*, par. 664; les italiques et les points de suspension sont dans l'original.)

Selon cette interprétation, « le terme « détruire » figurant dans la définition du génocide peut s'étendre au transfert forcé d'une population » (*ibid.*, par. 665).

104. La conclusion du Tribunal contredit donc le *dictum* de la Cour selon lequel « 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 » (arrêt de 2007, par. 190).

C'est sur ces conclusions du TPIY que s'est appuyée la Cour pour conclure que des actes de génocide avaient été commis à Srebrenica (*ibid.*, par. 296-297).

Il convient d'ajouter, et il faut s'en féliciter, que le cas de Srebrenica illustre parfaitement le caractère subjectif de la destruction entendue dans un sens sociologique. L'un des principaux arguments du TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* était en effet que la destruction d'un nombre important d'hommes en âge de porter les armes « entraîner[ait] inévitablement la dispa-

rition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica» (*Krstić*, IT-98-33, jugement de première instance, 2 août 2001, par. 595)

La vie, cependant, a démenti la prédiction du Tribunal. Après la signature de l'Accord de Dayton, la communauté musulmane de Srebrenica a été reconstituée, si bien qu'aujourd'hui les deux communautés — serbe et musulmane — sont numériquement égales. Une autre preuve de la reconstitution de la communauté musulmane réside dans le fait qu'un représentant de cette communauté a été élu maire de Srebrenica aux dernières élections municipales.

105. Le deuxième exemple concerne la pertinence du droit coutumier en matière de génocide pour les différends portés devant la Cour sur le fondement de l'article IX de la convention sur le génocide.

Dans le présent arrêt, la Cour a examiné de près le droit coutumier en matière de génocide et tiré de cet examen de justes conclusions exprimées clairement et sans ambiguïté.

La Cour a fermement déclaré que

«[I]l fait que la compétence de la Cour en l'espèce repose exclusivement sur l'article IX a une incidence importante sur son étendue. La compétence prévue par cette disposition est limitée aux différends relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat pour génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III.» (Arrêt, par. 85.)

Cette déclaration s'appuie sur le raisonnement suivant :

«la compétence de la Cour repose exclusivement sur l'article IX de la convention sur le génocide et est en conséquence limitée aux obligations imposées par la Convention elle-même. Lorsqu'un traité énonce une obligation qui existe également en droit international coutumier, l'obligation résultant du traité et celle du droit coutumier demeurent distinctes (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 96, par. 179). En conséquence, à moins que le traité ne fasse apparaître une intention différente, le fait que ce dernier sanctionne une règle du droit international coutumier ne signifie pas que la clause compromissaire qu'il contient permette de porter devant la Cour les différends concernant l'obligation existant en droit coutumier. S'agissant de l'article IX de la convention sur le génocide, on ne discerne aucune intention à cet effet. Au contraire, son libellé indique clairement que la compétence qu'il prévoit est limitée aux différends concernant l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat pour génocide ou tout autre acte prohibé par la Convention. Il n'offre aucun fondement permettant à la Cour de connaître d'un différend portant sur la violation supposée des obligations qu'impose le droit international coutumier en matière de génocide.» (Arrêt, par. 88.)

Il convient de noter que la position de la Cour en l'espèce était exprimée en termes similaires, bien que plus généraux, dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*.

La Cour déclarait alors que «[l]a compétence de la Cour en l'espèce n'est fondée que sur l'article IX de la Convention» (arrêt de 2007, p. 104, par. 147).

Certes, la Cour poursuivait ainsi :

«Que la Cour tire sa compétence de l'article IX de la Convention et que les différends qui relèvent de cette compétence portent sur «l'interprétation, l'application ou l'exécution» de la Convention n'a pas nécessairement pour conséquence que seule doive entrer en ligne de compte cette Convention. Afin de déterminer si, comme le soutient le demandeur, le défendeur a violé l'obligation qu'il tient de la Convention et, s'il y a eu violation, d'en déterminer les conséquences juridiques, la Cour fera appel non seulement à la Convention proprement dite, mais aussi aux règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.» (*Ibid.*, p. 105, par. 149.)

Cependant, il semble clair que les règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités ne peuvent avoir pour objet *in concreto* que la convention sur le génocide elle-même. Ces règles, en tant que règles régissant l'interprétation de la Convention, ne sauraient introduire par la bande le droit coutumier en matière de génocide dans le droit matériel applicable en l'espèce. La situation semble tout aussi claire en ce qui concerne les règles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Comme il s'agit de règles essentiellement secondaires, elles sont impuissantes à modifier la nature des règles primaires énoncées dans la convention sur le génocide.

106. Or, le jugement du TPIY en l'affaire *Krstić* était fondé, comme le Tribunal l'a déclaré textuellement, sur «l'état du droit international coutumier à l'époque des événements de Srebrenica» (*Krstić*, IT-98-33, chambre de première instance, jugement, 2 août 2001, par. 541).

Il appert donc que la Cour, ayant conclu qu'elle «ne voyait] pas de raison de s'écarter des conclusions concordantes de la chambre de première instance et de la chambre d'appel» dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* (arrêt de 2007, p. 166, par. 296), a outrepassé sa compétence, à en juger par ce qu'elle dit aux paragraphes 87 et 88 du présent arrêt, puisque l'article IX lui confère compétence *exclusivement* pour ce qui concerne «l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention» et que cette compétence «ne s'étend pas aux allégations concernant la violation du droit international coutumier en matière de génocide» (arrêt, par. 87; les italiques sont de moi), si bien que l'article IX «n'offre aucun fondement permettant à la Cour de connaître d'un différend portant sur la violation supposée des obligations qu'impose le droit international coutumier en matière de génocide» (*ibid.*, par. 88; les italiques sont de moi).

## 2. Un génocide a-t-il été commis en Croatie?

107. L'essence du crime de génocide réside dans le fait de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.

108. Pour qu'il y ait acte de génocide, il faut que l'acte considéré réponde aux conditions définies par le corpus juridique établi par la Convention. Les actes énumérés aux *litt. a) à e)* de l'article II sont non pas des actes de génocide en eux-mêmes, mais seulement l'expression physique ou matérielle d'une intention génocidaire. En l'absence d'un lien direct avec l'intention génocidaire, les actes énumérés à l'article II de la Convention sont simplement des actes punissables sous d'autres incriminations, telles que celles de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité.

109. Le génocide comme crime distinct se caractérise par un élément subjectif, qui est l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Cet élément subjectif est la *differentia specifica* qui distingue le génocide des autres crimes internationaux avec lesquels il partage en grande partie le même élément objectif. Quel que soit le degré d'atrocité d'un acte donné et si proche qu'il puisse être de l'un des actes énumérés dans la Convention, cet acte ne peut pas être taxé de génocide si l'intention spécifique en est absente (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission, compte rendu analytique de la 69<sup>e</sup> séance*).

110. Il semble que quatre éléments puissent être distingués dans l'intention génocidaire: *a)* le degré de l'intention; *b)* le fait de détruire; *c)* un groupe national, ethnique, racial ou religieux; *d)* en tout ou en partie. Bien qu'ils soient distincts, ces quatre éléments constituent, par leur effet cumulatif, un tout juridique qui caractérise l'intention génocidaire comme élément subjectif du crime de génocide. Qu'un seul d'entre eux soit absent, et l'intention ne peut plus être qualifiée de génocidaire. En tant qu'unité juridique, ces éléments pris *in corpore* montrent que l'intention génocidaire n'est pas simplement quelque chose qui s'ajouterait aux actes matériels susceptibles de détruire un groupe humain. C'est une qualité intégrante et infuse de ces actes considérés individuellement, une qualité qui les transforme de simples actes punissables qu'ils étaient en actes de génocide. Autrement dit, l'intention est une caractéristique qualitative du génocide qui le distingue de tous les autres crimes, c'est en réalité son élément constitutif *stricto sensu*.

Le TPIR a suivi un raisonnement analogue.

Dans l'affaire *Kanyarukiga*, la chambre de première instance a notamment déclaré ce qui suit :

«Pour fonder une déclaration de culpabilité pour génocide, l'atteinte physique ou mentale des membres d'un groupe protégé doit être d'une gravité telle qu'elle risque de mener à la destruction, en tout ou en partie, du groupe visé.» (*Kanyarukiga*, ICTR-02-78-T, jugement, 1<sup>er</sup> novembre 2010, p. 158, par. 637; voir aussi *Ndahimana*, ICTR-01-68-T, jugement, 30 décembre 2011, p. 173, par. 805.)

111. En la présente espèce, des critères «quantitatifs» — du point de vue de la taille du groupe et de l'homogénéité de sa composition numérique — semblent devoir être appliqués, étant donné qu'aucune des Parties n'a présenté d'éléments appelant l'application de critères qualitatifs, au sens d'une destruction des plus hauts dirigeants du groupe.

En règle générale, le critère quantitatif prend la forme d'une partie «substantielle» du groupe, c'est-à-dire «une forte proportion du groupe en question» (*Jelisić*, IT-95-10, jugement, 14 décembre 1999, p. 26, par. 82). Ainsi que le TPIY l'a souligné,

«il faut tenir compte au premier chef de l'importance numérique du groupe visé... Le nombre de personnes visées doit être considéré dans l'absolu, mais aussi par rapport à la taille du groupe dans son ensemble.» (*Krstić*, IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 12; voir aussi *Brđanin*, IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 702; *Tolomir*, IT-05-88/2-T, jugement, 12 décembre 2012, par. 749; *Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, jugement, 17 janvier 2005, par. 668.)

112. La Croatie affirme que plus de 12 500 personnes ont été tuées (CR 2014/6, p. 45, par. 13). Il convient toutefois de relever que les éléments de preuve liés à la structure ethnique des victimes et au nombre d'entre elles qui ont été tuées alors qu'elles prenaient part, en qualité de membres d'unités militaires, à des opérations militaires, font défaut. Or, au regard de l'objectif de destruction qui caractérise le crime de génocide et de son caractère spécifiquement collectif, pareils éléments se révéleraient d'une importance cruciale. Le génocide vise des individus en nombre en tant qu'ils constituent ou représentent un groupe, et non *ad personam*.

La Commission du droit international a précisé ce point comme suit :

«L'acte prohibé (génocide) doit être commis en raison de l'appartenance de la victime à un certain groupe et à titre de mesure concourant à la réalisation de l'objectif global de destruction du groupe... [L]'intention doit être de détruire le groupe «comme tel», c'est-à-dire comme entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe.» (Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10, Nations Unies, doc. A/51/10/1556, p. 88.)

112.1. Même en supposant — ce qui n'est pas le cas — que toutes les victimes concernées aient été tuées en raison de leur appartenance au groupe, le chiffre de 12 500 victimes pourrait difficilement être considéré comme constituant une «partie substantielle» dudit groupe. Au cours de la période considérée, si l'on en croit les données tirées du recensement effectué en Croatie en 1991, les personnes de nationalité croate étaient au nombre de 3 736 356 ([http://bs.wikipedia.org/wiki/Popis\\_stanovni%C5%A1tva\\_u\\_Hrvatskoj\\_1991](http://bs.wikipedia.org/wiki/Popis_stanovni%C5%A1tva_u_Hrvatskoj_1991)).

112.2. S'agissant de la question du *dolus specialis*, on signalera que le chef d'état-major de la première région militaire, qui opérait à Vukovar et, plus

généralement, en Slavonie orientale, n'était autre que le général Andrije Silić, un Croate (nommé par la suite inspecteur général des forces armées, c'est-à-dire, de la JNA) (<http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/79367-popis-general-a-jna-iz-hrvatske-samo-sedam-ih-se-pridruzilo-hv-u.html>).

112.3. Le général Anton Tus, qui était croate, se trouvait à la tête des forces aériennes yougoslaves lors de la bataille de Vukovar. Pour reprendre les mots de l'*Hebdomadaire croate de la culture, de la science et des questions sociales*, «vingt jours à peine avant la chute de Vukovar, il a changé son fusil d'épaule», et est devenu le premier chef de l'état-major général des forces armées croates (<http://www.hrvatski-fokus.hr/index.php/hrvatska/3812-anton-tus-sada-popuje-a-samo-20-dana-prije-pada-vukovara-odabrao-je-stranu>).

Il convient par ailleurs de rappeler que les formations armées croates comptaient dans leurs rangs entre 10 000 et 20 000 Serbes (<http://www.jutarnji.hr/davor-butkovic--i-srbi-su-branili-hrvatsku/901195/>)

113. De son côté, la Serbie soutient que

- i) le nombre total de victimes serbes s'élève à 6381 (contre-mémoire, vol. V, annexe 66, liste des victimes serbes sur le territoire de la Croatie, 1990-1998; exposé écrit du témoin-expert Savo Strbac (4.2.2.); liste mise à jour des victimes serbes, peut être consultée sur le site Internet du centre d'information documentaire Veritas (<http://www.veritas.org.rs/srpske-zrtve-rata-i-poraca-na-podrucju-hrvatske-i-bivse-rsk-1990-1998-godine/spisak-nestalih/>);
- ii) les victimes tuées pendant et après l'opération «Tempête» étaient au nombre de 1719 (CR 2014/13, p. 15, par. 16 (Obradović), citant la liste, publiée par Veritas, des victimes de l'opération «Tempête» (<http://www.veritas.org.rs/wp-content/uploads/2014/02/Oluja-direktne-zrtve-rev2014.pdf>).

Selon les chiffres tirés du recensement effectué en Croatie en 1991, 581 663 personnes appartenant au groupe national et ethnique serbe résidaient alors sur le territoire de la Croatie. En proportion de la taille totale du groupe national et ethnique serbe vivant en Croatie, il apparaît que le nombre total de victimes ne satisfait pas au critère de «partie substantielle» du groupe.

L'opération «Tempête» semble davantage relever d'un «nettoyage ethnique» que d'un génocide au sens de la Convention.

Ainsi que la Cour l'a précisé dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*:

«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: 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 destruc-

tion dudit groupe, et une telle destruction ne résulte pas non plus automatiquement du déplacement forcé.» (Arrêt de 2007, p. 123, par. 190.)

114. En conclusion, s'il semble incontestable que des atrocités et des crimes horribles ont été commis de part et d'autre au cours de la tragique guerre civile qui s'est déroulée en Croatie, ces crimes ne sauraient, au regard des règles de droit issues de la Convention, être qualifiés de génocide. Ils relèvent davantage de la catégorie des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, ainsi qu'il ressort notamment de la jurisprudence du TPIY.

### 3. *Question de l'incitation à commettre le génocide*

115. Le point sur lequel je suis respectueusement en désaccord est celui de l'incitation au génocide. A mon avis, les rapports entretenus par le régime du président Tudjman avec l'idéologie oustachie et l'héritage du Nezavisna Država Hrvatska (NDH), accompagnés par de nombreux actes et omissions, justifiaient de conclure qu'il y avait eu incitation directe et implicite au génocide (*Akayesu*, ICTR-96-4, jugement, 2 septembre 1998, par. 557).

#### 3.1. *Question de l'incitation à commettre le génocide en tant que crime inchoatif*

#### 3.2. *L'incitation au sens du litt. c) de l'article III de la Convention*

116. L'incitation directe et publique est un acte punissable au titre du *litt. c)* de l'article III de la Convention. S'agissant de cet acte, les trois éléments suivants méritent d'être définis : incitation, directe et publique.

117. Dans les systèmes de *common law*, l'incitation est définie comme le fait d'encourager autrui à commettre une infraction ou de le persuader de le faire (A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 1995, p. 462). Les menaces et autres formes de pression constituent également une forme d'incitation (*ibid.*). Dans les systèmes de droit civil, l'incitation — ou provocation — directe et publique est définie comme suit :

«Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches, exposés aux regards du public, soit par tout autre moyen de communication audiovisuelle, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre un crime ou un délit.» (Code pénal français, loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 et loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985, cité dans *Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, par. 555, note 124.)

118. Dans le projet de convention élaboré par le comité spécial du génocide, l'incitation publique est définie comme une incitation prenant la forme

««d[e] discours publics, ou dans la presse, par la radio, le cinéma ou d'autres procédés visant à atteindre le public», tandis qu'une incitation est considérée comme privée quand elle «se fait par le moyen de conversations, de réunions privées, de messages»» (commentaires des articles adoptés par le Comité, Nations Unies, doc. E/AC 25W.I, 27 avril 1948, p. 2).

Selon la Commission du droit international, pour être qualifiée de publique, l'incitation doit être adressée «à un certain nombre d'individus dans un lieu public ou au public en général ... ou en passant par des médias comme la radio ou la télévision» (*ibid.*).

Seule l'incitation publique a été considérée par les tribunaux internationaux comme une infraction inchoative. L'incitation publique est dangereuse en ce qu'elle «mène à l'instauration d'un climat de haine et de xénophobie, et se caractérise notamment par une influence exercée sur les esprits» (W. K. Timmermann, «Incitement in International Criminal Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, décembre 2006, p. 825).

La jurisprudence du TPIR contient de nombreuses références à l'instauration d'un état d'esprit particulier de nature à pousser les membres du public à commettre des actes de génocide.

119. La notion d'incitation directe semble avoir été définie dans l'affaire *Akayesu*. Le Tribunal a ainsi fait observer «que l'incitation pren[ait] une forme directe et provoqu[ait] expressément autrui à entreprendre une action criminelle et qu'une simple suggestion, vague et indirecte, [était] quant à elle insuffisante pour constituer une incitation directe» (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, par. 557). Il a ajouté :

«il est approprié d'évaluer le caractère direct d'une incitation à la lumière d'une culture et d'une langue données... La Chambre rappelle qu'une incitation peut être directe et néanmoins implicite. Ainsi, le délégué polonais avait indiqué, lors de la rédaction de la convention sur le génocide, qu'il suffit d'agir habilement sur la psychologie des foules en jetant la suspicion sur certains groupes en insinuant qu'ils sont responsables de difficultés économiques ou pour créer l'atmosphère propice à l'exécution du crime.» (*Ibid.*)

Le contexte dans lequel ont été faites certaines déclarations revêt la plus grande importance aux fins de déterminer si elles sont de nature à constituer une incitation au génocide. A cet égard, le TPIR a notamment déclaré ce qui suit :

«la signification d'un message peut être intrinsèquement liée au contexte dans lequel il est formulé. De l'avis de la Chambre d'appel, la Chambre de première instance a correctement conclu qu'il y avait lieu de considérer l'impact potentiel des propos dans leur contexte particulier — notamment comment le message serait perçu par ses

destinataires — pour déterminer si ces propos constituent de l'incitation directe et publique à commettre le génocide.» (*Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, arrêt, 28 novembre 2007, par. 711.)

Le principal aspect à prendre en compte est le sens des mots dans leur contexte spécifique :

«Il importe peu que le message puisse apparaître équivoque pour un public différent ou dans un contexte différent. En revanche, si le discours reste équivoque même lorsque le contexte est pris en compte, alors il peut être conclu au-delà de tout doute raisonnable que le discours en question constituait de l'incitation directe et publique à commettre le génocide.» (*Ibid.*, par. 701.)

Bien évidemment, les déclarations de cette nature faites par des responsables sont un cas à part, en ce que ces déclarations «seront davantage susceptibles, dans les faits, de favoriser la commission d'un génocide que des déclarations analogues qui auraient été faites par des individus qui ne seraient pas investis des mêmes pouvoirs... En outre, ces déclarations peuvent être révélatrices d'un réel désir de favoriser la commission d'un génocide.» (T. Mendel, *Study on International Standards relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred*, étude réalisée pour le conseiller spécial des Nations Unies pour la prévention du génocide, avril 2006, p. 64-65.)

### 3.3. *L'idéologie oustachie en tant qu'idéologie génocidaire*

120. Deux éléments distincts caractérisent l'idéologie oustachie dans ce contexte particulier. Premièrement, certaines thèses relatives à l'origine ethnique des Croates et, deuxièmement, la perception de la Croatie en tant qu'Etat. Dans l'idéologie du mouvement oustachi, ces deux caractéristiques sont organiquement et indissociablement liées.

121. A rebours de la thèse de l'origine slave des Croates soutenue par des intellectuels et des hommes politiques croates progressistes au début du XIX<sup>e</sup> siècle (notamment A. Trumbić, du parti paysan croate (*Hrvatska seljačka stranka*)), les partisans de l'idéologie oustachie soutenaient que les Croates sont d'origine aryenne.

Comme l'a fait observer un historien croate connu, Nevenko Bartulin, professeur à la faculté de philosophie de Split, dans sa thèse de doctorat intitulée «The ideology of nation and race: the Croatian Ustasha regime and its policies toward minorities in the Independent State of Croatia, 1941-1945» qu'il a soutenue en 2006 à l'Université de Nouvelle-Galles du Sud, ces enseignements oustachis sur l'origine ethnique des Croates ont été fortement influencés par I. von Suedland (1874-1933) et Milan Sufflay (1879-1931).

Suedland, qui est en réalité le nom d'emprunt de l'historien et sociologue croate Ivo Pilar, prétendait que

«les Croates avaient bien davantage préservé l'héritage «aryen-nordique» de leurs ancêtres slaves que les Serbes qui, dans une large mesure, s'étaient croisés avec les Valaques balkano-romans... Les Serbes ... avaient apparemment hérité des principales caractéristiques physiques des Valaques — cheveux noirs, yeux foncés et peau basanée —, et que ces caractéristiques étaient probablement le résultat du métissage des Valaques et des Gitans.» (N. Bartulin, *op. cit.*, p. 176-177.)

Selon Pilar, les différences physiologiques entre Croates et Serbes s'accompagnent de différences essentielles dans le rôle social que jouent ces deux peuples. Il considère que

«les Valaques, qui forment le cœur du peuple serbe, étaient *nuisibles à l'harmonie et au progrès social des Etats dans lesquels ils vivaient*. C'était une race de bergers nomades et de bandits ravageurs ... les Serbes étaient des marchands accomplis... Tandis que les Croates se caractérisaient par les valeurs et les vertus de leur noblesse, seule aristocratie héréditaire des Balkans...» (*Ibid.*, p. 177-178; les italiques sont de moi.)

Pilar étend ses considérations aux Grecs contemporains, dans lesquels il voyait «les descendants de Slaves et d'Albanais», et par conséquent un «peuple de bons à rien métissés «qui n'avait ni la force matérielle, ni la force morale» suffisante pour hériter de l'autorité des successeurs de l'Empire romain» (*ibid.*, p. 178).

Quant à Sufflay, il semble qu'il ait été motivé principalement par le chauvinisme qu'entraîne nécessairement la thèse de l'appartenance des Croates à la race aryenne supérieure. Selon lui, le nationalisme croate est entièrement positif, car il repose sur «des raisons éthiques supérieures, à savoir la défense de la civilisation occidentale» (M. Sufflay, *Caractéristiques de la nation croate et de la Croatie à la lumière de l'histoire et de la politique mondiale, Douze essais*, réimpression, Nova hrvatska povjesnica, Zagreb, 1999, p. 40-41). En soi, il s'agit non pas d'un nationalisme local, mais plutôt d'un «service loyal rendu à l'Occident blanc» (*ibid.*).

122. Les enseignements sur l'origine aryenne des Croates et leur supériorité raciale ont fatalement influencé la conception de l'Etat croate défendue par les Oustachis. Dans «Les Principes du mouvement oustachi» de 1933, le chef du mouvement oustachi, Ante Pavelić, a énuméré les dix-sept principes qui sont «devenus des dogmes pour les membres du mouvement oustachi ... et constituent le noyau autour duquel le système juridico-constitutionnel (si tant est que l'on puisse l'appeler ainsi) de l'Etat indépendant de Croatie viendrait à se constituer» (N. Bartulin, *op. cit.*, p. 164).

Un certain nombre de ces principes revêtent un intérêt particulier pour la présente affaire. Selon le premier d'entre eux, «la nation croate constitue une entité ethnique autonome, elle est une nation à part entière qui, d'un point de vue ethnique, se distingue de toutes les autres et ne représente ni une partie ni une tribu d'une quelconque autre nation». Selon le

septième principe, les Croates ont conservé leur propre Etat à travers les siècles jusqu'à la fin de la première guerre mondiale et, partant, ont le droit de «rétablir cet Etat sur la totalité de son territoire ethnique et historique», et ce, par tous les moyens (huitième principe).

Suivant le onzième principe, «quiconque n'est pas membre de la nation croate par ses ascendants et par le sang ne saurait décider des affaires de l'Etat et de la nation croates». Le quatorzième principe veut qu'un individu n'a pas de droits propres, puisqu'il n'existe qu'en tant que partie d'un tout, à savoir «la nation et l'Etat» (voir Victor Novak, *Magnum crimen*, 2011, p. 723-724).

Selon Pavelić, l'Etat croate devait s'appuyer sur la théorie de l'Etat historique, tout en niant aux autres peuples le droit de disposer d'eux-mêmes. A un meeting des jeunes du HSP organisé en septembre 1928 à Zagreb, il a expressément déclaré que les Croates n'avaient que faire du droit à l'autodétermination du président Wilson, car «nous avons déjà notre droit à notre Etat historique et, en vertu de ce droit, nous voulons la libération de la Croatie» (Jareb, *Political Recollections and Work of Dr. Branimir Jelić*, Cleveland, Mirko Samija, 1982, p. 251; N. Bartulin, *op. cit.*, p. 165-166). Pierre angulaire de la Croatie indépendante, cette théorie du droit à l'Etat historique a permis à des juristes pro-oustachis de considérer l'Etat comme une notion constituée du «territoire, de la nation et du droit à l'Etat» (le professeur Fran Milobar par exemple, voir Jareb, *op. cit.*, p. 253; N. Bartulin, *op. cit.*, p. 156).

Cet historicisme juridique signifiait que les Croates «détenaient des droits exclusifs sur le territoire couvrant le NDH, en dépit du nombre non négligeable de non-Croates qui s'y trouvaient» (*ibid.*, p. 275).

123. En matière d'organisation interne, l'idéologie oustachie prônait une Croatie indépendante basée sur le «Führerprinzip», étant donné que «tous les pouvoirs du NDH relevaient du «Poglavnik» («Führers»), qui n'était quant à lui responsable que devant «l'histoire et sa propre conscience»» (*ibid.*, p. 279; Slaven Pavlič, «Tko je tko in NDH» (Qui fait quoi dans l'Etat indépendant de Croatie), *Hrvatska 1941-1945*, Zagreb, Minerva, 1997, p. 477). Le modèle de l'Allemagne nazie était justifié par les déficiences du principe démocratique, qui avait «quasiment ruiné le monde en abolissant toute distinction entre le bien et le mal; autrement dit, la démocratie était tenue pour responsable du relâchement des mœurs» (D. Zanko, «Etička osnova ustaštva» (Les fondements éthiques de l'idéologie oustachie), *Ustaški godišnjak 1943* (Annuaire oustachi 1943), p. 187).

124. Il apparaît clairement que l'Etat croate, issu de l'idéologie oustachie, reposait sur une logique génocidaire. Il s'agissait d'une copie de l'idéologie nazie limitée *ratione loci* à certaines parties du Royaume de Yougoslavie.

Ce n'est qu'en s'appuyant sur un modèle génocidaire que l'idéologie oustachie pouvait créer un Etat ethniquement pur constitué d'un peuple aryen supérieur partageant son espace avec des Serbes et des Juifs «nuisibles à l'harmonie et au progrès social des Etats dans lesquels ils

vivaient». Sans ce modèle, la création d'un Etat croate oustachi était tout simplement impossible.

« Le génocide oustachi visait deux objectifs principaux : l'un consistant à établir, pour la première fois de l'histoire contemporaine, un Etat-nation croate, l'autre, concomitant, à «se débarrasser des minorités ethniques, raciales et religieuses considérées par les Oustachis comme étrangères et représentant une menace pour l'unité organique de la nation croate». » (N. Bartulin, *op. cit.*, p. 11.)

Non seulement ces deux objectifs sont unis par un lien organique, mais encore la réalisation du premier implique nécessairement l'élimination des groupes nationaux qui ne cadrent pas avec la matrice de la nation croate aryenne. Si les groupes ethniques et religieux non croates sont «à la fois étrangers et dangereux pour l'unité organique de la nation croate, pourquoi devraient-ils être préservés?» (En d'autres termes, l'annihilation de ces groupes peut être déduite de l'essence même de l'idéologie oustachie.) En ce qui concerne les Serbes, la logique génocidaire avait été précisée. Comme l'a fait observer Viktor Novak, académicien et historien croate influent au sortir de la seconde guerre mondiale, le principal idéologue et numéro 2 de l'Etat indépendant de Croatie, Mile Budak, avait exposé le schéma du génocide lors du grand rassemblement de Gospić : « Nous tue-rons une partie des Serbes, désorganiserons l'autre partie et convertirons le reste à la religion catholique pour en faire des Croates. » (Cité par Viktor Novak, *Magnum Crimen*, Gambit, Jagodina, 2011, p. 786-787.)

En substance, l'idéologie oustachie consiste en un plan génocidaire visant à détruire le groupe national serbe en Croatie et dans certaines parties du territoire du Royaume de Yougoslavie qui, selon la conception oustachie, font partie de la Grande Croatie.

#### 3.4. Proclamation du NDH : l'idéologie oustachie devient politique d'Etat

125. L'Etat oustachi, le prétendu «Etat indépendant de Croatie» (NDH), a été officiellement proclamé à Zagreb le 10 avril 1941, au nom de Pavelić et «par la volonté de notre alliée» (l'Allemagne) ; il couvrait les territoires de la Croatie historique, ainsi que le Međumurje, la Slavonie, la Dalmatie, la Bosnie-Herzégovine et une grande partie de la Voïvodine (Fikreta Jelić-Butić, *Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941-1945* (Les Oustachis et l'Etat indépendant de Croatie 1941-1945), Zagreb, 1977, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1977, p. 67).

126. A la suite de la proclamation du NDH, un certain nombre de mesures ont été prises en vue de mettre en application l'idéologie oustachie en ce qui concerne les Serbes, les Juifs et les Roms. Ces mesures peuvent être regroupées en deux catégories : d'une part, des mesures législatives, d'autre part, des mesures institutionnelles, c'est-à-dire visant à la création de structures pour assurer la mise en œuvre des premières. Ces deux catégories de mesures interdépendantes étaient destinées à créer un

«espace Etatique croate pur» qui permettrait à une «nation croate pure» de voir le jour. La condition essentielle à la réalisation de cet objectif était l'«extermination», en premier lieu, des Serbes et des Juifs, qualifiés de «principaux ennemis du peuple croate», et qui «n'[avaient donc] pas leur place en Croatie» (Fikreta Jelić-Butić, *op. cit.*, p. 158).

127. L'établissement des camps de concentration s'est déroulé en deux phases.

Durant la première phase, des «camps d'accueil» ont été mis en place; il s'agissait de lieux de séjour temporaire pour les personnes qui avaient été arrêtées, principalement des Serbes, à partir desquels ces personnes étaient envoyées dans les camps de concentration (*ibid.*, p. 185). Pour reprendre les termes du «Dispositif juridique relatif au placement forcé des personnes ayant un comportement répréhensible ou dangereux dans des camps d'accueil et de travail forcé», ces personnes étaient «des personnes ayant des comportements répréhensibles, qui constitu[aient] une menace pour l'ordre public et la sécurité ou [étaient] susceptibles de mettre en péril la paix et la tranquillité du peuple croate ou le succès de la lutte pour la libération menée par le Mouvement oustachi croate...» (*Narodne novine*, 26 novembre 1941).

La seconde phase a consisté en l'établissement de camps de concentration, ou camps de la mort. Ces camps ont été très nombreux dans la Croatie oustachie (Mirko Veršen, *Les Camps oustachis*, Zagreb, 1966, p. 29-36). Ils ont été créés peu de temps après la proclamation du NDH et, de fait, ont été les premiers camps de concentration en Europe, précédant même ceux de l'Allemagne nazie.

128. Le nombre exact des personnes tuées dans ces camps n'a pas pu être établi, principalement en raison du manque d'empressement des autorités, au lendemain de la seconde guerre mondiale, à déterminer avec précision et à communiquer les chiffres relatifs aux personnes décédées afin de ne pas attiser les divergences et dissensions interethniques. Il n'était pas question que le slogan «Fraternité et Unité» des peuples «yougoslaves», proclamé et strictement appliqué par J. B. Tito qui y voyait une condition nécessaire à la survie de la Yougoslavie, fût contredit de quelque manière que ce soit.

Il semble néanmoins incontestable que plusieurs centaines de milliers de personnes ont été tuées à Jasenovac. Selon les données recueillies par la Commission régionale croate d'enquête sur les crimes commis par les forces d'occupation et leurs soutiens, le nombre des victimes se situe entre 500 000 et 600 000 personnes (Fikreta Jelić-Butić, *op. cit.*, p. 187). Dans son article intitulé «Fascisme», l'Encyclopaedia Britannica rapporte que, dans l'Etat fantoche pro-allemand de Croatie, les fascistes croates, «dans le cadre d'une campagne de génocide, ont tué environ 250 000 Serbes et 40 000 Juifs» (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/202210/fascism/219386/Sexism-and-misogyny>).

Selon plusieurs sources, 600 000 Serbes, Juifs et Roms ont été tués à Jasenovac, la très grande majorité d'entre eux étant constituée de Serbes (<http://www.holocaustresearchproject.org/othercamps/jasenovac.html>; *Jasenovac: Proceedings of the First International Conference and Exhibit*

on the Jasenovac Concentration Camps, 29-31 octobre 1997, Kingsborough Community College of the City University of New York, Dallas Publishing, p. 20; Robert Rozett et Shmuel Spector, *Encyclopedia of the Holocaust*, p. 280; <http://www.museumoffamilyhistory.com/ce/cc/nf-camps-jasenovac-01.htm>; Padraic Kenney, *The Burdens of Freedom: Eastern Europe since 1989*, p. 94; <http://www.balkanstudies.org/blog/holocaust-deniers-us-state-department>; David Birnbaum, *Jews, Church et Civilization*, vol. VI; <https://books.google.rs/books?id=SDW5owdrHbIC&pg=PA165&lpg=PA165&dq=Jasenovac+600+000+murdered&source=bl&ots=3vliR5EeiO&sig=Bco48GL6ePjbfwpmFSn7k6eZb9g&hl=en&sa=X&ei=Mo3VZbMLajhywOh5oGAAQ&ved=0CCIQ6AEwAjgU#v=onepage&q=Jasenovac%20600%20000%20murdered&f=false>; <http://www.ag-friedensforschung.de/regionen/jugoslawien/jasenovac.html>; <http://www.holocaustchronicle.org/staticpages/414.html>).

Le 27 janvier 2014, le Parlement croate a tenu une séance spéciale en l'honneur de la Journée internationale dédiée à la mémoire des victimes de l'Holocauste à laquelle ont participé de nombreuses personnalités politiques et publiques, les représentants des cultes et le président de la République, Ivo Josipović. Le président du Parlement, Josip Leko, et le Premier ministre, Zoran Milanović, ont prononcé des discours :

« Prenant la parole, le Premier ministre Zoran Milanović a observé que cette cérémonie devrait être l'occasion de prononcer des discours politiques plutôt que de simples commémorations, parce que ce qui s'était passé soixante-dix ans plus tôt appartenait à l'histoire éternelle du combat entre le bien et le mal, du destin d'un individu moral dans une société immorale. Il a rappelé à son auditoire que l'antisémitisme n'était pas né du jour au lendemain, et que tout ce qui se disait des Juifs avant l'Holocauste pouvait être considéré comme des appels à la haine.

Il a aussi rappelé que des choses horribles s'étaient passées en Croatie en 1941, qui visaient non seulement les Juifs, mais encore les Serbes avant eux.

Jusqu'en avril 1941, l'Europe n'avait pas connu d'exécutions massives motivées par des croyances religieuses ou une origine différentes. La situation avait changé en avril de cette année-là avec la création de l'Etat indépendant de Croatie. En l'espace de quelques semaines, les exécutions massives de personnes que leur religion ou leur nationalité marquaient comme différentes ont commencé. Elles ont visé d'abord les Serbes, puis les Juifs. Or ce n'est qu'à la fin du mois de juin que les exécutions massives ont commencé en Europe orientale, visant principalement les Juifs. Ce n'était pas encore l'époque des camps de concentration. C'était l'époque des tueries en masse avec des armes à feu qui, on s'en apercevrait bientôt, ne pouvaient répondre aux normes techniques élevées des bourreaux. Nous savons tous ce qui a suivi peu de temps après. »

Dans son discours, le président du Parlement croate, Josip Leko, a déclaré :

«On sait que les brutalités nazies ont commencé dès les premiers jours de la dictature de Hitler et se sont poursuivies pendant douze années entières; cependant, ce n'est qu'à la fin de la seconde guerre mondiale que l'on a pu mesurer l'ampleur d'une politique d'extermination sans précédent, planifiée dans ses moindres détails et systématiquement exécutée; il a fallu pour cela que les troupes alliées parviennent jusqu'aux «camps de la mort», dont le plus grand était le camp de concentration d'Auschwitz-Birkenau. Parmi les pages effrayantes de ce passé, parmi les pages les plus sombres et les plus inhumaines de ce passé figure le camp de la mort de Jasenovac, créé sur le modèle des tristement célèbres camps de concentration nazi.»

### 3.5. *La Croatie de Tudjman et l'héritage du NDH*

129. Dans la construction de la Croatie, l'héritage du NDH ne pouvait pas être ignoré, parce que, comme on ne cessait de le proclamer à l'unisson et de manière quasi rituelle, il faisait partie de l'histoire «millénaire de l'indépendance nationale et de l'existence de l'Etat du peuple croate». De plus, et bien qu'il eût été de naissance et par nature un Etat fantoche, le NDH de Pavelić avait été en réalité le premier Etat croate depuis l'an 1102, date à laquelle l'Etat croate médiéval était passé sous le contrôle de la Hongrie.

Il est manifeste que de solides éléments de l'héritage du NDH n'ont pas été étrangers à l'Etat croate pendant les années 1990-1995.

130. Le président Tudjman a clairement défini sa conception de l'Etat croate. Ses déclarations revêtent une importance particulière du fait que, tout au long de sa vie, il a été une incontestable référence politique. Tudjman était considéré comme «le Messie du peuple croate». Misha Glenny a ainsi relevé que, lors de sa cérémonie d'investiture en tant que président, il avait été présenté en ces termes : «En ce jour (dimanche des Rameaux), le Christ triomphant entrait à Jérusalem. Il y était accueilli en Messie. Aujourd'hui, notre capitale est la nouvelle Jérusalem. Franjo Tudjman est venu parmi son peuple.» (M. Glenny, *The Fall of Yugoslavia*, 1992.)

Pour Tudjman, l'Etat croate ne pouvait être qu'un Etat ethnique fondé sur un droit historique. A cet égard, même le génocide avait dans l'histoire certains effets positifs

«[en aboutissant à] l'homogénéisation ethnique de certains peuples, en amenant une plus grande harmonie dans la composition nationale de la population et dans les frontières des pays concernés, et de cette façon en ayant peut-être une influence favorable sur l'avenir, dans la mesure où les risques de nouvelles violences et les prétextes à de nouveaux conflits et à de nouvelles tensions internationales en étaient diminués» (F. Tudjman, *Wastelands in Historical Reality*, Nakladni Zavod Matiče Hrvatska, Zagreb, p. 163).

Par conséquent, la Croatie oustachie n'était « pas seulement une organisation collaborationniste et un crime fasciste. C'était aussi l'expression de l'aspiration historique de la nation croate à une patrie indépendante » (Z. Silber et A. Little, *Yugoslavia: Death of a Nation*, 1997, p. 82-87). Warren Zimmermann, qui fut le dernier ambassadeur des États-Unis auprès de la RFSY, a décrit comme suit les rapports entre le président Tudjman et les Serbes :

« Mike Einik et moi avons porté à son attention ou à celle de ses aides toutes les informations qui nous parvenaient sur les atteintes aux droits civils des Serbes, dans l'espoir que son gouvernement sanctionnerait ces atteintes et traduirait leurs auteurs devant les tribunaux. A quelques rares exceptions près, Tudjman n'a pas réagi. Je l'ai exhorté à se rendre à Jasenovac, le tristement célèbre camp de concentration croate où, durant la seconde guerre mondiale, plusieurs dizaines de milliers de Serbes et autres victimes ont péri, comme Willy Brandt s'était rendu à Yad Vashem, en Israël, dans un acte de contrition pour l'Holocauste. Il a refusé... »

Mais envers la population serbe de Croatie, il rejetait tout geste qui pouvait ressembler de près ou de loin à un geste de réconciliation, de coopération ou d'apaisement...

Tudjman m'a toujours paru sur le point de basculer dans un rôle d'opérette un peu ridicule. Mais cette impression était démentie par la brutalité avec laquelle il servait les intérêts croates tels qu'il les concevait. » (W. Zimmermann, *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers — America's Last Ambassador Tells What Happened and Why*, 1996, p. 76-77.)

130.1. La signification de la politique de Tudjman n'est pas passée inaperçue. Le géopolitologue américain, Samuel Huntington, a lui aussi reconnu que les actes de violence oustachis étaient le facteur principal qui a poussé la minorité serbe à réagir et a ainsi déterminé le cours des événements pendant la désintégration de la RFSY. « Les conflits entre Serbes et Croates, par exemple, ne peuvent pas être imputés à la démographie, et seulement partiellement à l'histoire, parce que ces nations ont vécu de façon relativement pacifique l'une à côté de l'autre jusqu'à ce que les Oustachis croates se mettent à tuer des Serbes pendant la seconde guerre mondiale », observe Huntington. Cette intolérance des Croates vis-à-vis des Serbes a reçu à l'époque le soutien d'un allié important du NDH oustachi : l'Allemagne nazie. Pendant un entretien entre Ante Pavelić et Adolf Hitler, au sujet de la « question serbe », Hitler a prononcé une phrase qui avait probablement été préparée d'avance et avait en conséquence un relief particulier : « Si l'État croate désire être vraiment fort, il lui faudra pratiquer une politique d'intolérance nationale pendant cinquante ans, parce qu'une tolérance excessive dans ces questions n'a que des inconvénients. » (S. P. Huntington, *Le Choc des civilisations*, 1996, p. 261.)

130.2. Le Conseil national slovène (deuxième chambre du Parlement bicaméral slovène) a attiré l'attention sur cette situation en 2009, lorsqu'il a adopté une déclaration qui a fait beaucoup de bruit sur la célébration par le pays voisin des hauts faits du NDH. Plus précisément, dans le cadre du débat sur la ratification de l'adhésion de la Croatie à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), le Conseil national slovène a adopté, à sa treizième séance, une déclaration exhortant la Croatie à respecter les valeurs fondamentales défendues par les membres de l'Organisation. En opposition à son adhésion à l'OTAN, le pays voisin s'est fait reprocher «l'attitude de la Croatie envers la tradition du NDH», manifestée dans le fait que «le NDH fait encore aujourd'hui partie intégrante de la conscience nationale croate» («Hrvatska: Gre za škandalozno obtozbo», 24ur, 24 janvier 2009. dostupno preko : <http://www.24ur.com/novice/svet/hrvaska-gre-za-skandalozno-obtozbo.html>).

130.3. Le maire de Split, qui est la plus grande ville de la Dalmatie, a réagi de la façon suivante à un meeting organisé le 11 janvier 2014 dans sa ville par le deuxième parti politique croate, le HDZ (Union démocratique croate) pour célébrer le vingt-quatrième anniversaire de sa fondation par le président Tudjman.

Le maire Baldasar a notamment déclaré :

«Les messages proférés à Split nous font profondément régresser, en tant que société, et ne contribuent en aucune façon à des solutions susceptibles d'améliorer le présent et l'avenir de citoyens qui sont aux prises avec des problèmes concrets; des problèmes auxquels ni M. Karamarko ni les autres orateurs n'ont offert la moindre solution. Les saluts oustachis dans des réunions publiques, les appels à la haine et la déformation systématique de faits historiques ne sauraient passer pour des manifestations de patriotisme et ne témoignent pas d'un véritable souci du bien-être de la Croatie et de ses habitants. J'engage donc la section locale du HDZ, ainsi que le HDZ au niveau national, à célébrer le prochain anniversaire de leur parti de façon plus décente et digne d'un parti politique qui se prétend démocratique.» (<http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/111419-baldasar-porucio-hadezeovcima-iduci-put-k>, 12 janvier 2014.)

131. Les déclarations sur la politique du président Tudjman émanant de personnalités politiques et de représentants officiels de l'Etat possèdent une valeur probante particulière (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 41, par. 64-65, p. 43, par. 70, et p. 47, par. 78; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 206-207, par. 78).

131.1. Ivica Račan, ancien dirigeant du SDP (parti réformiste démocratique), parti aujourd'hui au pouvoir en Croatie, et lui-même premier ministre de la Croatie de 2000 à 2003, a qualifié le HDZ (union démocra-

tique croate), qui était le parti de Tadjman, de «parti des intentions dangereuses» parce qu'il «invoqu[ait] l'esprit du NDH». La tentative de Račan d'attirer l'attention sur le caractère intolérable de la glorification des succès du NDH n'a guère reçu d'écho; en effet, la majorité de la population croate, à en juger par la forte popularité dont a joui le NDH pendant de longues années, n'a guère rejeté les déclarations de Tadjman ni perçu rien de négatif dans son idéologie (<http://www.hvatski-fokus.hr/index-php?option=com-content&view=article&id=1556:prije-dvadeset-godina-ivica-raan-hdz-je-stranka-opasnih-namjera-10&catid=22:feljtoni&itemid=46>).

132. Un journaliste et éditeur croate respecté, Slavko Goldstein, fondateur du parti croate social-libéral et son premier dirigeant, disait que «le régime oustachi était une fiction mort-née d'Etat légal, une combinaison mal organisée de légalisme et de chaos». Il a également déclaré que, «[p]our des raisons bien compréhensibles, dans la mémoire historique du peuple serbe, le NDH oustachi n'a jamais été et ne sera jamais autre chose qu'un crime fasciste, un abattoir pour les Serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine» (Slavko Goldstein, 1941: *Godina koja se vraća*, publié en anglais sous le titre *1941: The Year that Keeps Returning*, lire la recension de l'éditeur américain à l'adresse: <http://www.nybooks.com/books/imprints/collections/1941-the-year-that-keeps-returning>).

133. Le premier ministre de l'intérieur de la République de Croatie et l'un des plus proches compagnons du président Tadjman, Josip Boljkovac, assure que «l'idéologie oustachie est encore vivante en Croatie». Il affirme voir «un sérieux avertissement» et «une preuve tragique du retour de l'idéologie oustachie en Croatie dans le fait que des membres de la SKOJ (union des jeunes communistes de Yougoslavie), organisateurs du soulèvement de 1941 contre le fascisme, soient aujourd'hui entraînés devant les tribunaux» («Boljkovac: Ustastvo I dalje zivu u Hrvatskoj», *Glas Istre*, 6 janvier 2014, dostupno preko: <http://www.glasistre.hr/vijesti/hrvatska/boljkovac-ustastvo-i-dalje-zivu-u-hrvatskoj-436319>).

Quand il était encore président de la Croatie, Stjepan Mesić a reconnu tacitement que la réalisation de l'idée d'une Croatie ethniquement pure ne tolère aucune restriction d'aucune sorte. L'important, c'est d'atteindre l'objectif. Dans une allocution à des expatriés croates en Australie, il disait au début des années 1990:

«Voyez-vous, pendant la seconde guerre mondiale, les Croates ont gagné deux fois et nous n'avons à présenter d'excuses à personne. On n'arrête pas de dire tout le temps aux Croates: «Allez-vous mettre à genoux à Jasenovac, mettez-vous à genoux ici, mettez-vous à genoux là...» Nous n'avons aucune raison de nous mettre à genoux devant personne! Nous avons gagné deux fois, et les autres une fois seulement. Nous avons gagné le 10 avril quand les puissances de l'Axe ont reconnu la Croatie comme Etat et nous avons gagné parce qu'après la guerre nous nous sommes assis, encore une fois avec les vainqueurs, à la table des vainqueurs» («Croatian leader's speech glo-

rifying World War Two pro-Nazi State widely condemned.» («Le discours d'un dirigeant croate glorifiant l'Etat croate pronazi pendant la deuxième guerre mondiale suscite une large réprobation»), texte d'un reportage en anglais de l'agence de presse croate HINA, BBC Monitoring Europe, 10 décembre 2006; un enregistrement vidéo du discours en serbo-croate peut être visionné à l'adresse <http://emperor.vwh.net/croatia/MesicVideo.wmv>)<sup>2</sup>.

### 3.6. *Emblèmes d'Etat et autres mesures*

134. C'est en toute autonomie qu'un Etat choisit ses emblèmes, c'est-à-dire les signes par lesquels il sera reconnu. Le choix des emblèmes d'Etat est libre et relève strictement de l'autorité interne de l'Etat considéré.

En application des amendements de 1990 à la Constitution, un nouvel emblème d'Etat a été adopté : le drapeau du HDZ orné d'un «šahovnica», motif en damier rouge et blanc ... [qui] était ... utilisé par le régime oustachi et que les Serbes de Croatie considéraient comme la «signature des Oustachis» (Marcus Tanner, *Croatia: A Nation Forged in War*, 1997, p. 223). Pour «de nombreux Juifs, Serbes, et autres, il s'agi[ssai]t d'un symbole aussi odieux que la swastika» (S. Kinzer, «Pro-Nazi Rulers' Legacy Still Lingers for Croatia», *The New York Times*, 31 octobre 1993). Le régime de Tudjman «a également rebaptisé la police «redarstvo», terme à connotation oustachie, et renommé des rues et autres lieux publics en hommage à certains généraux de la seconde guerre mondiale» (C. Bennett, *Yugoslavia's Bloody Collapse: Causes, Course and Consequences*, 1995, p. 141).

En outre, sur la proposition du président Tudjman, le parlement croate a adopté

«une nouvelle monnaie qu'il a appelée *kuna*, c'est-à-dire du même nom que celui de la monnaie nationale sous le régime oustachi. Slavko Goldstein, un Juif croate influent, a écrit dans un article que cette décision «[allait] réveiller ... de très profonds sentiments d'an-

<sup>2</sup> Sur la réception de cette allocution du président Mesić, Jared Israel écrit dans *The Encyclopaedia of the Holocaust*:

«Malgré l'importance politique de cette vidéo, tant pour une meilleure compréhension du conflit de ces seize dernières années entre les Serbes et les Croates que pour apprécier la sincérité du président de la Croatie, Stjepan Mesić quand il dit abhorrer aujourd'hui la politique oustachie, et malgré le fait que trois journalistes connus de la télévision croate aient été relevés de leurs fonctions pour avoir diffusé la vidéo, puis réintégrés sous la pression du public, malgré l'intérêt de cette affaire et le fait que les plus grandes agences de presse du monde — y compris l'Associated Press, l'Agence France-Presse, l'ANSA et la BBC Monitoring — lui aient consacré des dépêches, nous n'avons pu, parmi les milliers de journaux et chaînes de télévisions anglais, français, allemands, italiens, espagnols et néerlandais archivés par le moteur de recherche Lexis-Nexis, en trouver qu'un seul — le quotidien néerlandais *Dagblad van het Noorden* — qui ait seulement mentionné ce scandale.» (<http://de-construct.net/e-zine/?p=361>).

tagonisme au sein d'une partie non négligeable de la population pour qui ces associations [étaient] extrêmement douloureuses» (C. Bennett, *op. cit.*).

Les noms de certaines rues et institutions ont été changés, ceux datant de la période yougoslave étant remplacés par de nouveaux noms associés à la Croatie oustachie. Immédiatement après l'arrivée au pouvoir de Tudjman, une école élémentaire de Zagreb a été rebaptisée «Mile Budak», du nom du ministre de la justice de l'Etat oustachi, principal idéologue du régime et inventeur de la solution de la question serbe. Ayant fui Zagreb le 6 mai 1945, Budak avait été livré par les autorités britanniques à la Yougoslavie de Tito le 18 mai 1945. Il a été condamné à mort pour crimes de guerre. Comme le montre la décision prise par le ministre croate de l'administration publique, Arsen Banko, de renommer «les rues portant le nom d'un dirigeant oustachi», il existe encore des rues nommées en l'honneur de Mile Budak dans dix villes et villages (*Danas*, édition croate, 3 janvier 2014). Cette décision a été contestée, si bien que ce sont les tribunaux locaux compétentes qui seront appelés à trancher la question. Il convient de noter que l'«Association pour la promotion de la gouvernance locale et de l'autonomie» avait déjà demandé, en avril 2011, que la rue de Slavonski Brod portant le nom de Mile Budak soit renommée; le conseil municipal avait rejeté cette demande, au motif qu'une telle mesure serait trop coûteuse (*ibid.*).

135. Après l'arrivée de Tudjman au pouvoir, une plaque à la mémoire de Mile Budak a été inaugurée à Sveti Rok, tandis qu'une autre plaque en hommage à Juraj Francetić, commandant de la tristement célèbre Légion noire, commissaire du régime oustachi pour la Bosnie-Herzégovine et responsable du massacre de Serbes et de Juifs de Bosnie, était posée à Slunj. Sur décision du Gouvernement croate, ces deux plaques ont été déposées en 2004, au motif que leur installation était «contraire aux principes fondamentaux de la Constitution de la République de Croatie et port[ait] atteinte à la réputation et aux intérêts de la République de Croatie» (*Hrvatska riječ*, 10 mars 2013). Cela n'a pas empêché que, dès janvier 2005, un autre monument à la mémoire de J. Francetić et Mile Budak soit érigé dans les environs de Split (Elizabeth Pond, *Endgame in the Balkans: Régime Change, European Style*, 2006, p. 135-136). Les 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> bataillons des forces de défense croates ont pris le nom de Francetić, de même qu'une unité militaire du Conseil croate de défense qui avait opéré dans le centre de la Bosnie-Herzégovine en 1993 (C. Shrader, *The Muslim-Croat Civil War in Central Bosnia: A Military History, 1992-1994*, 2003). A Zagreb, la «place des Victimes du fascisme» a été rebaptisée «place des Géants croates».

Ainsi que l'a fait remarquer l'ambassadeur Zimmermann,

«[e]n changeant les noms de rues qui honoraient auparavant les victimes du fascisme et en renouant avec le drapeau et les armoiries croates traditionnels, dont la dernière utilisation remontait à la dictature oustachie des années 1941-1945, le Gouvernement croate a

contribué à ressusciter cette période grotesque dans l'esprit des Serbes» (W. Zimmermann, *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers — America's Last Ambassador Tells What Happened and Why*, 1996, p. 75).

136. La glorification de l'idéologie oustachie (Ustaštvo) et de ses principaux représentants s'est accompagnée de la destruction des symboles de la lutte antifasciste.

Dans les années 1990-2000, la plupart de ces symboles ont été supprimés en Croatie; plus de 3000 d'entre eux ont été démolis, endommagés ou déplacés (<http://www.slobodnaevropa.org/content/article/703313.html>).

Juraj Hrženjak, un antifasciste croate qui a participé à la guerre de libération populaire, est l'un des auteurs d'une monographie intitulée «La destruction des monuments antifascistes en Croatie entre 1990 et 2000», dans laquelle figure une liste de 2904 monuments commémoratifs, bustes et charniers qui ont été soit détruits soit profanés. Selon Hrženjak, il convient d'ajouter à leur nombre «environ 500 monuments commémoratifs qui n'ont pas pu être répertoriés parce que la droite extrémiste se trouvait au pouvoir dans leur secteur; nos vétérans qui souhaitaient les inscrire sur la liste ont été exposés à des menaces, parfois même des menaces de mort» (<http://www.dw.de/sramna-epizoda-hrvatske-istorije-16044052>).

137. Les appels de l'Association des antifascistes «à la préservation du patrimoine mémoriel se sont généralement heurtés à un mur de silence» (*ibid.*).

Le nombre des monuments commémoratifs antifascistes détruits qui ont été restaurés est très faible. Parmi eux figurent le monument à la mémoire du chef du mouvement antifasciste, Josip Broz Tito, dans son village natal de Kumrovec, et la plaque commémorative du camp de concentration oustachi de Jadovno. Selon le président croate I. Josipović, qui assistait aux commémorations de Jadovno, «entre 30 000 et 40 000 personnes y ont été tuées durant la guerre» (*Jutarnji list hr.*, 26 juin 2010). La restauration des monuments antifascistes semble toutefois se heurter à de nombreux obstacles.

138. Le quotidien croate le plus important par son tirage, le *Jutarnji list*, a publié un article intitulé «Chaque année, nous dépensons 350 millions de kunas pour l'armée du NDH». Ce texte fait notamment état, entre autres informations, de l'adoption en 1993, par le Parlement de la République de Croatie, d'amendements à la loi sur l'assurance retraite et invalidité

«qui prévoient que les années que les membres des forces armées du NDH — appelées dans cette loi «armée patriotique» — ont passées dans les formations armées du NDH compteront double. Le même régime s'applique aux années passées en captivité par les membres de ces forces détenus comme prisonniers de guerre après le 16 mai 1945. Ces amendements portent la signature de celui qui était alors président

de la Chambre des députés, Stjepan Mesić.» (<http://www.jutarnji.hr/za-vojnike-ndh-godisnje-placamo-350-milijuna-kuna/1134285/>)

En application de la loi en question, «plus de 13 000 anciens membres des unités oustachies, de la garde personnelle du Poglavnik [c'est-à-dire, de Pavelić], de Domobrans (volontaires de la défense du territoire) de la seconde guerre mondiale et de la police paramilitaire, ainsi que les membres de leurs familles titulaires d'une pension de réversion, figurent sur les listes du bureau de la sécurité sociale» (*ibid.*). Chaque année, quelque 350 millions de kunas (environ 45 millions d'euros) sont alloués aux membres de ces forces armées (*ibid.*).

En revanche, la Croatie n'a jamais diligenté d'enquête sur ce qui est advenu de l'or et des autres biens pillés pendant les persécutions et les pogroms qui ont visé les Serbes et les Juifs. La destination ultime des biens des Serbes et des Juifs persécutés n'a jamais été établie et personne n'a réussi à convaincre les autorités croates de l'après-1991 d'inscrire la question à leur programme. Or c'est précisément pendant ces années-là que le président Tudjman s'est énergiquement consacré à son projet de blanchiment, de réhabilitation et de glorification de l'idéologie oustachie dans la Croatie contemporaine. Dans un livre intitulé *Balkan Tragedy*, Susan Woodward en est venue à la conclusion que

«le révisionnisme historique du dirigeant croate Franjo Tudjman au sujet du génocide commis contre les Serbes, les Juifs et les Roms dans l'Etat indépendant de Croatie pendant la période 1941-1945 est devenu politiquement dangereux à un moment où l'élection de Tudjman comme président était financée en majeure partie par des émigrés de droite de cette période, qui ont ramené avec eux les emblèmes d'Etat, et lorsque des taxes spéciales ont été imposées aux propriétaires serbes de résidences d'été en Croatie (mais non aux propriétaires ressortissants de certaines autres républiques)» (S. L. Woodward, *Balkan Tragedy: Chaos and Dissolution after the Cold War*, 1995, p. 229).

### 3.7. Déclarations de personnalités croates rapprochées de la jurisprudence du TPIR

Franjo Tudjman, président de la République de Croatie, pendant sa première campagne électorale en 1989 :

«Dieu merci, ma femme n'est ni serbe ni juive.» (Annexe 51 du contre-mémoire; les italiques sont de moi.)

Dubravko Horvatić, universitaire et écrivain croate, dans son article *Matoš o Srbiji*, publié

*Le Procureur c. Tharcisse Muvunyi*

«[L]a Chambre rappelle: 1) que, selon le témoin FBX, Muvunyi leur a dit que, même si des gens refusaient de livrer les Tutsis qui se cachaient, ils devaient s'en occuper, car lorsqu'un serpent s'enroule autour d'unealebasse, il faut tuer le serpent au risque de casser laalebasse; 2) que, aux dires du témoin AMJ, Muvunyi a déclaré que les bébés nés après le 6 avril de filles tutsies mariées à des

dans le quotidien *Večernj list* de Zagreb, le 17 juin 1992 :

«Matoš [un poète croate] a expliqué à ses contemporains et aux générations futures ce qu'est la Serbie et à quoi elle ressemble. A le lire aujourd'hui avec le bénéfice de l'expérience, on comprend à quel point Matoš avait raison lorsqu'il disait que la Serbie est «championne du monde des meurtres et des crimes graves»... Cependant, en arrachant le masque de la Serbie, il nous a énormément aidés à tirer un enseignement particulièrement important aujourd'hui : *pour que les Croates et les autres nations puissent survivre, la Serbie doit subir une défaite totale et absolue.*» (Annexe 51 du contre-mémoire; les italiques sont de moi.)

Franjo Tudjman :

«Il ne peut y avoir de retour au passé, à un temps où les Serbes propageaient un cancer au cœur de la Croatie, cancer qui détruisait l'identité nationale croate, empêchait le peuple croate d'être maître chez lui et ne permettait pas à la Croatie de mener une vie indépendante et souveraine sous le vaste ciel bleu, au sein de la communauté mondiale des nations souveraines.» (Discours prononcé par le président Tudjman lors de son voyage à bord du «train de la liberté», après l'expulsion de 250 000 civils serbes de la Krajina; BBC Summary of World Broadcasts [Résumé des communiqués de presse du Service

Hutus devaient être tués comme on tue des serpents; 3) que, selon le témoin CCP, Muvunyi a dit que les Tutsis étaient comparables à des serpents et devaient être tués; et 4) que le même témoin a dit que Muvunyi avait cité un proverbe rwandais à l'effet de dire que *les filles tutsies qui avaient été «[prises pour] épous[es]» par les Hutus devaient mourir dans une forêt lointaine.*

Ainsi, la Chambre note que ces quatre témoins ont tous déclaré que Muvunyi avait cité des proverbes kinyarwandas pour inciter le public à tuer les Tutsis, et que trois témoins à charge se sont rappelés que *Muvunyi s'était servi de proverbes comparant les Tutsis à des serpents pour pousser la foule à les tuer.*

La Chambre prend également acte du témoignage d'Evariste Ntakirutimana, socio-linguiste qu'elle a accepté comme témoin expert à charge.

.....  
Selon Ntakirutimana, *le proverbe est une phrase pouvant résumer tout un contexte. On essaie, en recourant aux proverbes, de dire le plus avec le moins de mots possible. Les proverbes expriment des vérités admises par tous et sont utilisés pour résumer un message en évoquant une réalité que tout le monde devrait connaître ou accepter.*

.....  
*Le recours aux proverbes permet à un tel public de saisir le sens du message véhiculé; il réduit la distance entre le locuteur et celui auquel il s'adresse.* Ntakirutimana a en outre déclaré que, pendant la période de guerre au Rwanda, les orateurs évitaient de désigner l'adversaire, à savoir les Tutsis, par leur vrai nom afin d'éviter toute ingérence ou intervention d'étrangers.

mondial de la BBC], 28 août 1995; les italiques sont de moi.)

Métaphore employée par le ministre croate des affaires étrangères, Hrvoje Sarinić, lorsqu'il a évoqué, avec l'ambassadeur américain Peter Galbraith, après l'opération «Tempête», la possibilité pour les Serbes de regagner leurs foyers dans la Krajina.

Selon M. Galbraith, qui a déposé en l'affaire *Gotovina*, Sarinić a dit: «Nous ne pouvons accepter qu'ils reviennent. Ils sont un cancer dans le ventre de la Croatie.» (*Gotovina et consorts*, déposition du témoin Peter Galbraith, compte rendu de l'audience du 23 juin 2008, p. 4939.)

Contexte de haine nationale, ethnique et religieuse dans lequel l'opération «Tempête» a été conduite

Le philosophe croate Zarko Puhovski a très clairement décrit ce contexte au cours d'un entretien figurant dans le documentaire «Tempête sur la Krajina». Il a ainsi déclaré:

«Ce dont il est question, c'est d'un grand nombre d'incidents qui ont été influencés par des émotions. Mais ces incidents, *ces émotions, avaient été préparés pendant des années par la propagande — de la télévision jusqu'au président du pays en passant par l'ensemble des éléments de la vie publique de Croatie — qui avait fini par convaincre la popu-*

Par exemple, *le terme «serpent» est employé pour indiquer qu'il faut être sans pitié avec les Tutsis. Selon Nta-kirutimana, laalebasse est un récipient de grande valeur qui sert à conserver le lait. Par conséquent, le proverbe «lorsqu'un serpent s'enroule autour d'unealebasse, laalebasse doit être détruite pour tuer ... le serpent» signifie que si l'on possède un objet précieux qui devient dangereux, il peut s'avérer nécessaire de sacrifier l'objet en question plutôt que de se sacrifier soi-même.*

La Chambre conclut au-delà de tout doute raisonnable que, en tenant de tels propos, Muvunyi avait l'intention d'inciter le public à commettre des actes de génocide. Elle conclut en outre que le procureur a établi au-delà de tout doute raisonnable que Muvunyi était animé de l'intention requise de détruire le groupe tutsi, comme tel.» (*Muvunyi*, ICTR-00-55A-T, jugement, 11 février 2010, par. 120-128; les italiques sont de moi.)

#### *Le Procureur c. Clément Kayishema*

Les effets de l'idéologie extrémiste diffusée par les médias

«Les pouvoirs militaire et civil n'avaient pas attendu 1994 pour commencer à attiser les tensions ethniques. Le journal *Kangura*, lancé après l'invasion du pays par le FPR en 1990, la *Radiotélévision libre des mille collines (RTL)* et d'autres supports de la presse écrite et de l'information électronique participent activement à la campagne visant à inciter la population hutue à se dresser contre les Tutsis. En 1991, dans les «Dix Commandements» qu'il publie à l'intention des Hutus,

lation, et surtout les soldats, que les Serbes étaient coupables en tant que tels et qu'ils devaient être punis.» (*Gotovina et consorts*, compte rendu de l'audience du 13 février 2009, p. 15901; les italiques sont de moi.)

Miro Bajramovic:

«Je m'appelle Miro Bajramovic, et je suis directement responsable de la mort de 86 personnes... J'en ai tué 72 de mes propres mains, dont neuf femmes. *Nous ne faisons aucune distinction, ne posons aucune question: c'étaient des «Tchetniks» [Serbes] et ils étaient nos ennemis.*» (Entretien accordé par Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatie, 1<sup>er</sup> septembre 1997; les italiques sont de moi.)

Miro Bajramovic:

«Nous ne séparions pas les civils des soldats serbes. Si nous trouvions un fusil caché dans une maison, ceux qui y habitaient devenaient immédiatement pour nous des Tchetniks. *A l'époque, les Serbes n'avaient aucune chance de survivre*, et l'on disait que, là où nous étions passés, l'herbe ne repoussait plus.» (*Ibid.*)

«Lorsque je pense à toutes les tortures infligées, je me demande comment on a pu imaginer de tels procédés. Par exemple, la torture la plus douloureuse consistait à enfoncer des aiguilles sous les ongles d'une personne et à les relier à un générateur de courant

*Kangura* identifie les Tutsis comme l'ennemi. Toujours en 1991, d'après les dépositions des témoins, dix chefs militaires produisent un rapport exhaustif répondant à la question de savoir *comment vaincre l'ennemi sur les fronts militaire, médiatique et politique*. Les mêmes témoins expliquent que, en septembre 1992, un mémorandum émanant de l'armée et inspiré du rapport de 1991 vient confirmer l'amalgame Tutsi-ennemi, prêtant de la sorte à l'ensemble de la population tutsie les intentions belliqueuses du FPR. Il ressort toutefois d'un rapport pertinent que, avant le 6 avril, les pouvoirs publics ne s'étaient jamais ouvertement livrés à des actes propres à inciter les Hutus à massacrer les Tutsis. Néanmoins, le 19 avril, le président du Gouvernement intérimaire enjoint la population de Butare de «se mettre au travail», au sens rwandais de l'expression, c'est-à-dire avec leurs machettes et leurs haches.

.....  
La diffusion et l'acceptation de telles idées ont été confirmées par un policier hutu qui a expliqué à Patrick de Saint-Exupéry, reporter du journal *Le Figaro* et témoin à charge en l'espèce, que les Tutsis étaient mis à mort «parce qu'ils sont complices du FPR» et qu'il fallait les tuer jusqu'au dernier.

.....  
La Chambre estime, en résumé, que, à l'origine du massacre de la population tutsie, «il y a eu véritablement un plan minutieusement préparé et exécuté» par des extrémistes hutus occupant des postes de haut niveau au sein du Gouvernement rwandais de l'époque. Ce fait est attesté par le caractère généralisé des attaques et le nombre même de ceux

triphasé; la personne était réduite en cendres.»

«Après tout, sachant qu'ils seraient tous tués, cela ne faisait aucune différence de les torturer.» (*Ibid.*)

Sime Djodan, envoyé spécial du président de la Croatie, Franjo Tuđman, dans un discours prononcé à l'occasion d'un concours traditionnel organisé à Sinj en août 1991: «Les Serbes avaient la tête pointue et probablement aussi un petit cerveau.» (Annexe 51 du contre-mémoire.)

Krešimir Dolenčić, directeur du théâtre Gavella de Zagreb, le 12 novembre 1991:

«*Ces animaux de l'Est n'ont aucune chance. Un singe va tout détruire dans une maison et cet animal ne fait aucune différence entre détruire un verre ou un vase de Chine, parce qu'il est incapable d'en voir une. Le singe n'a absolument aucune chance, s'il se mesure à l'homme. Il y aura toujours un moyen de l'endormir et de le remettre dans une cage, là où est sa place... Il y a autant de différences entre eux et nous qu'entre un ordinateur de première génération et un ordinateur de cinquième génération. Il faut soit les maintenir en captivité soit les détruire, parce qu'on ne peut rien attendre de mieux de leur part. Il n'est pas possible de parler ou de négocier longuement avec eux. Je suis convaincu que leur culture est inférieure aux cultures primitives puisque celles-ci peuvent présenter un certain intérêt et être le*

qui ont péri en l'espace de trois mois seulement. Le plan génocide n'aurait pas pu être mis en œuvre sans la participation des milices et d'une *population hutue convaincue* par les extrémistes que les *Tutsis* étaient *l'ennemi* et que c'est par leur faute que l'avion du président Habyarimana avait été abattu.

*La cruauté avec laquelle les assaillants tuaient, blessaient et défiguraient les Tutsis confirme que la propagande dont le pays avait été la cible avait eu l'effet escompté, à savoir la destruction de la population tutsie.* L'implication des masses paysannes dans les massacres a été facilitée, d'une part, par le crédit et la confiance mal placés que celles-ci accordaient à leurs dirigeants et, d'autre part, *par la conviction qu'elles pouvaient tuer et piller les Tutsis en toute impunité.*

Les rapports finaux produits sur le Rwanda situent le nombre de victimes du génocide entre 800 000 et un million de personnes, soit près du septième de la population totale du pays. Combinés les uns aux autres, les facteurs précités permettent d'établir l'intention spécifique requise pour que le crime de génocide soit constitué. Comme, de surcroît, il existe des preuves abondantes établissant que *l'immense majorité des victimes de la tragédie était des civils tutsis*, la Chambre est convaincue que *les massacres étaient dirigés contre les «membres d'un groupe»*, en l'occurrence un groupe ethnique. Au vu de cette preuve, elle conclut *qu'il existait bel et bien un plan génocide au Rwanda, lequel a été mis à exécution entre avril et juin 1994.*»

Les propos de Kayishema

«Les propos tenus par Kayishema et par d'autres individus agissant sur ses ordres avant, pendant et après les

*reflet d'une richesse spirituelle.*» (Annexe 51 du contre-mémoire; les italiques sont de moi.)

Miro Bajramovic:

«*Nous opérons en deux groupes, l'un étant chargé de les emmener à Velesajam, et l'autre de les mener encore plus loin. J'étais généralement présent lors des arrestations, ayant la parole facile et tâchant de me montrer courtois. Je disais toujours aux prisonniers que je ne faisais que mon travail.*» (Entretien accordé par Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatie, 1<sup>er</sup> septembre 1997.)

Franjo Tudjman:

«*Je vous prie, Messieurs, de ne pas oublier combien de villes et de villages croates ont été détruits, et que Knin est encore épargnée...*» (Procès-verbal de la réunion entre le président de la République de Croatie, Franjo Tudjman, et les hauts responsables de l'armée, tenue le 31 juillet 1995 à Brioni, contre-mémoire, annexe 52, p. 10; les italiques sont de moi.)

En 1991, le ministre croate de la défense, Martin Spegelj, disait:

«*Ecoutez-moi bien, Commandant. Tout d'abord, tous les soldats sous vos ordres seront écrasés, personne ne survivra, personne ne sera épargné. Oubliez même jusqu'à l'idée de tirer la sonnette d'alarme.*» (Mémoire, annexe 148; les italiques sont de moi.)

massacres, *démontrent également que l'accusé était animé de l'intention spécifique prohibée. Les Tutsis étaient désignés par le vocable de « Inkotanyi », autrement dit combattant du FPR ou ennemi du Rwanda, le terme « Inyenzi » signifiant cancrelat. Le mot « saleté » était également utilisé pour les désigner. Le témoin WW déclare à cet égard avoir entendu les assaillants utiliser le terme « saleté » pour désigner les Tutsis. Il s'agissait notamment de Kayishema qui « a dit » [au bourgmestre Bagilishema] « d'enlever toute la saleté », faisant ainsi allusion aux Tutsis qui s'étaient réfugiés au Bureau communal. Kayishema a en outre utilisé les expressions « chiens de Tutsis » et « Tutsis, fils de chien », au cours des attaques lancées contre le stade pour inciter les assaillants à tuer les Tutsis qui s'y étaient réfugiés.*

.....  
Plusieurs témoins qui ont survécu aux massacres dudit Domaine ont entendu Kayishema dire « *allez au travail* » ou « *mettez-vous au travail* », expressions qui, selon eux, signifiaient commencer à tuer les Tutsis. D'autres témoins ont déclaré avoir entendu les assaillants, y compris les *Interahamwe*, qui étaient sous le contrôle *de facto* de Kayishema, scander des refrains de chansons appelant à exterminer les Tutsis.

.....  
En résumé, pour tous les motifs exposés ci-dessus, la Chambre considère établi au-delà de tout doute raisonnable que *Kayishema était animé de l'intention de détruire le groupe tutsi en tout ou en partie* et qu'il a commis les actes décrits ci-dessous dans un tel dessein.» (*Kayishema et al.*, ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999,

Le témoin John William Hill a déclaré avoir discuté avec des soldats croates devant la base des Nations Unies, qui lui ont dit qu'«ils allaient tuer tous les Serbes». (Voir TPIY, *Gotovina et consorts*, IT-060-90; déposition du témoin John William Hill, compte rendu de l'audience du 27 mai 2008, p. 3751; les italiques sont de moi.)

Le témoin Božo Suša a déclaré avoir vu et entendu un officier croate, pénétrant dans Knin le 5 août par la rue principale, ordonner à ses soldats: «Tirez-leur dessus à tous, au hasard!» Aussitôt après, des réfugiés serbes qui se trouvaient sur deux tracteurs ont été alors exécutés.

Ces éléments de preuve sont corroborés par un ancien combattant croate. Dans un entretien qu'il a accordé au quotidien croate *Jutarnji list* en 1998, il a déclaré ce qui suit:

«Le plan était de tout nettoyer aussi vite que possible. Certains s'échapperaient, mais les autres seraient tués. Pour nous, il n'y avait pas de civils; tous étaient des ennemis... Il y avait un ordre non écrit de ne pas faire de prisonniers, mais, pour préserver les apparences devant l'opinion publique mondiale, un petit nombre de prisonniers de guerre a eu la vie sauve.» (Duplique de la Serbie, par. 720; les italiques sont de moi.)

par. 279, 281, 289-291, 538-540; les italiques sont de moi.)

*Le Procureur c. J. Kajelijeli*

«La Chambre a conclu que, au cours d'une réunion tenue dans la soirée du 6 avril 1994 à la cantine située près du bureau communal de Nkuli à la suite de la mort du président de la République rwandaise, l'accusé s'était adressé aux personnes présentes — toutes d'origine ethnique hutue — en ces termes: «Vous savez très bien que ce sont les Tutsis qui ont tué — qui ont abattu l'avion présidentiel. Qu'attendez-vous pour éliminer l'ennemi?» La Chambre a conclu que par le terme «ennemi», l'accusé entendait le groupe ethnique tutsi.

.....

La Chambre a conclu qu'une femme prise pour une Tutsie et son fils ont été choisis à un barrage routier devant le domicile du témoin GDQ le 8 avril 1994 et tués par la suite par un *Interahamwe* du nom de Musafiri. Kanoti, un Hutu qui se trouvait en ce lieu et accompagnait ces victimes, n'a pas été tué. L'accusé se trouvait au barrage routier pendant cet incident et on l'a entendu dire qu'«aucun Tutsi ne doit survivre à Mukingo».

La Chambre a conclu que, le 8 avril 1994, l'accusé et les *Interahamwe* inspectaient les cadavres à la recherche de survivants et que le témoin GBH l'ayant imploré de mettre fin aux massacres, l'accusé lui avait répondu qu'il «fallait continuer de chercher ou traquer ceux qui avaient survécu».

Des faits établis, la Chambre conclut que les tueries perpétrées, selon des témoins, dans les communes de Mukingo, Nkuli et Kigombe

«Par ces actes illicites généralisés et systématiques commis pendant l'opération militaire croate, la poche de Medak est devenue *inhabitable*. Les villages ont été complètement détruits, ce qui a privé la population civile serbe de ses habitations et de ses moyens d'existence.» (TPIY, *Ademi et Norac*, IT-01-46 et IT-04-76, acte d'accusation consolidé, par. 50; les italiques sont de moi.)

«Des maisons ont été incendiées dans toute la région de la Krajina, et cela continue encore aujourd'hui, plus de cinq semaines après les derniers affrontements. La destruction de larges ensembles d'habitations appartenant à des populations non croates laisse à penser que cela n'était pas uniquement le fait de mafias et que cette affaire a, dans son ensemble, été tolérée par le Gouvernement croate... *Cela aura pour conséquence d'empêcher efficacement le retour des Serbes dans leurs maisons et de créer de nouvelles difficultés pour ceux qui souhaiteront se réinstaller dans la région...*» (Les italiques sont de moi.)

Marjan Jurić, membre du Parlement croate, a déclaré lors de la session parlementaire tenue du 1<sup>er</sup> au 3 août 1991 :

«Mais ce que je demande à ces mêmes Serbes, c'est est-ce qu'ils réaliseront un jour — je me pose seulement la question — et il ne s'agit pas là d'une prise de position [sic!] — *est-ce qu'ils reviendraient à la raison si dix civils étaient exécutés en*

étaient, à toutes les époques visées dans l'acte d'accusation, systématiquement dirigées contre des civils tutsis. Il ressort clairement *des propos et actes* de l'accusé que celui-ci a ordonné ces tueries et qu'il y a participé, étant habité par *l'intention spécifique de détruire le groupe ethnique tutsi.*» (*Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, jugement, 1<sup>er</sup> décembre 2003, par. 819, 826-828; les italiques sont de moi.)

#### *Le Procureur c. Callixte Kalimanzira*

«La Chambre rappelle qu'*un appel à se défendre contre l'ennemi n'est pas en soi contraire à la loi*, en particulier lorsque l'«ennemi» se limite clairement au FPR, à *l'exclusion des civils tutsis*. En l'espèce, cependant, la Chambre estime que, lorsqu'il a exhorté ceux qui tenaient le barrage de Kajyanama à porter des armes pour «se défendre» contre «l'ennemi» qui viendrait à passer par là, ces derniers ont vu dans les propos de Kalimanzira un appel à tuer les Tutsis, et en outre que l'accusé avait l'intention qu'il en fût ainsi. *La gifle administrée à l'homme qui ne portait pas d'arme et son enlèvement étaient venus ponctuer l'exhortation de Kalimanzira et son effet sur son auditoire.* L'incitation avait été faite en public — au barrage — à l'intention d'un groupe de personnes indéterminé — ceux qui tenaient le barrage et tous ceux qui regardaient ou écoutaient. *Kalimanzira a manifesté ici et ailleurs l'intention de détruire le groupe tutsi.* C'est pourquoi la Chambre déclare Kalimanzira coupable, au-delà de tout doute raisonnable, d'incitation directe et publique à commettre le génocide au barrage de Kajyanama fin avril 1994.

*contrepartie d'un policier tué, ou si cent civils étaient exécutés chaque fois qu'un officier de la garde [nationale] était tué?*

C'est quelque chose que ma foi chrétienne et catholique ne me laisserait pas faire, car le père Stanko Bogeljić m'a appris que l'un des dix commandements dit ceci: «Tu ne tueras point», alors cela ne me permet pas de dire que c'est ce qu'il faudrait faire, mais, selon moi, il serait juste que, pour chaque policier tué, dix intellectuels de Zagreb, de Rijeka, de Split ou d'Osijek soient mis à la porte. Parce que les intellectuels ne peuvent pas s'enfuir dans les bois. Ils ne sont pas comme ces paysans ignares du Banija, qui sont capables d'aller se mettre au lit sans se laver les pieds pendant un mois entier! Les intellectuels doivent être virés, car, chez les Tchetniks, les têtes pensantes se trouvent dans les grandes villes, et l'on doit empêcher ça... *Notre Dieu tout-puissant a créé en même temps les bons et une vermine nombreuse. Cette vermine est comme la mite qu'on laisse entrer dans le placard, en fait, lorsqu'elle entre dans le placard, elle dévore d'abord la chemise, puis elle s'attaque au pull; elle mange et elle mange, jusqu'à ce qu'il n'y ait plus rien à manger. Il en est de même de la main-d'œuvre étrangère venue travailler chez nous.*» (M. Jurić a terminé son discours en levant son bras dans un salut fasciste, contre-mémoire, annexe 51; les italiques sont de moi.)

La Chambre conclut donc que, fin mai ou début juin 1994, Kalimanzira a participé à une réunion publique au terrain de football de Nyabisagara et a remercié les membres de la population pour les efforts qu'ils avaient déployés *en vue de se débarrasser de l'ennemi*, mais qu'il les a mis en garde contre toute complaisance, qu'il leur a demandé de s'armer tout le temps et qu'il a exhorté la foule à continuer de rechercher les ennemis cachés dans la brousse ou chez d'autres personnes, ce qu'ils ont fait. *Il leur avait aussi donné l'ordre de détruire les maisons des Tutsis morts et de planter des arbres à la place, ce qu'ils avaient fait.* De ces instructions précises, qui n'ont guère de lien avec le combat militaire, et de l'interprétation faite par BCZ des propos de Kalimanzira, la Chambre conclut que «*l'ennemi*» *voulait dire le Tutsi.*

La Chambre est d'avis que l'appel de Kalimanzira en faveur de la poursuite de l'éradication des Tutsis qui se cachaient était direct et avait manifestement entraîné une réaction immédiate et appropriée. Il avait été lancé dans un lieu public devant un large public. *En donnant à ceux qui étaient présents l'ordre de tuer les Tutsis survivants, de détruire leurs maisons et d'effacer toutes traces de leur existence, il n'y a aucun doute raisonnable que Kalimanzira avait l'intention d'inciter ceux qui l'écoutaient à commettre des actes de génocide.* Kalimanzira a manifesté ici et ailleurs l'intention de détruire le groupe tutsi. Aussi la Chambre le déclare-t-elle coupable, au-delà de tout doute raisonnable, d'incitation directe et publique à commettre le génocide au terrain de foot-

Zvonimir Sekulin, rédacteur en chef de *Hrvatski Vijesnik*, dans un entretien accordé au magazine *Globus* de Zagreb le 9 septembre 1994 :

«Etant donné la présence dans *Hrvatski Vijesnik* d'une chronique intitulée «Pages de pornographie serbe hard», j'admets que ce journal est partiellement pornographique puisque les Serbes eux-mêmes sont des pornographes. La photographie du patriarche Pavle [chef de l'Eglise orthodoxe serbe], publiée dans ces pages, est plus pornographique que celles des plus grandes putains... [Patronyme] a écrit que *j'avais dit que certains peuples étaient de la vermine. Je précise que seul le soi-disant peuple serbe est de la vermine.*» (Contre-mémoire, annexe 51 ; les italiques sont de moi.)

Franjo Tudjman :

«Nous devons infliger aux Serbes des pertes telles que, *dans les faits, ils disparaîtront*, autrement dit, les secteurs que nous ne prendrons pas immédiatement devront capituler dans les jours qui suivent.» (Procès-verbal de la réunion entre le président de la République de Croatie, Franjo Tudjman, et des responsables de l'armée, le 31 juillet 1995 à Brioni ; contre-mémoire, annexe 52, p. 2 ; les italiques sont de moi.)

Le journal précise que «*[L']artillerie [croate] a tiré sur la colonne*, laquelle qui se retirait de Petrovac pour rejoindre

ball de Nyabisagara fin mai ou début juin 1994.» (*Kalimanzira*, ICTR-05-88-T, jugement, 22 juin 2009, par. 589, 613-614 ; les italiques sont de moi.)

*Le Procureur c. Simon Bikindi*

«Alors qu'il marchait en direction de Kayove, Bikindi a utilisé l'amplificateur de voix pour *dire que la majorité de la population, à savoir les Hutus, devait se lever pour exterminer la minorité, les Tutsis.* En rentrant de Kayove, Bikindi s'est servi du même amplificateur de voix pour demander si les gens avaient tué les Tutsis, *qui ont été qualifiés de serpents.*

La Chambre estime que les deux déclarations, diffusées au moyen de l'amplificateur de voix, ont été faites en public. Elle estime aussi que *l'appel lancé par l'accusé au «peuple majoritaire» : «Levez-vous et cherchez partout. Il ne faut [t] épargner personne», qualifiant les Tutsis de minorité, constitue clairement un appel direct à détruire le groupe ethnique tutsi.* De même, la Chambre considère que le fait pour Bikindi d'avoir demandé à la population, lorsqu'il rentrait de Kayove, si elle avait «tué les Tutsis d'ici» et *si elle avait tué les «serpents»* est un *appel direct à tuer les Tutsis, qualifiés péjorativement de serpents.* Aux yeux de la Chambre, il est inconcevable, *dans le contexte des massacres généralisés de la population tutsie commis en juin 1994 au Rwanda, que le public auquel le message était destiné, notamment ceux qui se tenaient sur le bord de la route, n'ait pas immédiatement compris sa signification et ses conséquences.* La Chambre estime donc que les déclarations faites par Bikindi au

Grahovo, excellent score, *beaucoup de morts et de blessés parmi les Tchetsniks...*» (TPIY, *Gotovina et consorts*, IT-060-90, rapport d'expert de M. Reynaud Theunens: Croatian Armed Forces and Operation Storm, deuxième partie, p. 189; les italiques sont de moi.)

Miro Bajramovic:

«C'est T. Mercep qui commandait à Poljana... C'était un homme très charismatique. De par son poste de commandant, il était au courant de chaque exécution. Il nous a dit plusieurs fois: «*Ce soir, vous nettoierez toute cette merde.*» *Cela signifiait que tous les prisonniers devaient être exécutés. En ce qui concerne Gospic, nous avons l'ordre de procéder à son nettoyage ethnique.* Nous avons tué les directeurs de la poste et de l'hôpital, un propriétaire de restaurant et de nombreux autres Serbes. N'ayant pas beaucoup de temps, nous procédions aux exécutions en tirant à bout portant. Je le répète: l'ordre du quartier général était de réduire la proportion de Serbes à Gospic.» (Entretien accordé par Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatie, 1<sup>er</sup> septembre 1997; les italiques sont de moi.)

Franjo Tudjman:

«[C]ompte tenu de la situation créée par la libération des territoires occupés, laquelle a eu une incidence sur la démographie, il est nécessaire de faire des unités militaires l'un des élé-

moyen des haut-parleurs sur la route principale reliant Kivumu à Kayove constituent une incitation directe et publique à commettre le génocide.

Compte tenu des propos que Bikindi a tenus et de la manière dont il a diffusé son message, la Chambre conclut qu'il a délibérément, *directement et publiquement, incité à commettre le génocide, avec l'intention spécifique de détruire le groupe ethnique tutsi.*» (*Bikindi*, ICTR-01-72-T, jugement, 2 décembre 2008, par. 281, 423-424; les italiques sont de moi.)

*Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*

«De plus, la Chambre rappelle qu'une incitation peut être directe et néanmoins implicite.» (Par. 557.)

«iii) Akayesu a ... clairement demandé à la population de s'unir pour éliminer ce qu'il a appelé l'ennemi unique: le complice de l'Inkotanyi.

iv) Sur la base des témoignages concordants revenus tout au long du procès et sur les indications que lui a fournies le docteur Ruzindana, cité comme témoin expert sur des questions d'ordre linguistique, la Chambre est convaincue au-delà de tout doute raisonnable que *la population a compris qu'Akayesu appelait ainsi à tuer les Tutsis.* Akayesu lui-même était parfaitement conscient de la portée de ses propos sur la foule et du fait que ses appels à lutter contre les complices des Inkotanyis seraient compris comme des appels à tuer les Tutsis en général.

.....  
vii) Il y a bien une relation de cause à effet entre les propos tenus par Akayesu lors du rassemblement du 19 avril 1994 et les massacres

ments les plus efficaces, ce qui est possible *si nous trouvons la bonne solution pour l'un des postulats les plus réels de la politique de l'Etat pour traiter le problème essentiel qui nous préoccupe aujourd'hui, à savoir la situation démographique en Croatie*. C'est pourquoi j'ai convié à cette réunion le vice-premier ministre et également le ministre chargé de la reconstruction et du développement, M. Radić, qui présentera, dès l'ouverture de ce débat, la situation démographique actuelle produite par le déploiement des commandements militaires, les districts militaires, le cantonnement des brigades et les camps d'entraînement militaire. Il peut être également judicieux et utile de régler cette situation là où nous avons renforcé ou, à tout le moins, là où nous devrions renforcer le caractère croate, par exemple en Istrie, d'autant plus qu'il ne s'agit pas tant de modifier la composition actuelle de la population que de *peupler certaines régions et localités*. Le ministre Radić a exposé ainsi la manière dont ils devaient procéder :

«Je conclus, par conséquent, que les zones rouge et bleue devront rapidement, et en priorité, être peuplées autant que possible de Croates. Ces zones sont signalées, notamment Zrinska Gora, dont je n'ai pas parlé jusqu'à présent, ainsi que des secteurs tels que Lapac et Knin, c'est-à-dire dans l'arrière-pays et aussi en Herzégovine, qui devraient constituer une priorité secondaire, et puis ce secteur

généralisés de Tutsis qui ont ensuite eu lieu à Taba.

De ce qui précède, la Chambre en tire la conviction au-delà de tout doute raisonnable que, *par les propos susmentionnés tenus publiquement et sur un lieu public, Akayesu avait l'intention de créer directement chez son auditoire l'état d'esprit propre à susciter la destruction du groupe tutsi, en tant que tel*. La Chambre considère par conséquent que lesdits faits sont constitutifs du crime d'incitation publique et directe à *commettre le génocide*, tel qu'elle l'a défini *supra*.» (Akayesu, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, par. 557, 673-674; les italiques sont de moi.)

*Le Procureur c. Aloys Simba*

«Simba se trouvait, en personne, dans les deux endroits où les massacres ont été commis. Il a fourni des armes traditionnelles, des fusils et des grenades aux assaillants qui s'apprêtaient à y tuer des milliers de Tutsis. Il savait qu'on s'en prenait aux Tutsis comme tels à travers tout le pays, et l'ancien chef militaire qu'il était ne pouvait ignorer l'effet qu'aurait sur la foule armée son appel pressant à «*se débarrasser de la saleté*». Même si l'on accorde foi aux moyens de la défense, la seule conclusion raisonnable qui s'impose, c'est que, au moment des faits, Simba a agi *avec l'intention constitutive du crime de génocide*.» (Simba, ICTR-2001-76-T, jugement, 13 décembre 2005, par. 418; les italiques sont de moi.)

*Le Procureur c. Alfred Musema*

«Selon le témoin, Musema se serait adressé aux gens qui s'étaient regroupés en ce lieu en Kinyarwanda et leur

inoccupé en Lika, autant que possible...»» (Procès-verbal de la réunion entre le président de la République de Croatie, Franjo Tudjman, et des responsables de l'armée qui s'est tenue le 23 août 1995 à Zagreb, p. 01325991, 01325993-01325997; contre-mémoire, annexe 53, p. 4-7; les italiques sont de moi.)

aurait demandé de se dresser tous ensemble et de combattre l'ennemi commun, le Tutsi, afin d'en délivrer leur pays. Les participants à la réunion lui auraient notamment posé la question de savoir quelle serait leur récompense, vu qu'ils risquaient de laisser leur vie dans cette guerre. Musema leur aurait répondu qu'il n'y aurait pas de problème à trouver des récompenses, *dans la mesure où les personnes au chômage prendraient les emplois des personnes tuées, et qu'elles pourraient s'approprier les terres et les biens des Tutsis.*» (Musema, ICTR-96-13-T, jugement, 27 janvier 2000, par. 373; les italiques sont de moi.)

(Signé) Milenko KREĆA.