

## OPINION DISSIDENTE DE M. KREČA

[Traduction]

L'ordonnance du 13 septembre 1993 réaffirme la précédente décision de la Cour du 8 avril 1993 quant à son contenu, tant formel que matériel.

S'agissant de porter une appréciation sur cette décision, il convient de remarquer que la Cour a refusé d'indiquer les mesures conservatoires sollicitées par le demandeur en notant entre autres :

« que les droits énumérés aux alinéas a) à g) ont été invoqués en termes presque identiques dans la première demande en indication de mesures conservatoires, déposée le 20 mars 1993 par la Bosnie-Herzégovine, et que, dans cette demande, leur protection a été sollicitée comme nécessaire; que, de tous les droits énumérés, seul celui énoncé à l'alinéa c) est tel que, par sa nature, il peut dans une certaine mesure relever *prima facie* des droits conférés par la convention sur le génocide; et que c'est par conséquence en relation avec cet alinéa et pour la protection de droits conférés par la convention que la Cour a indiqué des mesures conservatoires dans son ordonnance du 8 avril 1993... » (ordonnance, par. 39).

Le fait que la Cour a adopté pareille position et que la première et la seconde demande du demandeur étaient, en substance, pratiquement identiques, soulève une question d'importance cruciale : sur quels motifs la décision de la Cour du 8 avril 1993 repose-t-elle ?

## I

En l'espèce, la Cour a fondé sa compétence *prima facie* sur le fait que les deux Parties au différend sont parties à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 qui dispose, entre autres, que

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend. » (Art. IX.)

En conséquence, dans son ordonnance du 8 avril 1993, la Cour a déclaré ce qui suit :

« Considérant que la Cour, après avoir établi qu'il existe une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, ne devrait pas indi-

quer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence; considérant que, par voie de conséquence, la Cour se limitera, dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 19, par. 35.*)

La convention sur le génocide étend sa protection à tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux » (art. II), ce qui signifie *in concreto* que le « droit de chacun » visé à l'article 41 du Statut est celui de tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux » d'être protégé contre tout acte « commis dans l'intention de [le] détruire, en tout ou partie ».

Or, selon ses termes mêmes, l'alinéa c) de la demande n'a pas trait aux droits d'un « groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel », mais au droit du « peuple et [de] l'Etat de Bosnie-Herzégovine ». On pourrait en principe considérer que le terme « peuple » se réfère, d'une certaine manière, à un « groupe national ou ethnique », objet de la protection de la convention sur le génocide. Je dis « en principe » vu qu'en l'espèce une telle interprétation ne reposerait sur aucun fondement raisonnable. En l'occurrence, le mot « peuple » ne renvoie pas à une réelle entité nationale, ethnique ou religieuse homogène. En effet, l'expression « peuple de Bosnie-Herzégovine », qu'utilise le demandeur, recouvre en fait trois communautés ethniques. Par conséquent, interpréter le mot « peuple » au sens large comme signifiant ou supposant l'existence d'un « groupe national, ethnique, racial ou religieux » aux termes de la convention sur le génocide aboutirait à un résultat absurde, particulièrement eu égard à la teneur de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur.

Quoi qu'il en soit, le demandeur lui-même reconnaît tacitement qu'il n'existe pas en Bosnie-Herzégovine d'entité nationale unique car la mesure conservatoire qu'il propose au paragraphe 2 de sa première demande et, dans une certaine mesure, aussi au paragraphe 1 de sa seconde demande tend à ce qu'il soit mis fin à l'aide, etc., apportée « à toute nation ... en Bosnie-Herzégovine ».

La formulation même des droits énoncés à l'alinéa c) comporte deux éléments: le premier relève davantage d'une déclaration rhétorique que d'un droit visé par la convention (« droit ... d'être à tout moment protégés ») et le second est un exemple classique de jugement provisionnel (« contre les actes de génocide et autres actes assimilables perpétrés ... par la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), agissant de concert avec ses agents et auxiliaires en Bosnie et ailleurs »).

A mon avis, la condition première à laquelle toute demande en indication de mesures conservatoires doit satisfaire est que les mesures en ques-

tion doivent « être considérées comme tendant uniquement à sauvegarder l'objet du différend et l'objet de la demande principale elle-même » (*Réforme agraire polonaise et minorité allemande, ordonnance du 29 juillet 1933, C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 178*). Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a souligné de façon impérative que la demande en indication de mesures conservatoires

« a nécessairement, par sa nature même, un lien avec la substance de l'affaire puisque, comme l'article 41 [du Statut] l'indique expressément, son objet est de protéger le droit de chacun... » (*C.I.J. Recueil 1979, p. 16, par. 28*).

Cette condition première n'est pas remplie en l'occurrence. En effet, comme le montre le paragraphe 39 de la dernière ordonnance, la Cour, en rendant l'ordonnance du 8 avril, s'est fondée uniquement sur l'alinéa c) de la demande — ce qui signifie qu'elle n'a invoqué aucune des mesures conservatoires proposées par le demandeur, mais qu'elle a trouvé matière à rendre une ordonnance dans la partie de la demande traitant des « droits juridiques que vise à protéger la demande en indication des mesures conservatoires ». Toutefois, cette partie de la demande est un exposé des motifs à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires (« les motifs sur lesquels elle se fonde », pour reprendre la terminologie du paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement de la Cour), de sorte que, même si elle était parfaitement formulée, elle ne constituerait jamais qu'un élément de la demande.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement de la Cour, la Cour décide d'indiquer des mesures conservatoires sur la base d'une demande qui « indique les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de son rejet et les mesures sollicitées ».

Etant donné que la première demande du demandeur proposait l'indication de certaines mesures conservatoires, il s'ensuit que la Cour a estimé que ces mesures, de même que celles qui ont été proposées dans la seconde demande, sont inappropriées eu égard à l'objet du différend et que c'est sur la base de l'énoncé des droits dont la protection était recherchée qu'elle a rendu son ordonnance.

Cela étant, comme le confirme le paragraphe 39 de l'ordonnance du 13 septembre 1993, il se pose à mon avis la question de savoir si la Cour aurait dû rendre l'ordonnance du 8 avril 1993.

Comment expliquer la différence flagrante entre les mesures que le demandeur propose, d'une part, et la compétence de la Cour, établie *prima facie*, pour se prononcer uniquement sur les mesures et motifs « qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide » (*C.I.J. Recueil 1993, p. 19, par. 35*), d'autre part? Vu les circonstances de l'espèce, il me semble que la réponse à cette question est pertinente parce que, en elle-même, et plus encore dans le contexte de la présente affaire, elle ne peut que rejaillir tant sur la formulation que sur le contenu des mesures conservatoires prononcées.

Une juste interprétation des pièces de l'instance laisse entrevoir qu'il est dans l'intention du demandeur d'étendre le différend. Plus précisément, la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur le 27 juillet énonce notamment comme motif sous-jacent à la présentation d'une telle requête la raison ci-après :

« Cette demande en indication de mesures conservatoires supplémentaires est motivée par le désir de voir protéger par la Cour les « droits » du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine. En outre, cette demande en indication de mesures conservatoires supplémentaires est aussi motivée par le désir de voir protéger par la Cour l'existence même du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine contre l'extermination par le génocide, la partition, le démembrement, l'annexion ou l'absorption par le défendeur. Comme la Cour a juridiquement le pouvoir de protéger les « droits » de la Bosnie-Herzégovine, elle doit à fortiori avoir juridiquement le pouvoir de protéger la Bosnie-Herzégovine elle-même. » (Demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, préambule.)

Dans le passage de la demande intitulé « D. Les conséquences que les mesures conservatoires sollicitées visent à éviter » qui, en vertu du paragraphe 2 de l'article 73, fait obligatoirement partie intégrante de la demande, la partie devant y indiquer « les motifs sur lesquels elle se fonde », le demandeur affirme :

« L'objectif premier de la présente demande est de prévenir de nouvelles pertes en vies humaines et de nouveaux actes de génocide contre le peuple de Bosnie-Herzégovine et d'empêcher la partition, le démembrement, l'annexion, l'absorption et la destruction définitive de la République de Bosnie-Herzégovine elle-même, Etat souverain et Membre de l'Organisation des Nations Unies. »

Face à une telle position de la part du demandeur, qui représente en termes concrets une demande en indication de mesures conservatoires, il incombe à mon avis à la Cour de se pencher sur deux points :

- 1) la signification d'un tel acte dans la phase initiale de la présente procédure, à la lumière de la mesure conservatoire visée au paragraphe 52 B de l'ordonnance du 8 avril 1993 qui, entre autres, énonce que le demandeur doit « ne prendre aucune mesure ... qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide... »;
- 2) la signification particulière d'un tel acte dans le contexte des efforts déployés à la conférence de Genève en vue de trouver un règlement politique à la tragédie de la Bosnie-Herzégovine. En effet, on pourrait déduire des conclusions du demandeur que le but des mesures conservatoires est également d'empêcher l'adoption du plan de paix Owen-Stoltenberg pour la Bosnie puisque, dans sa communication écrite du 10 août, le demandeur affirme entre autres :

« il est donc manifeste que le plan Owen-Stoltenberg est un diktat équivalant sur le plan juridique à celui qu'Hitler avait imposé à la Tchécoslovaquie à Munich en 1938. Ce plan repose sur l'idée que la République de Bosnie-Herzégovine — Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies — devra être démembrée en trois Etats dépendants et privée de sa qualité de membre des Nations Unies »,

et

« nous prions très respectueusement la Cour d'indiquer immédiatement toutes les mesures énoncées dans les documents 1, 2, 3 et 4 susmentionnés et notamment, mais sans s'y limiter, les dix mesures conservatoires visées dans notre deuxième demande, ainsi que toutes les mesures conservatoires indiquées d'office qui y sont proposées » (Lettre en date du 7 août 1993 adressée à la Cour par l'agent de la Bosnie-Herzégovine).

A mon avis, bien qu'il ne fasse aucun doute que cette question se trouve en dehors de la compétence de la Cour, cela n'empêche pas cette dernière de trouver un moyen d'exhorter le demandeur à poursuivre les négociations de paix à Genève avec les Croates et les Serbes; tout au contraire, ayant à l'esprit l'importance cruciale des négociations de paix comme unique moyen de mettre un terme à l'enfer de la guerre civile et aux profondes souffrances des populations innocentes, la Cour devrait y être encouragée (par analogie avec l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 20, par. 35).

## II

Il y a plus de trente ans, sir Hersch Lauterpacht a écrit que : « La mission des tribunaux judiciaires consiste pour une large part à examiner et à peser la pertinence des faits. » (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48).

Si l'examen des faits est d'une importance cruciale lors d'une procédure judiciaire, et cela ne fait aucun doute, il est à fortiori décisif lorsqu'il s'agit d'indiquer des mesures conservatoires. Dans une procédure qui se caractérise par l'urgence, les possibilités qu'a la Cour de procéder à une évaluation impartiale et critique de la situation de fait sont nécessairement limitées. Dans chaque cas particulier, la Cour cherche en fait à trouver un équilibre subtil et délicat entre Scylla — la nécessité de répondre à l'urgence des mesures conservatoires — et Charybde — l'exigence impérieuse de ne pas, ce faisant, déformer les faits.

La procédure en indication de mesures conservatoires repose en grande partie sur des présomptions réfragables (*presumptio juris tantum*), notamment la présomption simple de compétence de la Cour quant au fond de

l'affaire dans laquelle des mesures conservatoires sont adoptées. La logique du mécanisme de présomption se reflète également dans la terminologie utilisée, dans la mesure où l'article 41 du Statut utilise le terme de « parties », bien qu'il ne soit pas nécessaire, à strictement parler, que les parties concernées par les mesures conservatoires soient également les parties au différend qui doit être réglé par un arrêt portant sur les droits que les mesures conservatoires sont censées protéger (voir, à titre d'exemple, l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*).

De prime abord, une appréciation se justifie dans les cas où la Cour établit sa compétence dans une procédure en indication de mesures conservatoires. Et, à mon avis, il s'agit là de la limite absolue à l'application *prima facie* de la présomption dans une procédure incidente d'indication en mesures conservatoires. En effet, en dernière analyse, même une appréciation incorrecte de la compétence ne porte pas atteinte à la sécurité juridique; en fait, elle la renforce plutôt vu les avantages inhérents au règlement judiciaire par rapport aux autres modes de règlement des différends.

Toutefois, une appréciation incorrecte des faits conduit nécessairement à une application erronée du droit, ce qui, d'un point de vue ontologique, se trouve aux antipodes de l'idéal assigné aux procédures judiciaires. Et une appréciation *prima facie* des faits comporte inévitablement un très haut risque d'erreur.

Il n'y a pas, ni ne devrait y avoir, de différence réelle entre l'établissement des faits lors d'une procédure incidente, quel que soit le type de procédure particulière dont il s'agit, et l'établissement des faits lors de l'examen au fond de l'affaire. Rendues sur décision de la Cour, les ordonnances indiquant des mesures conservatoires ont une valeur réelle et objective, bien qu'elles ne soient pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. En d'autres termes, la différence spécifique entre ces deux types de décisions de la Cour réside en ce que les mesures conservatoires sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle appréciation lors de l'examen au fond de l'affaire.

Si le terme « fait » est pris dans son sens ordinaire, c'est-à-dire « une chose dont l'existence ne fait aucun doute », seule la tragédie apocalyptique que subissent les Musulmans, les Serbes et les Croates dans les régions de la Bosnie-Herzégovine dévastées par la guerre constitue un fait clair et reconnaissable. Ce fait mis à part, l'on est en présence d'un immense subjectivisme, alimenté par la propagande des médias et les rapports de la télévision et des journaux où foisonnent généralisations et expressions imprécises et vagues telles que « de nombreux observateurs », « des diplomates ont laissé entendre... », « sur la base de rapports des services de renseignements indiquant que... », etc., qui ne sauraient, même en appliquant le critère du libéralisme jusqu'à l'absurde, être admis en tant qu'éléments de preuve.

Le subjectivisme a une tendance intolérable à se propager très aisément. Il conduit à ce que des expressions dotées d'un sens ordinaire soient chargées d'une signification qui est dans l'intérêt de l'une des parties au

différend. Ce faisant, dans le désir de parvenir au résultat escompté, on oublie que l'interprétation de bonne foi implique que « si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là » (*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8*).

De par la nature de sa fonction, la Cour, à la recherche de la vérité matérielle, ne peut ni ne doit exclure a priori quelque source d'information que ce soit. En même temps, elle est tenue de soumettre chaque rapport à un examen critique afin d'éviter de devenir l'otage de qui que ce soit, si ce n'est celui des faits et de la vérité.

L'expression « moyens de preuve » englobe « les pièces à conviction, les preuves documentaires et les dépositions des témoins et experts cités par une partie soit de sa propre initiative, soit à la demande de la Cour » (M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, 1972, p. 565*).

Si nous nous en tenons à cette définition de l'expression « moyens de preuve », il me semble que la Cour n'a pas accordé toute l'attention voulue aux éléments faisant état de noms, aux dépositions des témoins, aux conclusions des recherches, etc., comme le prévoient les dispositions de son Règlement, par exemple les articles 65, 66 et 67).

A mon avis, des éléments d'information tirés des médias ne sauraient, en eux-mêmes, être considérés comme des moyens de preuve et moins encore comme des preuves solides et irréfutables de l'existence des faits en question. Tout au plus peuvent-ils être considérés comme des indices tendant à établir certains faits.

Selon moi, en l'occurrence, la Cour n'est pas en possession de faits solidement établis. Il s'agit là d'un côté de la médaille. La nécessité évidente pour la Cour, ayant établi en l'espèce sa compétence *prima facie*, de réagir aux souffrances et à la persécution des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, d'une façon appropriée et qui soit compatible avec la phase actuelle de la procédure, constitue le revers de cette même médaille. En l'espèce, la dimension humanitaire de la décision de la Cour est d'une importance capitale.

Il me semble que cette dimension n'est pas dictée par ce que l'on pourrait appeler, sous condition, les préoccupations humanitaires, à la fois authentiques et d'ordre émotionnel, qui forgent l'opinion publique, mais bien par la qualité humaine inhérente au fond du droit qu'applique la Cour.

Par conséquent, il semblerait que dans la présente affaire, vu que

« le but essentiel des mesures conservatoires est d'assurer que l'exécution d'une décision ultérieure sur le fond ne sera pas compromise par les actions de l'une des parties *pendente lite* » (*C.I.J. Recueil 1976, opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président, p. 15*),

deux éléments soient particulièrement importants :

- 1) La compétence de la Cour a été établie *prima facie*. L'urgence des mesures conservatoires ne peut à priori présumer la compétence de la Cour quant au fond. Ainsi que M. Gros l'a souligné dans l'affaire des *Essais nucléaires*:

« Dans le jugement que la Cour doit porter sur toute demande de mesures provisoires l'urgence n'est pas une considération dominante et exclusive; il faut rechercher entre les deux notions de juridiction et d'urgence un équilibre qui varie avec les données de chaque affaire. » (*Essais nucléaires (Australie c. France), C.I.J. Recueil 1973, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, opinion dissidente de M. Gros, p. 120.*)

En l'espèce, cela s'applique en particulier à la compétence de la Cour *ratione materiae*.

- 2) La nature distinctive du crime de génocide. En tant que *delictum juris gentium*, le crime de génocide implique la combinaison de deux éléments: l'élément matériel (la commission d'actes indiqués *a limine* à l'article II de la convention) et l'élément subjectif (le *dolus specialis* ou intention de « détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »).

En l'absence de preuve concluante et sur la base de ce qui précède, il me semble que la Cour devrait s'éloigner du terrain incertain des preuves avancées pour s'en tenir au concept solide et précis de notoriété. L'idée de notoriété *in concreto* est en totale harmonie avec ce que M. Bedjaoui a souligné dans son opinion dissidente dans l'affaire de Lockerbie:

« La phase actuelle ne lui permet [à la Cour] d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier, en attendant de se saisir du fond dans toutes ses dimensions. » (*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), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 33.*)

Les principaux éléments du concept de notoriété, irréfutables d'un point de vue logique et empirique, seraient en l'occurrence:

- a) les localités où la population est massacrée;
- b) les détenteurs de la juridiction sur ces localités;
- c) les responsables *prima facie*, à la lumière des obligations imposées par les articles pertinents de la convention sur le génocide.

J'estime que, dans l'intérêt de la justice, la juridiction effective devrait être considérée comme la seconde composante du concept de notoriété, alors même que, devant le comité des droits de l'homme, le demandeur a confirmé que

«la République de Bosnie-Herzégovine se considère légalement responsable de tout ce qui s'est produit non seulement sur la partie de son territoire sur laquelle elle exerce un contrôle réel et effectif, mais également sur les autres parties de son territoire» (Nations Unies, *Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CCPR/C/79/Add.14, 18 décembre 1992*).

Il paraît presque superflu de souligner à quel point le concept de notoriété est loin d'être idéal; ses lacunes sont évidentes. Elles sont diamétralement à l'opposé de ses avantages inhérents. Alors que ses éléments constitutifs reposent sur de solides bases logiques et empiriques, leur portée est en même temps trop générale et ils sont relativement mal adaptés à des événements et cas particuliers. C'est précisément la raison pour laquelle l'idée de notoriété constitue en quelque sorte un fondement accessoire pour la Cour, dans les cas où elle n'est pas en possession de preuves irréfutables.

Dans des affaires telles que celle qui nous occupe, ces imperfections mêmes de l'idée de notoriété se transforment en avantage incalculable. Le fait que des raisons humanitaires imposent à la Cour de réagir est l'un des traits saillants de cette affaire même si, en termes juridiques, l'identité fondamentale qui existe entre les mesures conservatoires proposées, d'une part, et l'objet de la cause, d'autre part, inciterait à une extrême prudence dans cette réaction du fait du danger qu'il y a à tomber dans le piège d'un jugement provisionnel.

En tant que notion sur la base de laquelle la Cour pourrait indiquer des mesures conservatoires, l'idée de notoriété permet d'adapter ces dernières aux caractéristiques de l'affaire telles que je les ai décrites, autrement dit de les formuler soit sous la forme de mesures générales, soit sous la forme de mesures spécifiques destinées à éliminer ou, tout au moins, à atténuer les effets des causes, c'est-à-dire les faits qui ont débouché sur la tragédie de la guerre civile en Bosnie-Herzégovine.

### III

Gardant à l'esprit ce qui précède, y compris les propositions concrètes que j'ai avancées, je vais m'attacher à exposer brièvement mon opinion concernant les mesures conservatoires indiquées dans l'ordonnance.

Mon point de vue sur l'ordonnance est déterminé à la fois par le contenu des diverses mesures conservatoires et, au moins autant, par le fait que je considère l'ordonnance comme une unité organique, comme un tout.

De prime abord, la mesure A 1) énonce l'obligation générale de toute partie contractante à la convention sur le génocide, et donc du défendeur également, de «prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide».

Toutefois, la nature générale de l'obligation qui s'impose à toutes les parties contractantes est tenue en échec à la fois par le caractère unilatéral

de la mesure (elle ne s'adresse en effet qu'au seul défendeur) et par sa formulation, qui laisse entendre que soit le défendeur manque à l'engagement qu'il a pris en signant la convention sur le génocide et qu'il est par conséquent tenu de prendre «immédiatement ... toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission de crime de génocide», soit qu'il est tenu de certaines obligations particulières issues de la convention sur le génocide.

La mesure conservatoire A 2) est extrêmement ambiguë et captieuse. Tant par son libellé que par sa teneur, elle s'apparente dangereusement à un jugement provisionnel, dont on pourrait même dire qu'elle inclut certains éléments, tant sous sa forme actuelle que sous sa forme potentielle.

Sous sa forme actuelle, parce qu'elle pourrait

«donner l'impression que la Cour croit que le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie est effectivement impliqué dans ces actes de génocide, ou tout au moins, qu'il peut fort bien y être impliqué» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, déclaration de M. Tarassov, p. 26*).

Sous sa forme potentielle, parce que c'est virtuellement préjuger le fond que de dire que le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie doit en particulier «veiller» à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui «pourraient» relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui «pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité, ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de commettre ce crime, n'incitent ... à le commettre ou ne s'en rendent complices». Ces passages

«imposent des conditions pratiquement illimitées, mal définies et vagues concernant l'exercice de la responsabilité du défendeur dans l'exécution de l'ordonnance de la Cour et l'expose à des accusations infondées de ne pas se conformer à cette mesure conservatoire» (*ibid.*, p. 27).

De fait, l'ordonnance a donné corps à la signification potentiellement préjudicielle des passages cités. En effet, en rendant cette décision, la Cour est notamment partie du principe qu'elle n'était pas convaincue que tout ce qui pouvait être fait l'avait été pour prévenir la commission du crime de génocide sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine (ordonnance, par. 57).

Les éléments relevant d'un jugement provisionnel contenus dans les deux premières mesures conservatoires apparaissent clairement comme tels si leur teneur est interprétée à la lumière d'un raisonnement *a contrario*. Il apparaît que le demandeur n'est tenu d'aucune obligation spécifique d'«immédiatement ... prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide» ni de

« veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité, ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de commettre ce crime, n'incitent directement et publiquement à le commettre ou ne s'en rendent complices, qu'un tel crime soit dirigé contre la population musulmane de Bosnie-Herzégovine, ou contre tout autre groupe national, ethnique, racial ou religieux ».

Et cela à un stade de la procédure où la Cour n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité, où, en même temps, il est évident qu'« il existe un risque de génocide, non en territoire yougoslave, mais en Bosnie-Herzégovine » et qu'il est tout aussi clair, tant au regard du droit international général que sur la base de ses aveux explicites, que le demandeur est *prima facie* responsable au premier chef des actes de génocide présentés comme ayant été commis en Bosnie-Herzégovine, et où le comité des droits de l'homme, après avoir

« constaté avec satisfaction que ... la République de Bosnie-Herzégovine se considère comme légalement responsable de tout ce qui s'est produit non seulement sur la partie de son territoire qu'elle contrôle effectivement mais aussi sur les autres parties »,

a recommandé que les mesures déjà prises par le demandeur

« soient encore renforcées et que leur application soit systématiquement surveillée afin qu'il n'y ait pas de « nettoyage ethnique », dicté par la vengeance ou tout autre motif... » (Nations Unies, *Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/79/Add.14, 28 décembre 1992).

Qui plus est, la nature des mesures indiquées est, jusqu'à un certain point, incompatible avec le raisonnement de la Cour. En effet, au paragraphe 45 de l'ordonnance du 8 avril 1993, il est affirmé expressément que la Cour est parvenue à la conclusion que :

« il existe un risque grave que des actes de génocide soient commis ; considérant que la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine, que de tels actes commis dans le passé puissent ou non leur être imputés en droit, sont tenues de l'incontestable obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la prévention à l'avenir ».

De toute évidence, le dispositif de l'ordonnance du 8 avril 1993 n'a donné à cette prémisse aucune suite juridique ou technique.

Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que, pour un Etat, l'obligation de prévenir tout acte ou menace d'actes de génocide sur son propre territoire va de soi et que point n'est besoin d'en détailler les implications ou de les expliquer sous forme de mesures conservatoires.

Toutefois, il semble impossible de soutenir un tel point de vue, et ce pour deux raisons essentielles :

- 1) Dans ce différend particulier, c'est sur la convention sur le génocide que la Cour a fondé sa compétence *prima facie* pour indiquer des mesures conservatoires. Concernant l'obligation de prévention du crime de génocide, la convention ne pose pas le principe de la répression universelle. Elle a résolument opté pour une application territoriale de l'obligation de prévention et «seuls les organes des Nations Unies, dans le champ d'application de leur compétence générale, peuvent prendre des mesures concernant des crimes commis hors du territoire de la partie contractante» (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention, Its Origins and Interpretation*, The Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, New York, 1949, p. 13-14).
- 2) La commission d'actes sur le territoire d'un autre Etat, qu'il soit ou non reconnu, signifierait la violation de la règle de non-intervention, laquelle, par sa nature, relève du *jus cogens*.

Des mesures conservatoires telles que les mesures A 1) et A 2) sont risquées, y compris pour la Cour elle-même. La partie qui semble ainsi obtenir gain de cause pourrait être tentée de présenter de façon répétée de nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, ce qui placerait la Cour dans l'obligation de frapper d'*estoppel* l'exposé des faits présentés par cette partie. Les dangers inhérents à une telle situation sont d'autant plus grands qu'il existe un lien étroit entre, d'une part, les mesures conservatoires et, d'autre part, l'objet même de la cause.

La mesure conservatoire B, considérée *in abstracto* en termes techniques juridiques, illustre parfaitement la pratique de la Cour en matière de mesures conservatoires.

Néanmoins, la formulation choisie n'est pas adaptée aux circonstances de l'espèce. Elle place en effet les deux Parties sur un pied d'égalité alors que, d'une part, les conclusions du demandeur, dans lesquelles celui-ci insiste pour élargir la base de compétence de la Cour au-delà de la convention sur le génocide, et, d'autre part, le contenu inapproprié de sa demande ont pour conséquence objective «d'étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide» et d'en «rendre la solution plus difficile».

Il m'apparaît qu'à la lumière des circonstances pertinentes, deux types de mesures conservatoires sont indiquées :

- a) le genre de mesure conservatoire auquel se référerait M. Bedjaoui dans l'affaire de Lockerbie : «une mesure générale indépendante en forme d'appel aux Parties...» (*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), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, opinion dissidente de M. Bedjaoui, p. 48), ce qui, en substance, correspond au message adressé par le Président de la Cour aux deux Parties le 5 août 1993 ;

- b) des mesures conservatoires spécifiques tournant autour de la notion de notoriété et reconnaissant la nécessité de chercher une solution pacifique à la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, d'une part, accompagnées de la mise en œuvre de toutes mesures qui pourraient contribuer à la prévention de la commission, de la poursuite ou de l'incitation à la commission de l'odieux crime international de génocide, d'autre part.

Par rapport à la mesure conservatoire générale, les mesures conservatoires spécifiques pourraient être indiquées à titre soit alternatif soit cumulatif.

Etant donné que les mesures conservatoires indiquées dans l'ordonnance s'écartent sensiblement de ce schéma, c'est avec regret que je fais usage de mon droit d'exprimer une opinion dissidente.

(Signé) Milenko KREĆA.