

## OPINION DISSIDENTE DE M. KREĆA

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	
PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
Conception de base du sens de la première exception préliminaire	1
Notion d'Etat <i>ab intra</i>	3-4
Application des éléments constitutifs de la nation à la Bosnie-Herzégovine	5-26
Signification des accords de Dayton au regard de l'établissement de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave	22-25
Reconnaissance de la Bosnie Herzégovine	26
DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
Applicabilité du droit interne <i>in concreto</i>	27
Le président de la présidence de Bosnie-Herzégovine était-il autorisé à personnellement accréditer un «agent extraordinaire et plénipotentiaire» auprès de la Cour?	28-29
M. Izetbegović aurait-il pu exercer les fonctions de président de la présidence <i>ex constitutione</i> après le 20 décembre 1992?	30-37
Qualification juridique de la question	38-39
TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE	
<i>Sedes materiae</i> de la troisième exception préliminaire	40
Applicabilité du droit international à la naissance d'Etats (notion d'Etat <i>ab extra</i> )	41-44
La légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine au regard du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie	45-67
Applicabilité du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie	45-46
Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité fédérale	47-58
La proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain	59-67
Légalité de la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine en droit international	68-81
Le rapport entre la légalité de la naissance d'un Etat et la succession d'Etats en matière de traités	82-89
La Yougoslavie est-elle partie à la convention sur le génocide?	90-97

CINQUIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Principales questions juridiques que soulève la cinquième exception préliminaire de la Yougoslavie	99
Qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine	100
Nature juridique des droits et obligations des Etats découlant de la convention	101
La convention sur le génocide consacre-t-elle le principe de la répression universelle?	102
Un Etat peut-il être responsable de génocide?	103-104
Le champ d'application de l'article IX de la convention	105

SIXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Approche générale de la question que soulève la sixième exception préliminaire de la Yougoslavie	106-107
Nature juridique de la convention sur le génocide	108
Conception de la «succession automatique» — <i>lex lata</i> ou <i>lex ferenda</i> ?	109-111
Principes qui sous-tendent la convention en tant que partie du <i>corpus juris cogentis</i>	112-114
Notification de succession — peut-elle en soi exprimer un consentement à être lié par le traité?	115-118
L'accord de Dayton peut-il constituer une base pour l'application de la convention sur le génocide entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine?	119

SEPTIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

Champ d'application de l'article IX de la convention <i>ratione temporis</i> — rétroactivité ou non-rétroactivité?	120
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## INTRODUCTION

C'est très respectueusement que je me trouve contraint, à mon grand regret, de me prévaloir du droit de formuler une opinion dissidente.

Chacune des exceptions soulevées par la Yougoslavie semblant être conçue comme un tout distinct, je les examinerai séparément, afin que les conclusions auxquelles j'aboutirai constituent un fondement solide pour ma conclusion générale concernant la compétence de la Cour et la recevabilité de la demande de la Bosnie-Herzégovine.

## PREMIÈRE EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

1. Ma conception du sens de la première exception préliminaire est fondamentalement différente de celle de la Cour. Avant de décider si, *in concreto*, il existe un différend international au sens de l'article IX de la convention sur le génocide, il est à mon avis nécessaire de déterminer si la Bosnie-Herzégovine à l'époque où la requête et le mémoire ont été soumis et la Bosnie-Herzégovine telle qu'elle existe aujourd'hui alors que la présente affaire est à l'examen constituent effectivement un seul et même Etat. Cette question est à mon avis un exemple typique de ce que dans son opinion individuelle en l'affaire du *Cameroun septentrional*<sup>1</sup> sir Gerald Fitzmaurice a décrit comme relevant d'exceptions «qui peuvent et, à strictement parler, doivent être examinées *préalablement* à toute question de compétence», car elle ouvre la voie à la *persona standi in judicio* de la Bosnie-Herzégovine.

S'il s'agit du même Etat, alors la question soulevée par l'exception préliminaire est pertinente. Dans le cas contraire, la situation est à mon avis claire — il n'y a pas de différend concernant l'article IX de la convention — et, ainsi, *placitum aliud personale*.

A cet égard, la question soulevée par la première exception préliminaire n'est pas une question de recevabilité *stricto sensu*, mais une question *sui generis* touchant à la fois la recevabilité et la compétence *ratione personae*.

2. La question susmentionnée est directement liée à la notion de différend international, qui consiste en deux éléments cumulés — un élément matériel et un élément formel. La définition généralement acceptée du terme «différend» que la Cour a donnée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*<sup>2</sup> 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»

<sup>1</sup> C.I.J. Recueil 1963, p. 105.

<sup>2</sup> C.P.J.I. série A n° 2, p. 11.

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», tel qu'il résulte 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.

Dès le tout début de l'instance devant la Cour, la Yougoslavie a contesté à la Bosnie-Herzégovine la qualité d'Etat. Certes, comme l'a noté la Cour, la Yougoslavie a expressément retiré cette exception préliminaire. Toutefois, elle a formulé à l'appui de sa troisième exception des arguments de fond pour dénier à la Bosnie-Herzégovine la qualité d'Etat durant la période pertinente. Elle a par exemple souligné que «les organes centraux du gouvernement de cette république ne contrôlaient qu'une très petite fraction de son territoire ... Il existait en fait quatre Etats sur le territoire de l'ex-République socialiste de Bosnie-Herzégovine...»<sup>3</sup> En substance, la troisième exception de la Yougoslavie peut être ramenée à l'argument selon lequel, au regard des règles juridiques applicables, la Bosnie-Herzégovine «n'a pas établi sa qualité d'Etat indépendant» à l'intérieur des limites administratives de cette ex-entité fédérale. C'était là une autre raison pour laquelle la Cour devait prendre position sur la question susmentionnée, non seulement pour pouvoir statuer sur la première exception préliminaire de la Yougoslavie, mais aussi pour décider si et dans quelle mesure elle était compétente en la présente affaire.

La réponse à la question de savoir si la Bosnie-Herzégovine, aux moments pertinents, était constituée en Etat à l'intérieur des limites administratives de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine a un effet concret sur la succession à la convention sur le génocide. Etre lié par la convention sur le génocide est seulement l'une des formes de la «substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire». Le mot «territoire» vise l'espace dans lequel l'Etat nouvellement formé exerce la *summa potestas*, espace à l'intérieur duquel il est constitué en Etat au sens des normes en vigueur du droit international. Il est à peine besoin de dire qu'aucune base juridique ne permet à un Etat d'assumer des obligations contractuelles au nom d'un autre Etat ou d'autres Etats, qu'ils soient reconnus ou non. La Bosnie-Herzégovine prétend expressément — et, qui plus est, la totalité de son mémoire repose sur cette prétention — qu'elle agit au nom de l'ensemble de l'ex-entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, c'est-à-dire qu'elle est l'Etat suc-

<sup>3</sup> CR 96/5, p. 35.

cesseur relativement à la totalité du territoire de cette ex-entité fédérale. C'est pourquoi il est à mon avis essentiel que la Cour, lorsqu'elle définit la situation en fait et en droit dans le territoire de Bosnie-Herzégovine aux moments pertinents, définisse précisément l'étendue de sa compétence.

Finalement, par sa portée, la réponse à la question de l'identité étatique de la Bosnie-Herzégovine est à mon avis également pertinente en ce qui concerne l'argument formulé par la Yougoslavie dans sa cinquième exception préliminaire, à savoir qu'«il y a en l'espèce un conflit interne entre trois parties, auxquelles la République fédérative de Yougoslavie n'est pas partie prenante».

Compte tenu de ce qui précède, et même si la Yougoslavie n'avait pas présenté un tel argument, la Cour n'en est pas moins tenue de s'assurer de sa compétence. Comme il a été établi dans l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*:

«La Cour n'en doit pas moins s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office. Le vrai problème soulevé en l'espèce, du fait qu'une partie s'est abstenue de présenter une objection à la compétence sous la forme d'une exception préliminaire, a été de savoir si cette partie ne devrait pas être considérée comme ayant ainsi accepté la compétence de la Cour.»<sup>4</sup>

3. (*La notion d'Etat ab intra.*) La notion d'Etat *ab intra* définit l'Etat comme un phénomène isolé et statique sur la base de ses éléments constitutifs. L'Etat ainsi défini s'entend généralement d'une entité comprenant une population permanente, un territoire établi et une autorité souveraine. Il n'est pas rare que d'autres éléments de l'Etat soient aussi cités mais ils ne méritent pas la qualification d'éléments constitutifs, soit qu'il s'agisse, par leur nature, d'éléments dérivés (par exemple «la capacité d'établir des relations avec d'autres Etats»), soit qu'ils reflètent des notions exclusivistes ontologiquement incompatibles avec la nature démocratique du droit international positif («niveau de civilisation permettant à l'Etat d'observer les principes du droit international», etc.).

Quant à la nature des éléments constitutifs de l'Etat cités ci-dessus, il s'agit de faits juridiques. En tant que faits juridiques, ils ont deux dimensions.

La qualification d'«éléments constitutifs de l'Etat» reflète la dimension phénoménologique statique de la notion d'Etat. Elle procède de l'Etat qui, en tant que fait, c'est-à-dire phénoménologiquement, est axé sur les éléments constitutifs fondamentaux de son être statique.

Dans le cas de l'apparition de nouveaux Etats, les éléments constitutifs de l'Etat perdent leurs caractéristiques phénoménologiques — car dans ce cas il n'y a pas d'Etat en tant qu'entité — et se transforment en *conditions préalables* à la naissance d'un Etat. En d'autres termes, pour qu'une cer-

<sup>4</sup> C.I.J. Recueil 1972, p. 52.

taine entité devienne un Etat, elle doit remplir cumulativement des conditions qui sont, au sens matériel, identiques aux éléments constitutifs d'un Etat pris aux sens statique et phénoménologique.

4. Quelle est la relation mutuelle entre les éléments constitutifs fondamentaux de l'Etat? Du point de vue formel, la question peut sembler superflue, car son libellé même suggère la seule réponse possible, à savoir qu'il s'agit d'éléments qui opèrent cumulativement. Toutefois, cette question a sa propre logique si on l'envisage du point de vue de la valeur relative des éléments cumulés ou, en d'autres termes, si l'on envisage, au sein de la notion d'Etat constitué des trois éléments cités, la relation mutuelle de ces éléments *ab intra*.

Même si la valeur comparée de ces éléments est dans une certaine mesure déterminée à l'avance par leur nature cumulative, certaines conclusions peuvent néanmoins être tirées. Premièrement, il n'est pas douteux qu'il existe bien une échelle de valeurs, sans aller jusqu'à une hiérarchie. Il suffit de noter que territoire et population sont également inhérents à certaines entités non étatiques. Il est aussi hors de doute que l'élément de souveraineté est propre au seul Etat. Troisièmement — et cela est la *differentia specifica* entre les Etats et d'autres entités, non étatiques — la souveraineté est dans un sens une condition *sine qua non*, une condition d'une valeur particulière, car l'autorité souveraine n'est pas seulement l'un des éléments constitutifs de l'Etat, mais elle est en même temps celui qui donne une substance concrète aux notions assez abstraites et larges de «territoire» et de «population» et, ce faisant, les relie à la notion d'Etat au sens du droit international. A l'évidence, pour qu'un «territoire» soit un «territoire étatique» il doit être soumis à une autorité souveraine. A défaut, un «territoire» n'est pas un territoire étatique mais quelque chose d'autre (*res nullius*, territoire sous tutelle, *res communis omnium*, patrimoine commun de l'humanité, etc.).

5. Les éléments constitutifs de l'Etat existaient-ils dans le cas de la Bosnie-Herzégovine à la date pertinente?

6. Il n'est pas douteux que la Bosnie-Herzégovine avait une «population permanente» si l'on utilise l'expression au sens technique, c'est-à-dire au sens d'un groupe d'individus liés au territoire en question par leur mode de vie.

Toutefois, en droit international positif, l'expression «population permanente» acquiert un sens différent. Dans un système qui accorde une importance fondamentale aux principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples (voir ci-après par. 67, 68 et 71), la notion de «population permanente», au moins lorsque l'on se réfère à un territoire habité par plusieurs peuples, ne peut avoir seulement le sens technique susvisé. Dans un tel cas, pour pouvoir parler d'une «population permanente» compte tenu des principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples, un minimum de consensus doit exister entre les peuples concernés quant aux conditions de leur vie commune.

En Bosnie-Herzégovine, ce minimum n'existait pas. Le référendum du 29 février et du 1<sup>er</sup> mars 1992, en relation avec le plébiscite national du

peuple serbe en Bosnie-Herzégovine des 9 et 10 novembre 1991, a montré que la « population permanente » de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine était divisée en un peuple croato-musulman, d'une part, et un peuple serbe, de l'autre. La réunion des communes à majorité croate au sein de la communauté croate d'Herceg-Bosna le 19 novembre 1991 et, en particulier, la formation de la communauté étatique indépendante d'Herceg-Bosna le 4 juillet 1992 symbolisaient les divergences totales de choix entre les trois peuples de Bosnie-Herzégovine. S'agissant d'une entité dans laquelle la *summa potestas* est un élément constitutif d'une importance particulière et compte tenu de la manière dont elle était répartie en Bosnie-Herzégovine, de solides arguments permettent d'affirmer qu'il y avait en fait trois « populations permanentes » en Bosnie-Herzégovine.

7. L'utilisation de l'expression « territoire défini » implique des frontières définies et établies conformément aux règles du droit international positif. En tant que condition de l'existence d'un Etat, « des frontières définies et établies » n'ont pas une valeur absolue — en pratique on a considéré qu'un Etat était constitué même lorsque toutes ses frontières n'étaient pas définies. Toutefois, il est essentiel qu'« il existe une bande consistante de territoire indéniablement contrôlée par le gouvernement du prétendu Etat »<sup>5</sup>. La règle est que les frontières doivent être établies par traité international ou, exceptionnellement, sur la base du principe de l'effectivité.

La question de savoir si la Bosnie-Herzégovine avait « des frontières définies et établies » a un double aspect, matériel et chronologique.

8. Du point de vue matériel, il s'agit de savoir si l'on peut assimiler les limites administratives territoriales internes d'un Etat composite à des frontières entre Etats au sens du droit international ?

La réponse ne peut être que négative tant du point de vue du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie que du point de vue du droit international.

En ce qui concerne le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, il suffit de noter les dispositions de l'article 5, paragraphe 1, de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, qui disposait expressément que « le territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est unifié » et qu'il est « composé des territoires des républiques socialistes ». La raison de penser que les « limites » entre les entités fédérales n'étaient que des lignes de démarcation administratives est aussi attestée par le fait qu'elles n'avaient pas été établies directement par un acte juridique. Elles étaient déterminées indirectement, par le biais des territoires des communes qui constituaient une certaine entité fédérale de telle sorte qu'elles étaient, en un sens, un agrégat de frontières communales. Ainsi, la Constitution de Bosnie-Herzégovine stipulait à l'article 5 : « Le territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine est composé des superficies des communes. »

<sup>5</sup> M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 127.

La nature administrative des limites des entités fédérales en République fédérative socialiste de Yougoslavie a aussi été reconnue par la commission d'arbitrage de la conférence sur la Yougoslavie dont les avis sont utilisés par le demandeur comme argument principal. Dans son avis n° 3, la commission a qualifié les frontières entre les entités fédérales yougoslaves de «lignes de délimitation»<sup>6</sup>.

En droit international, les termes «frontières» ou «frontières étatiques» sont réservés aux Etats dotés de la personnalité internationale. En l'espèce, si la République fédérative socialiste de Yougoslavie était un Etat au regard du droit international public et de la Charte des Nations Unies, ses républiques en étaient les éléments constitutifs et, compte tenu de la nature juridique d'une fédération, ils étaient les éléments constitutifs d'un seul Etat *in foro externo*, et d'un Etat composite *in foro interno* puisqu'une fédération se distingue par l'existence parallèle d'une organisation gouvernementale fédérale et d'une organisation gouvernementale des républiques de la manière et dans la mesure établies par la constitution et par la loi.

9. Du point de vue chronologique, la question se pose différemment: les limites administratives territoriales de la Bosnie-Herzégovine ont-elles été transformées en frontières au sens du droit international, *tractu temporis*, à partir du moment où «la souveraineté et l'indépendance» de la Bosnie-Herzégovine ont été proclamées?

Une telle transformation est en principe possible. Des «non-frontières» peuvent devenir des «frontières» de la même manière dont les «frontières» sont définies, c'est-à-dire par accord ou, exceptionnellement, sur la base du principe de l'effectivité.

Les républiques soviétiques et la République tchèque et la Slovaquie fournissent des exemples d'une telle transformation. Dans le cas de la Yougoslavie, une telle transformation impliquait deux choses: premièrement, qu'une décision sur la dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ait été prise ou une restructuration étatico-juridique effectuée par l'organe investi de l'autorité suprême dans le cadre d'une procédure appropriée et, deuxièmement, que, dans un cas comme dans l'autre, l'établissement de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant ait été envisagé. Les faits pertinents imposaient une telle solution. Premièrement, la Bosnie-Herzégovine n'était pas un élément constitutif authentique de l'Etat yougoslave. Un tel statut était celui, notamment, des peuples de Bosnie-Herzégovine (voir ci-après par. 48-60). En outre, la Bosnie-Herzégovine étant une entité dérivée du droit constitutionnel de la Yougoslavie sans droit de sécession, son existence dépendait de celle de la Yougoslavie. *En conséquence, même dans l'hypothèse où la dissolution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie était effective, cela ne signifierait pas en soi la transformation de la Bosnie-Herzégovine en un*

<sup>6</sup> Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 3, par. 2, al. 3.

*Etat indépendant à l'intérieur de ses limites administratives. Juridiquement, cette dissolution hypothétique aurait dû nécessairement déboucher sur un réaménagement politique et juridique de l'espace de la Bosnie-Herzégovine sur la base de la norme de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples.*

La Bosnie-Herzégovine n'a pas accepté le «projet pour l'organisation future de l'Etat» proposé par un groupe de travail comprenant des représentants de toutes les républiques comme base de nouveaux pourparlers auxquels auraient participé les présidents des républiques et la présidence de l'Etat et qui, entre autres, comprenait une «procédure proposée pour la dissociation de la Yougoslavie» sur la base de l'autodétermination des peuples. Cette partie du «projet», lequel a été élaboré pour faire face à la crise constitutionnelle que connaissait la République fédérative socialiste de Yougoslavie de manière pacifique et démocratique et dans le respect des normes pertinentes du droit international et le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, envisageait une solution correspondante pour les frontières. Sur la base d'un amendement de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le «projet» énonçait l'obligation du gouvernement fédéral de «c) préparer des propositions concernant la délimitation territoriale et les frontières des futurs Etats et autres questions d'importance pour la formulation de la loi sur le retrait»<sup>7</sup>.

Reste le principe de l'effectivité comme base possible de la transformation des limites administratives territoriales de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine en frontières internationales. Comme ce principe implique l'exercice réel et effectif de l'autorité souveraine, et compte tenu de la portée de l'autorité souveraine du gouvernement central à Sarajevo (voir ci-après par. 18), il n'est pas douteux que cette transformation en frontières sur la base du principe de l'effectivité ne s'est pas produite.

10. La commission d'arbitrage de la conférence sur la Yougoslavie, dont la Bosnie-Herzégovine cite l'avis à l'appui de ses prétentions, déclare à cet égard :

«A défaut d'un accord contraire, les limites antérieures acquièrent le caractère de frontières protégées par le droit international. Telle est la conclusion à laquelle conduit le principe du respect du *statu quo* territorial et particulièrement celui de *Futi possidetis ...* [qui], bien qu'initialement reconnu dans le règlement des problèmes de décolonisation en Amérique et en Afrique, constitue aujourd'hui un principe présentant un caractère général, comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 22 décembre 1986 dans l'affaire entre le Burkina Faso et la République du Mali (*Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986, p. 565, par. 20*):

«Ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle

<sup>7</sup> *Focus*, numéro spécial, janvier 1992, p. 33.

particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux Etats ne soient mises en danger par des luttes fratricides.»<sup>8</sup>

Un tel raisonnement ne tient pas juridiquement.

Premièrement, l'expression «*statu quo territorial*» est en l'espèce une *contradictio in adiecto*. Elle a bien un sens logique et juridique dans l'ordre international, dans les relations mutuelles entre les Etats en tant que sujets du droit international. Le *statu quo territorial* est, aux Nations Unies, un substitut terminologique pour le principe du respect de l'intégrité territoriale de l'Etat et, à strictement parler, il vise les Etats au sens du droit international et non les entités composant une fédération. *In foro interno*, le «*statu quo territorial*» a une importance limitée pour la propre organisation territoriale de l'Etat et est une question qui relève strictement de la compétence interne (domaine réservé). Ainsi, depuis la création de la Yougoslavie en 1918, les limites territoriales et administratives internes ont été tracées trois fois: d'abord en 1918 dans le cadre du Royaume des Serbes, des Croates et des Slovènes, le pays étant divisé en trente-deux régions; ensuite en 1929, dans le cadre du Royaume de Yougoslavie, avec l'organisation de neuf unités administratives, les *banovinas*, et, enfin, avant 1943 et durant les premières années de l'après-guerre, dans le cadre de la formation de la Yougoslavie fédérale et de ses six républiques. *En conséquence, l'expression «statu quo territorial» en droit interne ne peut être considérée que comme une espèce de métaphore juridique exprimant une règle de droit national qui interdirait de les modifier.*

Deuxièmement, la référence à l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend frontalier* ne peut être pertinente en l'espèce non seulement parce que la citation est tronquée<sup>9</sup>, mais aussi parce que la signification de cet arrêt dans son ensemble est sensiblement différente.

Hors du contexte colonial auquel s'applique le raisonnement de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier*, le principe de l'*uti possidetis* ne peut avoir en droit international positif que son sens premier tel qu'il est exprimé par l'adage «*uti possidetis, ita posedeatur*», c'est-à-dire le sens du principe de l'effectivité.

11. En ce qui concerne la qualification des frontières de la Bosnie-Herzégovine, il est intéressant d'examiner l'«accord-cadre concernant la fédération» conclu le 2 mars 1994 à Washington. Le chapitre I («Création») de cet accord dispose notamment:

<sup>8</sup> Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 3, par. 2, al. 4.

<sup>9</sup> La partie de l'arrêt que la commission a citée se termine par les mots: «nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante» (par. 20; les italiques sont de moi); voir les paragraphes 19, 20 et 23 de l'arrêt dans l'affaire du *Différend frontalier*, C.I.J. Recueil 1986, pp. 564-565, 566.

«Les Bosniaques et les Croates, en tant que peuples constitutifs (aux côtés d'autres citoyens) et citoyens de la République de Bosnie-Herzégovine, agissant dans l'exercice de leurs droits souverains, transforment en fédération la structure interne des territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité bosniaque ou croate, cette fédération étant composée d'entités fédérales ayant des droits et des responsabilités égaux.»

Bien que l'«accord-cadre» ne mentionne pas les frontières, il n'est pas douteux que son contenu, eu égard aux normes pertinentes du droit international, a des incidences précises en ce qui concerne les frontières de la Bosnie-Herzégovine.

L'«accord-cadre» équivaut à une renonciation tacite à l'idée d'une Bosnie-Herzégovine unifiée et donc à l'idée de faire des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine des frontières internationales. Il est en particulier clair que, par cet accord, les représentants politiques des peuples croate et musulman de Bosnie-Herzégovine sont convenus de constituer un Etat fédéral qui aurait des liens confédéraux avec la Croatie. La constitution de la fédération découle sans aucun doute du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples musulman et croate en Bosnie-Herzégovine même si cette norme n'est pas expressément mentionnée dans l'accord. L'affirmation selon laquelle la fédération était constituée sur la base de «l'exercice des droits souverains ... [des] Bosniaques et des Croates en tant que peuples constitutifs» justifie une telle conclusion. Certes, l'accord procède de «la souveraineté et [de] l'intégrité territoriale de la République de Bosnie-Herzégovine» mais ce syntagme, dans le contexte des faits pertinents, a une importance plus déclarative que matérielle. L'«accord-cadre» définit le territoire de la Bosnie-Herzégovine comme les «territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité bosniaque ou croate». En ce qui concerne les territoires de la Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe, l'«accord-cadre» dispose :

«Les décisions concernant le statut constitutionnel des territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe seront prises au cours des négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie.»

Il est donc hors de doute que :

- a) l'«accord-cadre» envisage la constitution d'une fédération croato-musulmane sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine;
- b) les territoires de la Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe ne font pas partie des territoires de la fédération;
- c) les représentants de la fédération croato-musulmane agissent et sont acceptés sur la scène internationale, y compris au sein des organisations internationales, en tant que représentants d'un Etat autonome et indépendant;

d) l'«accord-cadre» lie la décision sur le statut des «territoires de la République de Bosnie-Herzégovine dont la population est en majorité serbe» aux «négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie». Etant donné les règles du droit international général sur les procédures de prise des décisions qui, cela va sans dire, s'appliquent aussi à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, la conclusion qui s'impose est que la signification matérielle et juridique de l'«accord-cadre» en ce qui concerne les frontières de la Bosnie-Herzégovine est que la fédération, constituée par la volonté de deux des trois peuples constitutifs de la Bosnie-Herzégovine, a renoncé à ce que les limites administratives de la Bosnie-Herzégovine soient des frontières étatiques de la fédération en laissant ouverte la possibilité que ces frontières soient modifiées sur la base de décisions prises «au cours des négociations en vue d'un règlement pacifique et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie».

12. Ce sont les accords de Dayton qui ont transformé les limites administratives de la Bosnie-Herzégovine en frontières internationales. L'article 10 dispose que «[l]a République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissent l'une l'autre comme Etats indépendants souverains à l'intérieur de leurs frontières internationales».

13. Quelles que soient les définitions théoriques de la souveraineté et les distinctions en découlant concernant ses manifestations, il est évident que la souveraineté des Etats impliquent :

- i) *Suprema potestas* — «l'on entend par cela que l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autre autorité, si ce n'est celle du droit international»<sup>10</sup>. Le signe «égal» que l'on place entre *suprema potestas* et indépendance<sup>11</sup> dénote un fait important : que l'entité qui prétend à la qualité d'Etat au sens du droit international public prend des décisions politiques vitales de manière autonome et indépendamment des Etats tiers. Un Etat au sens du droit international ne peut pas et ne doit pas se conformer à des décisions politiques étrangères, qu'il le fasse sur une base formelle ou informelle. Tel est le sens de la réserve selon laquelle «la première condition de la qualité d'Etat est qu'il doit y avoir un gouvernement effectivement indépendant de tout autre Etat»<sup>12</sup>.
- ii) *Summa potestas* — au sens de l'exercice d'une autorité réelle et effective sur le territoire de l'Etat. L'intention d'établir une véritable autorité n'est rien de plus qu'un projet politique, une construction intellectuelle qui ne s'est pas matérialisée. Cette intention doit être réalisée et cela implique, entre autres, l'existence d'un réseau institutionnel

<sup>10</sup> *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B n° 41, opinion individuelle de M. Anzilotti, p. 57.*

<sup>11</sup> *Affaire de l'Île de Palmas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 838.*

<sup>12</sup> H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1949, p. 26.

propre et apte à appliquer ses décisions sur toute l'étendue du territoire de l'Etat. Ainsi, la *summa potestas* n'est qu'une figure de style «avant qu'une organisation politique stable ait été créée et que les autorités publiques ne soient devenues assez fortes pour affirmer leur autorité sur le territoire du pays»<sup>13</sup>.

Ces deux éléments de la souveraineté constituent un tout organique. Pour ce qui est de leurs relations mutuelles, la *summa potestas* a un caractère d'antériorité car, pour qu'une entité constitue un Etat indépendant, il est essentiel qu'elle soit née en qualité d'Etat — du point de vue théorique la *suprema potestas* est la condition de l'existence d'un Etat indépendant, la *differentia specifica* entre Etats indépendants et Etats dépendants.

14. La question de savoir si la Bosnie-Herzégovine jouissait de la *summa potestas* à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine doit être circonscrite dans un cadre temporel défini. Aux fins de cette question précise, deux dates sont pertinentes :

- a) la date de la proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante»;
- b) la date où une instance a été introduite contre la République fédérative de Yougoslavie devant la Cour internationale de Justice.

Est-ce que, à ces dates, le requérant avait une «organisation politique stable» à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine, d'une part, et est-ce que ses «autorités publiques [étaient] assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine, de l'autre?

15. Selon les affirmations du demandeur, la Bosnie-Herzégovine a été proclamée «Bosnie souveraine et indépendante» le 6 mars 1992 lorsque les résultats du référendum organisé les 29 février et 1<sup>er</sup> mars 1992 ont été officiellement annoncés. *Il n'est pas contesté qu'à cette date le demandeur n'avait pas une «organisation politique stable» sur l'ensemble du territoire de la Bosnie-Herzégovine et que ses «autorités publiques [n'étaient pas] assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine. Plus particulièrement, avant la proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante» à l'intérieur des limites administratives de la Bosnie-Herzégovine, deux Etats de facto — la Republika Srpska et la Communauté croate d'Herceg-Bosna — avaient été constitués.*

La Communauté croate d'Herceg-Bosna a été fondée le 9 novembre 1991 (elle a été proclamée communauté étatique indépendante sous le même nom le 4 juillet 1992), tandis que la République serbe de Bosnie-Herzégovine a été formée par une déclaration de l'assemblée du peuple

<sup>13</sup> Aspects juridiques de la question des îles d'Åland, rapport de la commission internationale de juristes, *Journal officiel de la Société des Nations, supplément spécial n° 3*, 1920, p. 9.

serbe publiée en janvier 1992 (elle s'est rebaptisée Republika Srpska le 7 avril de la même année<sup>14</sup>).

Le dénominateur commun de ces deux entités est qu'elles représentent l'institutionnalisation d'une autorité dans des régions où, dans l'ensemble, les partis des peuples serbe et croate de Bosnie-Herzégovine ont remporté la majorité lors des premières élections multipartites tenues les 18 et 19 novembre 1990<sup>15</sup> et que leur existence découle directement des divergences de vues substantielles qui s'étaient fait jour entre les partis nationaux des trois peuples constitutifs en ce qui concerne le statut futur de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine. Ces divergences étaient déjà apparues clairement et sans ambiguïté au moment du déclenchement de la crise constitutionnelle en République fédérative socialiste de Yougoslavie avec la proclamation de la «souveraineté et [de] l'indépendance» des entités fédérales de Slovénie et de Croatie, et ont culminé lorsque «la plate-forme sur le statut de la Bosnie-Herzégovine et l'aménagement futur de la communauté yougoslave» a été adoptée par ce qui était alors l'assemblée croupion de Bosnie-Herzégovine le 14 octobre 1991.

La «plate-forme sur le statut de la Bosnie-Herzégovine» qualifiait notamment la Bosnie-Herzégovine d'«Etat démocratique souverain» qui préconiserait l'adoption d'une «convention sur la reconnaissance mutuelle de la souveraineté, de l'inviolabilité et de l'immuabilité des frontières des actuelles républiques»<sup>16</sup>.

L'effet pratique de la «plate-forme» a été la dissolution de la structure juridico-étatique de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, les pouvoirs dont ses organes étaient investis aux termes de la Constitution fédérale et de la Constitution de Bosnie-Herzégovine *via facti* étant donc eux-mêmes passés aux trois communautés ethniques.

16. (*Republika Srpska.*) L'assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine, lors de la session qu'elle a tenue le 9 janvier 1992, a adopté une «déclaration sur la proclamation de la République serbe de Bosnie-Herzégovine» dans les

«régions autonomes serbes et régions et autres communautés ethniques serbes de Bosnie-Herzégovine, y compris les régions où le peuple serbe est demeuré minoritaire en raison du génocide perpétré contre lui durant la seconde guerre mondiale, conformément aux résultats du plébiscite organisé les 9 et 10 novembre 1991 lors duquel la population serbe a voté pour demeurer dans l'Etat yougoslave commun»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 42, du 19 décembre 1991.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, n° 32, du 16 octobre 1991.

<sup>17</sup> *Journal officiel du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine*, n° 2/92.

Cette déclaration stipulait notamment que :

« en attendant l'élection et la constitution des nouveaux organes et institutions qui seront créés en vertu de la Constitution de la République, les fonctions des organes étatiques de la République seront exercées par l'actuelle assemblée du peuple serbe en Bosnie-Herzégovine et par le conseil des ministres » (art. VI) ;

et que

« les règlements fédéraux, ainsi que ceux de l'ex-Bosnie-Herzégovine, à l'exception de ceux que l'assemblée du peuple serbe a jugé contraire à la Constitution fédérale, demeureront en vigueur en attendant la promulgation de la Constitution de la République, de ses lois et de ses règlements » (art. VIII).

L'assemblée du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine, à sa session du 29 février 1992, a adopté la « Constitution de la Republika Srpska » sur la base du

« droit naturel inaliénable et intransférable du peuple serbe à l'auto-détermination, à l'auto-organisation et à l'association, sur la base duquel il peut librement déterminer son statut politique et assurer son développement économique, social et culturel ».

Ces actes officiels s'accompagnèrent de l'exercice effectif de l'autorité sur les territoires des communes.

Les forces armées de la Republika Srpska étaient d'abord composées des unités de défense territoriale dans les communes et d'autres formations armées. L'armée de la Republika Srpska a été formée le 13 mai 1992<sup>18</sup>.

L'armée de la Republika Srpska, dès sa constitution, a opéré de manière autonome en tant que force militaire de l'Etat proclamé. Cela est clairement confirmé dans le rapport susmentionné du Secrétaire général :

« La présidence de la Bosnie-Herzégovine avait d'abord hésité à entamer des pourparlers ... avec les dirigeants de la « République serbe de Bosnie-Herzégovine » et avait exigé au contraire des pourparlers directs avec les autorités de Belgrade. Un représentant de haut rang de l'armée populaire yougoslave (APY), le général Nedeljko Bosković, a mené des discussions avec la présidence de la Bosnie-Herzégovine, mais il est désormais évident que sa parole ne lie pas le commandant de l'armée de la « République serbe de Bosnie-Herzégovine », le général Mladić — il est clair également que l'apparition du général Mladić et des forces qu'il commande, lesquelles

<sup>18</sup> Rapport présenté par le Secrétaire général conformément au paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité, doc. S/24049, 30 mai 1992, par. 2.

*agissent de manière indépendante et échappent semble-t-il au contrôle de l'APY, complique beaucoup le problème soulevé au paragraphe 4 de la résolution 752 (1992).»<sup>19</sup>*

En outre, la Republika Srpska avait ses propres organes législatifs, exécutifs et judiciaires.

17. (*Communauté croate d'Herceg-Bosna.*) L'Herceg-Bosna, l'Etat du peuple croate de Bosnie-Herzégovine, a été proclamé le 4 juillet 1992. A l'exception de certaines modifications territoriales, cette proclamation ne faisait qu'officialiser la situation créée en novembre 1991 lorsque la Communauté croate d'Herceg-Bosna a été créée. Dès le tout début, elle a *de facto* fonctionné comme un Etat.

L'Herceg-Bosna avait sa propre armée. Le décret sur les forces armées de la Communauté croate d'Herceg-Bosna disposait que les forces armées constituaient un corps unifié comprenant les «forces régulières et de réserve»<sup>20</sup>. On trouve confirmation de l'existence des forces armées autonomes d'Herceg-Bosna également dans le «rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité» (voir ci-après par. 18). Dans une lettre adressée le 29 avril 1993 à M. Cyrus Vance et à lord Owen, coprésidents de la conférence sur l'ex-Yougoslavie, M. Hadzo Efendić, en qualité de «premier ministre par intérim», déclare notamment :

«En vue de réaliser l'accord visé au point 5 de la déclaration commune faite par MM. Alija Izetbegović et Mato Boban à la réunion tenue à Zagreb le 24 avril 1993 ... nous vous serions obligés d'entreprendre des démarches visant à la création d'une commission internationale indépendante et distincte chargée d'établir les faits en ce qui concerne les violations du droit humanitaire international et les crimes de guerre commis contre la population civile *au cours des conflits qui ont repris entre l'armée de la République de Bosnie-Herzégovine et les forces du conseil de défense croate (HVO) en Bosnie centrale et dans certaines autres parties de la République de Bosnie-Herzégovine.*»<sup>21</sup>

Outre ses forces armées, l'Herceg-Bosna avait ses propres organes exécutifs, législatifs et judiciaires.

C'est la présidence, composée de représentants du peuple croate de Bosnie-Herzégovine et dirigée par le président de la présidence, qui était investie de l'autorité suprême. Les représentants croates se retirèrent des organes communs du demandeur et se transportèrent à Mostar qui fut

<sup>19</sup> Doc. S/2409, 30 mai 1992, par. 8 et 9 (les italiques sont de moi).

<sup>20</sup> *Borba*, Belgrade, 6 juillet 1992.

<sup>21</sup> Lettre en date du 29 avril 1993, adressée à «M. Cyrus Vance et à lord David Owen, coprésidents de la conférence sur l'ex-Yougoslavie» par Hadzo Efendić, premier ministre par intérim.

proclamée capitale de l'Etat<sup>22</sup>. L'Herceg-Bosna s'appropriâ tout le matériel de l'APY ainsi que tous les biens des organes et organismes de l'ancienne fédération. Des entreprises publiques et d'Etat furent constituées dans les secteurs de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière, de la poste, des télégrammes et du téléphone (PTT) et de l'édition<sup>23</sup>.

Il fut décidé que la loi sur les tribunaux de droit commun s'appliquerait même en situation de guerre, et des tribunaux militaires furent constitués dans les zones d'opérations militaires, en tant que sections autonomes des principaux tribunaux militaires.

18. A mon avis, il n'est pas douteux qu'au moment de la proclamation de la «Bosnie souveraine et indépendante» les autorités de Sarajevo qui avaient été reconnues par la communauté internationale comme les autorités de l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine n'exerçaient pas, tant s'en faut, la *summa potestas* sur les territoires se trouvant à l'intérieur des lignes de délimitation administrative de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine.

Une «organisation politique stable de la Bosnie souveraine et indépendante» n'existait tout simplement pas à aucune des deux dates pertinentes. Qui plus est, même *avant la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat «souverain et indépendant», l'appareil administratif, judiciaire et législatif uniforme de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine avait cessé de fonctionner. Il découle des faits pertinents que la proclamation de la République du peuple serbe et de la Communauté croate d'Herceg-Bosna n'ont fait qu'officialiser la dissolution de l'appareil d'Etat de l'entité fédérale de Bosnie-Herzégovine et son remplacement par les structures correspondantes des trois communautés ethniques.* Ce processus a touché les structures d'autorité tant civiles que militaires. Cela est aussi attesté dans le rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité. Aux paragraphes 5 et 10 de ce rapport, le Secrétaire général évoque l'existence de l'armée de «la prétendue «République serbe de Bosnie-Herzégovine», et les «forces de défense territoriale de la Bosnie-Herzégovine, placées sous le contrôle politique de la présidence de cette République» et les «forces de défense territoriale locales [croates]». Aucune «organisation politique stable» n'a jamais vu le jour en «Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante», même après la proclamation de l'indépendance, et il est donc évident que les autorités du demandeur n'étaient pas «assez fortes pour affirmer leur autorité sur l'ensemble du territoire» de la Bosnie-Herzégovine.

Ce fait évident est confirmé également dans le «Rapport sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie présenté par M. T. Mazowiecki, rapporteur spécial de la Commission des droits

<sup>22</sup> Lettre du président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, 13 mai 1993.

<sup>23</sup> *Boba*, Belgrade, 6 juillet 1992.

de l'homme, en application du paragraphe 14 de la résolution 1992/S-1/1 de la Commission, en date d'août 1992». Aux termes de ce rapport :

«Une grande partie du territoire de la Bosnie-Herzégovine n'est pas sous le contrôle du gouvernement reconnu. La plupart des observateurs conviennent que le Gouvernement de la «République serbe de Bosnie-Herzégovine», Etat non reconnu proclamé *lorsque* la Bosnie-Herzégovine a déclaré son indépendance de la Yougoslavie contre les vœux de la population serbe, contrôle cinquante à soixante-dix pour cent du territoire ... La «République serbe de Bosnie-Herzégovine» comprend quatre «régions autonomes», dont Banja Luka, où s'est rendu le rapporteur spécial. Selon les informations reçues, le droit applicable dans la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» est le droit de la République fédérative de Yougoslavie, tel que modifié par le législateur local.»<sup>24</sup>

*Tout ce qu'il reste à ajouter est que la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» n'a pas été proclamée «lorsque la Bosnie-Herzégovine a déclaré son indépendance» puisque la «République serbe de Bosnie-Herzégovine» a été proclamée le 9 janvier 1992, alors que le parlement croation de Bosnie-Herzégovine n'a proclamé l'indépendance de celle-ci que le 6 mars de la même année.*

Le «Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 4 de la résolution 752 (1992) du Conseil de sécurité» indique :

«Mais les observateurs internationaux sont convaincus que certaines parties de la Bosnie-Herzégovine sont contrôlées par des unités militaires croates, qu'elles appartiennent aux forces de défense territoriale locales, à des groupes paramilitaires ou à l'armée croate.»<sup>25</sup>

*Cette indication vise en fait les territoires des communes constituant la Communauté croate d'Herceg-Bosna formée le 9 novembre 1991, c'est-à-dire avant la proclamation de «la Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante».*

Le territoire à l'intérieur duquel les organes du demandeur exerçaient une autorité réelle et effective comprenaient en fait :

«Trois régions distinctes sont sous le contrôle du Gouvernement de Bosnie-Herzégovine, à savoir une partie de la capitale, Sarajevo, la région connue sous le nom de Bihac, adjacente à la frontière avec la Croatie au nord-ouest de la Bosnie, et des parties du centre de la Bosnie-Herzégovine.»<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Doc. E/CN.4/1992/S-1/9, 9.18 (les italiques sont de moi).

<sup>25</sup> Doc. S/24049, p. 4, par. 10.

<sup>26</sup> Rapport sur les droits de l'homme sur les territoires de l'ex-Yougoslavie présenté par M. T. Mazowiecki, rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 14 de la résolution 1992/S-1/1 de la Commission, en date du 14 août 1992, doc. E/CN.4/1992/S-1/9, p. 18.

19. *Etant donné le moment où ont été constitués la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna, d'une part, et l'Etat demandeur, de l'autre, on est en droit de conclure que la constitution de la Republika Srpska et de l'Herceg-Bosna ne peut être qualifiée de rébellion armée contre l'autorité centrale, car il n'y avait tout simplement pas d'autorité centrale à l'époque ; on peut simplement dire que plusieurs Etats ont vu le jour à l'occasion de la crise constitutionnelle et étatique que connaissait la Fédération yougoslave.*

L'hypothèse de l'existence d'une autorité centrale croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine ne repose sur aucun fait depuis le tout début de la crise comme l'atteste de manière convaincante la guerre qui a éclaté entre les forces croates et musulmanes en 1993. Dans une lettre adressée au président de la sous-commission des affaires européennes de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis d'Amérique le 24 février 1993, le premier ministre de Bosnie-Herzégovine, le membre croate du gouvernement mixte croato-musulman, M. Akmadžić, a déclaré que M. Izetbegović, comme M. Silajdić, était seulement «un membre musulman du gouvernement» (voir ci-après par. 37). La lettre que le premier ministre a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 7 mai 1993 est révélatrice de la situation au sein du gouvernement mixte croato-musulman en Bosnie-Herzégovine ; elle indique notamment :

*«Le 7 mai 1993, j'ai appris par la presse que M. Hadzo Efendić a adressé une lettre à Votre Excellence en qualité de premier ministre par intérim.*

*J'ai l'honneur d'informer Votre Excellence que M. Hadzo Efendić n'a pas été élu membre du gouvernement, ni vice-président du gouvernement, et en particulier qu'il n'a pas été élu président par intérim du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine. M. Hadzo Efendić n'a pas été élu sur ma proposition. Or ce mode d'élection est le seul qui soit légal, conforme à la législation et à la réglementation en vigueur en République de Bosnie-Herzégovine.*

*Je précise à Votre Excellence que nul autre que moi-même ne peut signer des documents du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine en qualité de président du gouvernement. En conséquence, je prie Votre Excellence de ne considérer aucun document du président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine comme valable à moins qu'il ne soit revêtu de ma signature.*

*Mes bureaux se trouvent provisoirement à Mostar, où j'exerce mes fonctions de président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine.»<sup>27</sup>*

Ainsi, les institutions suivantes fonctionnaient sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine durant la période pertinente :

<sup>27</sup> Lettre datée du 7 mai 1993, adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, M. Boutros Boutros-Ghali, par M. Milo Akmadžić, président du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine (les italiques sont de moi).

- a) Les organes étatiques des prétendues autorités centrales (alliance croato-musulmane), qui se sont formellement dissoutes avec le déclenchement du conflit armé entre les Musulmans et les Croates et ont été transformées en une autorité musulmane. Cette dernière s'est ensuite divisée en septembre 1993 en gouvernement de Sarajevo et autorités de la province autonome de Bosnie occidentale;
- b) les organes étatiques de la Republika Srpska;
- c) les organes étatiques d'Herceg-Bosna;
- d) et, à compter de mars 1994, également les organes étatiques de la fédération nouvellement constituée qui, toutefois, ne fonctionnaient que sur le papier.

20. M. Jadranko Prlić, premier ministre de la République croate d'Herceg-Bosna et d'Herzégovine, a témoigné que la création de la fédération croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine était une simple proclamation. Dans une interview publiée dans le quotidien *Slobodna Dalmacija* le 18 décembre 1995, répondant à une question au sujet des fonctions de ministre de la défense du gouvernement de la fédération et de la République, M. Prlić, qui a paraphé les traités de Dayton au nom de la fédération croato-musulmane, a déclaré ce qui suit :

« Il faut dire que pendant toute la période deux Etats et deux armées existaient. Mais il y avait une certaine forme de coordination et des résultats ont été obtenus, principalement grâce à l'appui de l'armée et de l'Etat croates. »<sup>28</sup>

Lorsqu'on lui a demandé jusqu'à quand l'Herceg-Bosna fonctionnerait, il a répondu ce qui suit :

« Aucune date limite n'a pu être fixée. Cela dépendra de l'ensemble du processus. Quand tous les droits du peuple croate seront garantis et que la fédération sera alors capable d'assumer les fonctions qui sont celles de l'Herceg-Bosna, alors l'Herceg-Bosna sera restructurée, probablement en une communauté politique. »<sup>29</sup>

Ce qu'a dit le président croate, M. Tudjman, l'un des participants à la conférence de Dayton, implique que la revitalisation de la fédération était l'un des objectifs de la conférence. Dans le rapport sur la situation de l'Etat croate et des nations (1995), M. Tudjman a notamment déclaré ce qui suit :

« Les protagonistes internationaux attachent une importance particulière à la fédération, dans le cadre de leur projet concernant la paix et le nouvel ordre dans cette région, comme l'atteste le fait que l'accord sur la création de la fédération de Bosnie-Herzégovine, signé

<sup>28</sup> *Slobodna Dalmacija*, Split, 18 décembre 1995 (les italiques sont de moi).

<sup>29</sup> *Ibid.*

par les représentants des peuples croate et bosniaque musulman, a été approuvé par les représentants des Etats-Unis d'Amérique, de l'Union européenne et de l'Allemagne.»<sup>30</sup>

Il semble que seuls les accords de Dayton et la volonté politique qui leur a donné naissance aient suscité la prise de mesures sérieuses en vue de la constitution effective de la fédération croato-musulmane.

Le 14 janvier 1996, deux mois après la signature des accords de Dayton et presque deux ans après la proclamation de la fédération croato-musulmane, la «présidence de l'Union démocratique croate de Bosnie-Herzégovine» a adopté une décision sur l'établissement de la Communauté croate d'Herceg-Bosna en tant que communauté politique, économique et culturelle du peuple croate en Bosnie-Herzégovine. *Dans le cadre de son choix d'application intégrale des accords de Dayton*, la présidence de la communauté démocratique croate (HDZ) de Bosnie-Herzégovine a aussi adopté une résolution sur le transfert progressif des pouvoirs exécutifs de la République croate d'Herceg-Bosna aux autorités de la fédération de Bosnie-Herzégovine. Des membres de la présidence de la communauté démocratique croate de Bosnie-Herzégovine ont aussi demandé à leurs homologues musulmans au sein de la fédération de commencer à transférer leurs pouvoirs aux organes de la fédération<sup>31</sup>.

Le gouvernement de la fédération n'a été constitué que le 31 janvier 1996. Le président de la fédération, M. K. Zubak, dans l'allocution qu'il a prononcée devant l'Assemblée constituante, a souligné notamment que, «par le transfert des pouvoirs de la république au gouvernement de la fédération, les fonctions de l'Herceg-Bosna seront transférées à la fédération»<sup>32</sup>.

Comme *Le Monde* l'a rapporté:

«les Croates séparatistes de Bosnie ont annoncé samedi 15 juin qu'ils formaient un nouveau gouvernement pour leur «Etat indépendant d'Herceg-Bosna». En principe, toutes les institutions de cet Etat autoproclamé auraient dû disparaître avec l'avènement de celles de la fédération croato-musulmane.»<sup>33</sup>

Ainsi, le projet politique de création d'une fédération croato-musulmane en Bosnie-Herzégovine, incorporé dans l'accord de Washington de 1993, ne s'est pas traduit dans les faits. Les entités étatiques musulmanes et croates ont continué de fonctionner après l'accord en tant qu'Etats *de facto*, qui ont de temps à autre poursuivi une sorte de coordination politique et militaire à des fins politiques pragmatiques. Mais cette coopération était, de par ses caractéristiques inhérentes, une coopération entre entités étatiques.

<sup>30</sup> *Vjesnik*, Zagreb, 2 janvier 1993 (les italiques sont de moi).

<sup>31</sup> *Vecernji List*, Zagreb, 15 janvier 1996.

<sup>32</sup> *Borba*, Belgrade, 1<sup>er</sup> février 1996 (les italiques sont de moi).

<sup>33</sup> *Le Monde*, mardi 18 juin 1996, p. 3.

*A la lumière des accords de Dayton, lancer la fédération est une obligation politique et contractuelle; ainsi, étant donné la situation actuelle, on pourrait dire que la fédération est une entité étatique in statu nascendi.*

L'épithète «autoproclamé» qui est habituellement utilisée pour qualifier la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna ne saurait avoir d'effet juridique. Selon son sens grammatical premier, elle dénote le fait évident que nul ne peut «proclamer» un Etat en train de naître si ce n'est lui-même — en ce sens tout nouvel Etat en train de naître est «autoproclamé». La question est donc, au fond, de savoir non si un nouvel Etat est «autoproclamé» ou proclamé par une seconde ou tierce partie, mais si la proclamation est fondée en fait et en droit.

Cette épithète ne peut avoir de sens juridique que dans le cadre de la théorie constitutive qui voit dans la reconnaissance des Etats une condition de leur existence, ou dans la pratique néoconstitutive de l'application de la théorie déclarative, qui prévaut.

21. La Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité administrative fédérale du même nom ne pouvait être mentionnée qu'après l'application des accords de Dayton. Une qualification précise de la Bosnie-Herzégovine en ces termes ne peut être donnée qu'après une analyse globale du contenu de ces accords.

22. Les «accords de Dayton», nom collectif qui désigne une série d'accords, ont des effets juridiques ambivalents.

Du point de vue formel, la partie fondamentale des accords devrait être l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Cette conclusion s'impose car les autres accords sont qualifiés d'annexes à l'accord-cadre général (accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix; accord relatif à la stabilisation régionale; accord relatif à la ligne de démarcation interentités et aux questions connexes; accord relatif aux élections; accord relatif à l'arbitrage; accord relatif aux droits de l'homme; accord relatif aux réfugiés et aux personnes déplacées; accord portant création d'une commission de préservation des monuments nationaux; accord relatif à la constitution d'entreprises publiques en Bosnie-Herzégovine; accord relatif au dispositif civil d'application de l'accord de paix; et accord relatif à l'équipe internationale de police), à l'exception de l'accord relatif au paraphe de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Le contenu de l'accord-cadre général, d'une part, et des autres accords, signés sous forme d'annexes, de l'autre, donne à penser que les principaux engagements propres à assurer un règlement global destiné à mettre fin au conflit tragique de la région, comme indiqué dans l'accord-cadre général, figurent dans ces annexes.

Par nature, l'accord-cadre général renferme de façon spécifique des déclarations politiques et des éléments relatifs à des garanties comparables à un traité international *stricto sensu*, créant des droits et obligations réciproques pour les parties. Relèvent des déclarations d'intentions politiques les dispositions d'une série d'articles (art. II, III, IV, V, VII et IX)

dans lesquels les parties ne font que noter avec satisfaction et approuver les arrangements énoncés dans les annexes. Les seuls articles de l'accord-cadre général qui obligent les parties comme le ferait un traité international *stricto sensu* sont les articles I et VII. Certes, la plupart des articles susmentionnés comprennent une clause type disposant que «les parties respecteront pleinement les engagements pris et en encourageront l'application», mais une telle formulation, eu égard au contenu de l'article premier de l'accord-cadre et à la nature de ces engagements, et tout au moins en ce qui concerne la République fédérative de Yougoslavie et la Croatie, constitue plus une sorte de garantie que les parties aux accords désignés comme des annexes honoreront leurs engagements qu'une obligation contraignante. Particulièrement important à cet égard, outre la clause type susmentionnée, est l'accord relatif au paragraphe de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine. Par cet accord, qui n'est pas formellement une annexe de l'accord-cadre général, «[l]es parties [la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie], et les entités qu'elles représentent, s'engagent à signer ces accords» (art. I). Il dispose que l'application même de l'accord-cadre général et de ses annexes sera confiée à une commission intérimaire mixte composée de représentants de la fédération de Bosnie-Herzégovine, de la Republika Srpska et de la République de Bosnie-Herzégovine. La situation de la République de Bosnie-Herzégovine en tant que partie contractante est dans ce contexte particulière puisque aux termes de l'article I, paragraphe 3, de sa Constitution, la République de Bosnie-Herzégovine «est formée de deux entités, la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska (ci-après dénommées «les entités»)». Ainsi, les entités figurant dans la structure des accords de Dayton, à l'annexe 4 des accords, sont les parties; de ce fait, étant donné les conditions régissant la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine en Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale, la République de Bosnie-Herzégovine garantit les obligations des entités de la constituer. Cette incohérence découle de la position préalable — d'une validité juridique douteuse — d'une personnalité juridique ininterrompue de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat au sens du droit international (voir ci-après par. 23).

Ainsi, les annexes, peut-on dire, constituent l'essentiel des accords de Dayton, tandis que l'accord-cadre général, comme l'indique son nom même, n'est que le cadre juridico-politique dans lequel s'inscrit la réglementation qui forme le contenu des annexes. Les parties à l'«accord-cadre général» sont, comme indiqué dans le préambule, «la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie». Les parties aux annexes de l'accord sont toutefois différentes. La République de Bosnie-Herzégovine, la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska sont, soit seules soit avec la Croatie et la Yougoslavie, parties à la plupart des annexes. Toutes trois

ont signé l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, l'accord relatif à la ligne de démarcation interentités et aux questions connexes, l'accord relatif aux élections, l'accord relatif aux réfugiés et personnes déplacées, l'accord portant création d'une commission de préservation des monuments nationaux, et l'accord relatif à l'équipe internationale de police. Avec la République de Croatie et la République fédérative de Yougoslavie, ces trois parties ont signé l'accord relatif à la stabilisation régionale et l'accord relatif au dispositif civil d'application de l'accord de paix. La fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska sont parties à l'accord relatif à la constitution d'entreprises publiques en Bosnie-Herzégovine et à l'accord relatif à l'arbitrage. La Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine fait aussi partie intégrante des accords de Dayton. Elle constitue l'annexe 4 de l'accord-cadre et est approuvée par des déclarations respectives de la République de Bosnie-Herzégovine, de la fédération de Bosnie-Herzégovine et de la Republika Srpska.

23. *Eu égard au contenu des accords de Dayton et compte tenu en particulier de la situation actuelle, la Bosnie-Herzégovine peut être qualifiée au regard du droit international d'Etat in statu nascendi.* A l'époque de l'entrée en vigueur des accords de Dayton, la République de Bosnie-Herzégovine, en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom, ne possédait littéralement aucun des attributs pertinents de l'Etat au sens du droit international. Plus particulièrement :

- a) à ce jour, la République de Bosnie-Herzégovine n'a toujours pas d'autorités étatiques centrales. L'annexe 4 (Constitution de la Bosnie-Herzégovine) des accords de Dayton prévoit en ses articles IV, V, VI et VII des autorités mixtes (assemblée parlementaire, présidence, conseil des ministres, cour constitutionnelle et banque centrale), mais la constitution est subordonnée à des élections libres, équitables et démocratiques « permettant d'établir les bases d'un gouvernement représentatif<sup>34</sup>. Aux termes de l'article 4 des « Dispositions transitoires » qui constituent l'annexe II de la Constitution, « [t]ant qu'ils n'ont pas été remplacés en vertu d'une loi ou d'un accord applicables, les services, les institutions et les autres organes officiels de la Bosnie-Herzégovine continuent de fonctionner conformément au droit applicable »<sup>35</sup>. Interprétée de manière systématique, la disposition ci-dessus implique que les services, les institutions et les autres organes des entités sur le territoire de Bosnie-Herzégovine « continuent de fonctionner conformément au droit applicable »;
- b) à ce jour, la République de Bosnie-Herzégovine n'est dotée d'aucune législation cohérente qui lui soit propre. Certes, la Constitution de la République, texte juridique suprême, est entrée en vigueur mais

<sup>34</sup> Préambule de l'accord relatif aux élections, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 49.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 69.

«[t]outes les lois, tous les règlements et tous les codes de procédure qui étaient applicables sur le territoire de Bosnie-Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution restent en vigueur dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec cette dernière, à moins qu'un organe compétent du Gouvernement de Bosnie-Herzégovine n'en décide autrement»<sup>36</sup>;

- c) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas de système judiciaire ni de procédure administrative uniformes. Ce fait est aussi formellement attesté par l'article 3 des «Dispositions transitoires», qui est ainsi libellé :

«Toutes les procédures engagées devant les tribunaux ou les administrations publiques fonctionnant sur le territoire de Bosnie-Herzégovine au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution se poursuivent ou sont transférées à d'autres tribunaux ou d'autres administrations publiques de Bosnie-Herzégovine selon les lois qui établissent la compétence de ces tribunaux ou de ces administrations»<sup>37</sup>;

- d) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas d'armée qui lui soit propre. De plus, une armée commune n'est pas une institution d'une autorité centrale, puisqu'elle ne figure pas au nombre des responsabilités prévues dans l'accord de paix et dans l'accord relatif à la stabilisation régionale, qui sont pertinents en la matière. Par leur libellé et leur contenu, ceux-ci ressemblent plus à des accords relatifs à des mesures de confiance et de sécurité entre Etats souverains et indépendants qu'à des accords entre entités faisant partie d'un même Etat. Le principal objectif des obligations contractées dans le cadre de l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix est d'instituer une cessation durable des hostilités, ce qui implique que :

«[a]ucune entité n'aura recours à la menace ou à l'emploi de la force contre l'autre entité et, en aucune circonstance, les forces armées d'une entité ne pénétreront ou séjourneront sur le territoire de l'autre entité sans l'assentiment du gouvernement de celle-ci et de la présidence de la Bosnie-Herzégovine»

et que «des mesures durables de sécurité et de limitation des armements ... en vue de favoriser une réconciliation permanente entre toutes les parties» seront arrêtées<sup>38</sup>. L'accord relatif à la stabilisation régionale énonce toutefois une obligation générale de prendre des mesures graduelles en faveur de la stabilité et de la limitation des armements dans la région en parvenant à des niveaux de force défensive équilibrés et stables avec des effectifs tenant compte de la sécurité de chacune des parties et de la nécessité d'éviter une course aux armements dans la région<sup>39</sup>;

<sup>36</sup> Doc. A/50/790-S/1995/999, «Dispositions transitoires», art. 2, p. 68.

<sup>37</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>38</sup> Accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, art. I, 2 c), p. 7.

<sup>39</sup> Accord relatif à la stabilisation régionale, p. 40.

- e) la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas sa propre police. La compétence des forces de police des entités est limitée *ratione loci*. Seule l'équipe internationale de police, créée en vertu de l'accord y relatif (annexe 11), est autorisée, dans l'exercice des fonctions définies à l'article III de cet accord, à opérer sur l'ensemble du territoire de la République de Bosnie-Herzégovine.

Des conditions devant être satisfaites pour que la Bosnie-Herzégovine acquière la qualité d'Etat à l'intérieur de ses limites administratives, seule la condition concernant la définition contractuelle de ces limites administratives en tant que frontières internationalement reconnues l'a été pleinement<sup>40</sup>.

24. *Compte tenu de ce qui précède, on peut dire qu'en droit comme en fait la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale du même nom peut être définie comme un projet politique de la communauté internationale organisée, dont la matérialisation a été transformée par les accords de Dayton en une obligation contraignante pour les parties à ces accords.* Le fait qu'il s'agit plus d'une obligation contractuelle d'établir la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat que d'une consécration de la situation existante est attesté par la nature de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine. Dans son état actuel, elle n'est pas une constitution *stricto sensu*, à savoir un acte de l'autorité constituante interne, mais un traité international en contenant le texte. Le terme «partie» désigne un Etat qui a consenti à être lié par le traité et pour lequel le traité est en vigueur<sup>41</sup>. En vertu de l'article 2 a) de la convention sur le droit des traités,

«l'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière».

En d'autres termes, sous le titre «Constitution de la Bosnie-Herzégovine» on trouve un traité entre deux entités étatiques — la fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska — visant à établir un Etat à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale de Bosnie-Herzégovine, puisque «[t]out Etat a la capacité de conclure des traités»<sup>42</sup>.

En outre, la personnalité de l'une des parties — la fédération de Bosnie-Herzégovine — relève bien davantage de la fiction politique qu'elle ne possède les attributs réels d'un Etat (voir ci-dessus par. 19). Ainsi, dans un contexte plus large, l'obligation contractuelle globale d'établir la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives implique l'exécution d'une obligation contractuelle distincte assumée par les entités étatiques

<sup>40</sup> Article X de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine.

<sup>41</sup> Convention sur le droit des traités, 1969, art. 2, par. 9.

<sup>42</sup> *Ibid.*, art. 6.

croate et musulmane de Bosnie-Herzégovine au titre de l'accord de Washington — l'obligation de constituer la fédération de Bosnie-Herzégovine.

*Actuellement, l'absence des éléments constitutifs de l'Etat qui sont fondamentaux au regard du droit international fait de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives un Etat sui generis: il s'agit d'une relation contractuelle entre deux entités à laquelle est associé un élément fortement marqué de protectorat international. Ce statut s'exprime à deux niveaux, à savoir:*

- a) au niveau des faits, comme le montre le statut de l'IFOR. Cette force est définie comme une «force d'application militaire multinationale»<sup>43</sup> déployée en Bosnie-Herzégovine pour «aider à veiller au respect des dispositions du présent accord»<sup>44</sup>. L'IFOR n'est pas seulement une force armée qui «aura la liberté complète de se déplacer sans entrave par voies terrestre, aérienne et fluviale dans l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine»<sup>45</sup>, mais elle est même autorisée «à prendre les mesures requises, y compris l'emploi de la force nécessaire, pour veiller au respect des dispositions de la présente annexe et pour assurer sa propre protection»<sup>46</sup>;
- b) au niveau du droit, eu égard aux dispositions particulièrement pertinentes de l'article VI de la Constitution de Bosnie-Herzégovine, qui institue une cour constitutionnelle, laquelle est un organe intrinsèquement judiciaire qui a «compétence exclusive pour régler tout différend apparaissant dans le cadre de la Constitution entre les entités ou entre la Bosnie-Herzégovine et une entité ou les deux ou entre les institutions de Bosnie-Herzégovine»<sup>47</sup>. Le paragraphe 1 de l'article susmentionné, relatif à la composition de la cour, est ainsi libellé:

«La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine est formée de neuf membres.

- a) Quatre membres sont choisis par la chambre des représentants de la fédération, deux membres par l'assemblée de la Republika Srpska. Les trois membres restants sont choisis par le président de la Cour européenne des droits de l'homme, après consultation avec la présidence.»<sup>48</sup>

Il est donc hors de doute qu'en pratique l'élection d'un tiers des membres de la cour n'est en aucune manière influencée par la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine ni par un autre organe de la Répu-

<sup>43</sup> Article I de l'accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix, doc. A/57/790-S/1995/799, p. 6.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>48</sup> *Ibid.*

blique ou des entités, en pratique, étant donné que la consultation n'a par définition aucune force obligatoire.

On peut aussi mentionner les dispositions relatives à la compétence de l'équipe internationale de police. Cette force est notamment compétente pour «contrôler, observer et inspecter les activités et facilités de maintien de l'ordre, y compris les organismes, structures et procédures judiciaires connexes»<sup>49</sup>. La portée véritable de ces pouvoirs dans le contexte de la *suprema potestas* de la République de Bosnie-Herzégovine est mise en lumière par les dispositions de l'article VII de l'accord, qui définit les institutions de maintien de l'ordre comme les institutions chargées de maintenir l'ordre, de mener les enquêtes pénales, d'assurer la sécurité publique et la sécurité de l'Etat, ou de s'occuper des détentions ou des procédures judiciaires<sup>50</sup>.

Les éléments relevant du protectorat international ont en outre une double importance. D'une part, et en particulier en ce qui concerne la composition de la cour constitutionnelle, ils sont partie intégrante de la structure étatique de la Bosnie-Herzégovine, telle que façonnée par les accords de Dayton, et, de l'autre, ils servent à garantir l'exécution des obligations qu'ont assumées les entités en signant les accords.

25. Il existe une analogie essentielle entre la République de Bosnie-Herzégovine et la Finlande après que celle-ci eut déclaré son indépendance le 4 décembre 1917. Comme la Cour permanente de Justice internationale n'existait pas à l'époque, c'est à la commission de juristes que l'on a demandé de rendre un avis sur le statut de la Finlande. Dans son rapport, la commission a notamment noté ce qui suit :

«Certains éléments essentiels de l'Etat, même des éléments de fait, lui ont assez longtemps fait défaut. La vie politique et sociale était désorganisée; l'autorité n'était plus assez forte pour s'affirmer; la guerre civile sévissait; la Diète, dont la légalité avait été contestée par une grande partie du peuple, avait été dispersée par le parti révolutionnaire ... la force armée et la police étaient divisées en deux camps opposés ... Il est donc difficile de dire à quelle date précise la République de Finlande, dans le sens juridique du mot, est née comme Etat souverain définitivement constitué. Ce n'est certainement pas avant qu'une organisation politique stable n'ait été créée et que les autorités publiques ne soient devenues assez fortes pour affirmer leur autorité sur le territoire du pays sans le concours de troupes étrangères.»<sup>51</sup>

Comme l'a déclaré M. Warren Christopher, secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique :

<sup>49</sup> Article III, paragraphe 1 a), de l'accord relatif à l'équipe internationale de police, doc. A/50/790-S/1995/999, p. 104.

<sup>50</sup> *Ibid.*, art. VII, p. 107.

<sup>51</sup> Rapport de la commission de juristes (Larnoude, président, Struycken, Huber), *Journal officiel de la Société des Nations, supplément spécial n° 3*, 1921, p. 8-9.

«Sans élections, il n'y aura pas d'Etat bosniaque unifié, pas de constitution nationale ni d'appareil judiciaire et guère d'espoir d'un renforcement de la coopération entre les diverses communautés de Bosnie.»<sup>52</sup>

26. La reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine est fréquemment, expressément ou implicitement, invoquée comme attestant l'existence de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain et indépendant à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom.

Une telle attitude est quelque peu surprenante, étant donné que «l'Etat existe par lui-même et la reconnaissance d'un Etat n'est rien d'autre qu'une déclaration de cette existence, reconnue par les Etats dont elle émane»<sup>53</sup>.

Cela est particulièrement vrai si l'on considère que «la pratique adoptée par les Etats montre que l'acte de reconnaissance est cependant considéré comme une décision de caractère essentiellement politique *que chaque Etat prend suivant l'opinion qu'il se fait lui-même de la situation*»<sup>54</sup>.

Il est raisonnable de supposer que sur la base de ces seuls faits un éminent juriste est en mesure de conclure que «la reconnaissance fait toujours partie de la langue des diplomates mais elle n'appartient pas à la langue du droit»<sup>55</sup>.

Il est vrai que la situation de la Bosnie-Herzégovine est particulière, car elle a été reconnue par pratiquement toute la communauté internationale. Ce fait sert de fondement à la thèse selon laquelle

«la reconnaissance, tout comme la qualité de membre d'organisations internationales, témoigne de la conviction de ces Etats que l'entité politique ainsi reconnue constitue une réalité et lui confère certains droits et certaines obligations au regard du droit international»<sup>56</sup>.

Cette thèse, élégante du point de vue de la doctrine, met notamment en lumière le caractère ambivalent de l'institution de la reconnaissance des Etats. Selon la théorie déclarative, qui est celle qui prévaut, la reconnaissance des Etats devrait être une déclaration de la situation factuelle formulée *leges artis* en harmonie avec les règles juridiques régissant l'apparition de nouveaux Etats. Il est clair que la «conviction des Etats que l'entité politique ... constitue une réalité» ne correspond pas nécessaire-

<sup>52</sup> «Without Elections, There Will Be No Unified Bosnian State», *International Herald Tribune*, 15-16 juin 1996, p. 6.

<sup>53</sup> *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. Etat polonais*, 5 AD 11, p. 15 (1929-1930).

<sup>54</sup> Mémoire du Secrétaire de l'Organisation des Nations Unies de février 1950 concernant la question de la représentation des Membres à l'Organisation des Nations Unies, doc. S/14666, *Documents officiels du Conseil de sécurité, cinquième année, supplément janvier-mai 1950*, p. 19.

<sup>55</sup> L. Henkin, «General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 216, 1989, p. 31.

<sup>56</sup> Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, par. 4.14.

ment aux faits. Par définition, la «conviction» n'est pas une appréciation objective des faits, mais bien une appréciation subjective — c'est pourquoi il est nécessaire en l'espèce de s'efforcer d'établir le sens précis de l'expression «conviction des États» et de voir si oui ou non cette conviction est fondée en fait et en droit. A défaut, l'ensemble du problème relèverait de la règle de l'«opinion majoritaire», de telle manière que les faits seraient ce que la majorité considère qu'ils sont.

Cela étant, il est d'une manière générale nécessaire du point de vue du droit d'examiner dans chaque cas individuel si les critères juridiques applicables à la reconnaissance sont satisfaits.

Il est évident que la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat apparu à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale yougoslave du même nom ne peut être classée que parmi les nouveaux Etats. Il est donc nécessaire de voir quels critères s'appliquent à la reconnaissance des nouveaux Etats.

On peut considérer que pour l'essentiel ces critères sont énoncés au paragraphe 100 («Conditions minimales pour la reconnaissance de nouveaux Etats») du *Restatement of the Law*:

«Avant de reconnaître une entité en tant que nouvel Etat, l'Etat dont émane la reconnaissance doit s'assurer raisonnablement, au regard des faits, que l'entité:

- a) a un territoire et une population définis;
- b) est sous le pouvoir d'un régime qui satisfait aux conditions minimales régissant la reconnaissance d'un gouvernement en vertu du [paragraphe] 101;
- c) a la capacité d'avoir des relations internationales;
- d) permet raisonnablement de penser que les conditions énoncées aux clauses a) à c) continueront d'être satisfaites.»<sup>57</sup>

Le paragraphe 101 dispose:

«Avant de reconnaître un régime révolutionnaire en tant que gouvernement d'un Etat, l'Etat dont émane la reconnaissance est tenu de s'assurer raisonnablement, compte tenu des faits, que ce régime:

- a) exerce son pouvoir sur le territoire et la population de l'Etat; ou
- b) exerce son autorité sur une partie substantielle du territoire et de la population de l'Etat et permet raisonnablement de penser qu'il réussira à évincer le gouvernement antérieur sur le territoire de l'Etat.»<sup>58</sup>

Les critères cités sont dans l'ensemble applicables à la Bosnie-Herzégovine. Lorsqu'on procède à une telle évaluation, une considération est décisive:

<sup>57</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 321.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 322.

«La reconnaissance d'un gouvernement ne pose problème que si un changement anormal de gouvernement a eu lieu, c'est-à-dire un changement de gouvernement en violation de la constitution de l'Etat.»<sup>59</sup>

La Bosnie-Herzégovine ne satisfaisait aux critères de la reconnaissance ni d'un point de vue statique ni d'un point de vue dynamique. Plus particulièrement, au moment où elle a été reconnue, non seulement elle n'avait pas «un territoire et une population définis» (voir ci-dessus par. 6-9) et n'exerçait pas non plus, notamment, «son contrôle sur une partie substantielle du territoire et de la population» (voir ci-dessus par. 18), mais elle ne permettait pas «raisonnablement de penser» qu'elle pourrait à l'avenir satisfaire à ces critères sans un appui extérieur actif. La Bosnie-Herzégovine elle-même, dans sa «deuxième demande en indication de mesures conservatoires» du 27 juillet 1993, note, à la fin de ses conclusions: «Il s'agit de la dernière occasion qu'aura la Cour de sauver ... l'Etat de Bosnie-Herzégovine» (p. 55). Les «conditions minimales pour la reconnaissance des nouveaux Etats» énoncées ci-dessus doivent à coup sûr être complétées par des conditions juridiques puisque «l'exercice de l'autodétermination [est] un critère additionnel de la qualité d'Etat, dont le déni» ferait obstacle à la qualité d'Etat<sup>60</sup>.

Ces critères additionnels confortent encore la conclusion selon laquelle la Bosnie-Herzégovine a été reconnue exclusivement pour des raisons politiques. De même, les lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe orientale et en Union soviétique, sur la base desquelles la Bosnie-Herzégovine a été reconnue par la Communauté européenne et ses Etats membres, et les débats qui ont eu lieu à l'Organisation des Nations Unies lors de l'admission de la Bosnie-Herzégovine, indiquent que, du point de vue juridique, la reconnaissance a été accordée sur la base du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes même si, en l'espèce, l'exercice de ce droit est à tout le moins douteux (voir ci-après par. 44-76).

En d'autres termes, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant a été motivée davantage par des motifs de politique nationale et des considérations d'opportunité que par l'existence des principes juridiques applicables en la matière. Elle a été pour l'essentiel l'un des instruments de la réalisation d'un projet politique sur le règlement de la crise yougoslave, un instrument qui reflétait la logique interne de ce projet indépendamment des règles juridiques applicables. Le caractère utilitaire de la reconnaissance dans le cas de la Yougoslavie a été souligné par l'ambassadeur Brown:

«Lord Carrington, qui présidait la conférence sur la Yougoslavie ... estimait que la reconnaissance était une arme importante pour

<sup>59</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States*, 1965, p. 323.

<sup>60</sup> M. N. Shaw, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 132.

rapprocher les deux parties. La reconnaissance pouvait être une incitation à coopérer ou une sanction pour défaut de coopération.»<sup>61</sup>

Cela est particulièrement manifeste dans la «Déclaration sur la Yougoslavie» du 16 septembre 1991 qui, avec les «Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe orientale et en Union soviétique» adoptées le même jour par le conseil ministériel de la Communauté européenne, a servi de base à la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine par la Communauté européenne et ses Etats membres.

Dans leur déclaration, la Communauté européenne et ses Etats membres invitaient

- «toutes les républiques yougoslaves à déclarer avant le 23 décembre si :*
- *elles souhaitent être reconnues en tant qu'Etats indépendants ;*
  - *elles acceptent les engagements contenus dans les lignes directrices susmentionnées ;*
  - *elles acceptent les dispositions reprises dans le projet de convention qui est à l'examen à la conférence sur la Yougoslavie, notamment les dispositions du chapitre II sur les droits de l'homme et les droits des groupes ethniques et nationaux»*<sup>62</sup>.

La Bosnie-Herzégovine, ainsi que les autres entités fédérales de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, a donc été invitée à déclarer si elle souhaitait être reconnue comme Etat indépendant. Cette invitation a été faite à un moment où le désir d'indépendance ne s'était pas encore exprimé de manière appropriée en Bosnie-Herzégovine. Le référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine lors duquel deux habitants sur trois se sont déclarés en faveur de la «souveraineté et l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine» n'a eu lieu qu'en mars 1992. Il est difficile de soutenir qu'une telle invitation, émanant d'un organe qui avait offert ses bons offices et sa médiation pour régler la crise yougoslave, a pu n'avoir aucun effet sur les choix politiques faits en Bosnie-Herzégovine, d'autant plus qu'elle assujettissait la reconnaissance à certaines conditions, notamment l'acceptation des «dispositions reprises dans le projet de convention ... à l'examen à la conférence sur la Yougoslavie». La disposition clef du «projet de convention» que le président de la conférence, lord Carrington, a présenté à la conférence le 23 octobre 1991, est son article premier, qui est ainsi libellé :

«Les nouvelles relations entre les républiques reposeront sur les éléments suivants :

- a) statut de républiques souveraines et indépendantes, dotées d'une personnalité internationale pour celles qui le désirent ;

<sup>61</sup> E. G. Brown, «Force and Diplomacy in Yugoslavia: the U.S. Interest», *American Foreign Policy Newsletter*, vol. 15, n° 4, août 1993, p. 2.

<sup>62</sup> Coopération politique en Europe, communiqué de presse, 16 décembre 1991 (les italiques sont de moi).

- b) libre association des républiques dotées d'une personnalité internationale comme envisagé dans la présente convention;
- c) dispositions détaillées, y compris des mécanismes de supervision, pour la protection des droits de l'homme et l'octroi d'un statut spécial à certains groupes et zones;
- d) dans le cadre d'un règlement d'ensemble, reconnaissance de l'indépendance — à l'intérieur des frontières actuelles, sans accord contraire — des républiques qui souhaitent être indépendantes.»

Les circonstances montrent qu'il existait un lien entre la reconnaissance et le démembrement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie selon sa division administrative en entités fédérales, comme le prévoyait l'article 1 a) du projet de convention. Ce schéma, qui prévoyait la substitution automatique à la personnalité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de la personnalité des entités fédérales, reflétait le jugement de valeur exprimé dans la «Déclaration sur la Yougoslavie» du 16 décembre 1991, sur la base de laquelle son contenu reposait. On ne peut expliquer autrement certaines formulations figurant dans la déclaration — par exemple, celle selon laquelle la Communauté européenne et ses Etats membres «ne reconnaîtront pas des entités qui seraient le résultat d'une agression». Par définition, l'agression est

«l'emploi de la force armée *par un Etat* contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un *autre Etat*, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies»<sup>63</sup>.

En fait, certains indices attestent que, en présentant le projet de convention, ceux qui fournissaient leurs bons offices et leur médiation donnaient effet à une décision politique sur la transformation des entités fédérales yougoslaves en Etats souverains. La déclaration du 6 octobre 1991 formulée dans le cadre de la coopération politique en Europe soulignait que:

«il avait été convenu qu'une solution politique devait être recherchée dans la perspective de la reconnaissance de l'indépendance des républiques qui le souhaitent, au terme d'un processus de négociation mené de bonne foi et avec la participation de toutes les parties».

Une autre indication est le titre même du document — le terme «convention» dénote un «accord entre Etats au sens du droit international». La convention sur le droit des traités (1969), qui est *lex lata* dans ce domaine, dispose en son article 2 qu'on entend par «traité» «un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international ... quelle que soit sa dénomination particulière». L'article 6 de la convention dispose que «[t]out Etat a la capacité de conclure des traités».

<sup>63</sup> Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974, annexe, article premier (les italiques sont de moi).

Le lien établi entre la reconnaissance et certaines fins politiques concrètes atteste que la reconnaissance de l'indépendance des entités fédérales yougoslaves avait bien un tel caractère. La déclaration des Etats-Unis d'Amérique et de la Communauté européenne sur la reconnaissance des républiques yougoslaves stipule notamment:

«La Communauté et ses Etats membres et les Etats-Unis sont convenus de coordonner la manière dont ils envisagent d'achever les processus de reconnaissance des républiques yougoslaves demandant l'indépendance.

- .....
- i) que les Etats-Unis, dans ce contexte, examineront rapidement et dans un esprit positif les demandes de reconnaissance de la Croatie et de la Slovénie *de manière à soutenir la double approche fondée sur le déploiement de la force de paix des Nations Unies et la conférence de paix de la Communauté européenne, présidée par lord Carrington*;
  - ii) qu'il convient d'examiner dans un esprit positif les demandes de reconnaissance des deux autres républiques, sous réserve de la solution des questions qui subsistent au sein de la Communauté européenne à propos de ces deux républiques. A cet égard, [les signataires] engagent fermement toutes les parties en Bosnie-Herzégovine à adopter sans délai des dispositions constitutionnelles permettant un développement pacifique et harmonieux de cette république dans ses frontières actuelles. La Communauté et ses Etats membres et les Etats-Unis sont aussi convenus de s'opposer fermement à tout effort visant à porter atteinte à la stabilité et à l'intégrité territoriale de ces deux républiques.»

En ce qui concerne la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat indépendant à l'intérieur des limites administratives de l'ex-entité fédérale, au moins deux conclusions s'imposent:

- a) phénoménologiquement, en l'espèce, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine n'a pas suivi la logique naturelle du processus juridique de la reconnaissance, qui devrait consister à prendre acte passivement de la création de l'Etat. Dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, la reconnaissance, comme l'attestent les événements, a été l'un des instruments utilisés pour constituer la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat à l'intérieur de ses limites administratives. En reconnaissant la Bosnie-Herzégovine, les Etats en cause ont en fait manifesté leur intention de la créer ou de participer à sa création;
- b) juridiquement, la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine à l'intérieur de ses limites administratives constituait la reconnaissance d'un Etat non existant. Elle a été accordée uniquement pour des raisons politiques puisque, au moment où elle est intervenue, la Bosnie-Herzégovine ne satisfaisait pas aux critères minimums pour être reconnue en tant que nouvel Etat.

En outre, compte tenu de l'importance du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en tant que critère dans la décision concernant la qualité d'Etat<sup>64</sup>, on peut conclure que l'admission de la Bosnie-Herzégovine à l'Organisation des Nations Unies a été un acte diplomatique qui allait à l'encontre de la pratique établie de l'Organisation à cet égard.

#### DEUXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

27. La position de la Cour concernant la deuxième exception préliminaire de la Yougoslavie repose sur deux prémisses :

- i) elle « n'a pas, pour se prononcer sur cette exception, à examiner les dispositions de droit interne qui ont été invoquées à l'appui ou à l'encontre de ladite exception au cours de la procédure », étant donné que « [c]onformément au droit international, il ne fait pas de doute que tout chef d'Etat est présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales », et
- ii) « M. Izetbegović avait été reconnu, en particulier par l'Organisation des Nations Unies, comme étant le chef d'Etat » et sa « qualité de chef d'Etat a continué de lui être reconnue dans de nombreuses enceintes internationales par la suite et plusieurs accords internationaux » (arrêt, par. 44).

Mes vues sur ce point sont très différentes. La requête introductive d'instance, comme celle de la Bosnie-Herzégovine, constitue un acte unilatéral typique de l'Etat qui produit des conséquences juridiques dans les relations mutuelles entre les parties à la convention sur le génocide. C'est pourquoi la Cour est autorisée à prendre en considération les dispositions pertinentes du droit constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que d'autres affaires dans lesquelles l'application d'une norme du droit international était subordonnée au droit interne (par exemple l'affaire des *Gisements diamantifères du Griqualand occidental*, 1871 (*Recueil des arbitrages internationaux*, 1856-1872, vol. 2, p. 676-705 (1923)); la *Sentence Cleveland* (1888) (Moore, *International Arbitrations 1945-1968*, vol. 2); l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 1932 (*C.P.J.I. série A/B n° 46*); l'affaire des *Pêcheries* (*C.I.J. Recueil 1958*, p. 125-126); l'affaire *Nottebohm* (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4); l'affaire de l'*Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (*C.I.J. Recueil 1958*, p. 62-66), etc.). En d'autres termes, il ne suffit pas d'un conflit entre le droit interne et le droit international comme, par exemple, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* ou l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, mais d'une affaire dans laquelle ces deux droits sont en coordination et dépendent l'un de l'autre.

*In concreto*, la Yougoslavie affirme que M. A. Izetbegović n'a pas pu donner l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour en la présente affaire parce que :

<sup>64</sup> J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, 1987, p. 79.

- i) il n'entraîne pas dans les attributions du président de la présidence de Bosnie-Herzégovine de donner une telle autorisation et, parce que,
- ii) à la date pertinente, M. Izetbegović n'était pas, selon la Constitution de Bosnie-Herzégovine, président de la présidence.

Il est incontestable que ces deux arguments reposent principalement sur le droit interne de Bosnie-Herzégovine de telle manière que rechercher les réponses que le droit constitutionnel de Bosnie-Herzégovine apporte à ces deux questions est essentiel, quoique de manière différente, pour l'application des normes pertinentes du droit international. La Bosnie-Herzégovine elle-même le reconnaît indirectement lorsqu'elle demande à la Cour de :

«prendre connaissance des faits qui suivent, lesquels établissent que le président Izetbegović a été régulièrement nommé président de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine et qu'il exerçait ses fonctions conformément aux procédures constitutionnelles pertinentes»<sup>65</sup>.

S'agissant du point i), le principe général de droit énoncé à l'article 46 de la convention sur le droit des traités (1969) vise à réaliser un équilibre relatif entre droit international et droit interne sous la forme d'une théorie internationaliste modifiée (théorie du chef de l'Etat). La seule manière pour la Cour de décider si ce principe juridique général est applicable en l'espèce est d'examiner le droit interne de Bosnie-Herzégovine pour établir si, lorsque M. Izetbegović a accordé l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, le droit interne de Bosnie-Herzégovine a été violé.

Le point ii) ne peut non plus être tranché sans un examen du droit interne de la Bosnie-Herzégovine.

On ne peut nier, comme le note la Bosnie-Herzégovine, qu'«[a]ucune règle du droit international ... n'exige que la structure d'un Etat ait une forme particulière»<sup>66</sup>. Il est également incontestable que le droit international, étant souverain et indépendant du droit interne, détermine le cercle des personnes qui représentent l'Etat dans les relations internationales (cela vaut même si le cercle des personnes représentant l'Etat *in foro externo* est déterminé sur la base de dispositions constitutionnelles pratiquement identiques). Toutefois, *sedes materiae*, l'argument ii) formulé dans la deuxième exception préliminaire *ne conteste pas le droit de M. Alija Izetbegović, en sa qualité de chef d'Etat, et conformément au droit international, de donner l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, mais conteste que M. Izetbegović ait été le chef de l'Etat à la date pertinente, c'est-à-dire au moment où il a donné l'autorisation en question.*

<sup>65</sup> Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, p. 42.

<sup>66</sup> *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 43.

La seule manière de répondre à la question soulevée dans la deuxième exception préliminaire est d'examiner le droit interne constitutionnel de Bosnie-Herzégovine. *A contrario*, la norme pertinente du droit international serait celle déterminant non seulement la structure d'un Etat mais aussi les modalités de la constitution et la durée de vie de cette structure.

28. Au deuxième jour des audiences consacrées à la première demande en indication de mesures conservatoires, l'agent de Bosnie-Herzégovine a notamment souligné ce qui suit :

« *Le président Izetbegović a personnellement accrédité M. Sacirbey, qui a comparu devant vous hier, et moi-même en tant qu'agents extraordinaires et plénipotentiaires de la Bosnie-Herzégovine auprès de la Cour.* »<sup>67</sup>

Que les déclarations de celui qui était alors l'agent de la Bosnie-Herzégovine correspondent aux faits est confirmé par le texte de l'acte de nomination de

« Son Excellence Muhamed Sacirbey, notre ambassadeur et représentant permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies, et Francis A. Boyle, professeur de droit international à l'Université d'Illinois ... comme agents généraux dotés de pouvoirs extraordinaires et plénipotentiaires afin qu'en notre nom ils introduisent une instance et défendent nos intérêts devant la Cour internationale de Justice. »

Le texte de cet acte était signé, comme indiqué dans l'acte, par « Alija Izetbegović, président de la République de Bosnie-Herzégovine ». Le titre « président de la République de Bosnie-Herzégovine » indique sans équivoque le caractère personnel de l'accréditation du président Izetbegović — d'autant plus que, contrairement à la pratique de la présidence de Bosnie-Herzégovine, il n'est pas indiqué dans le texte qu'il s'agit d'un acte de la présidence<sup>68</sup>. Le fait que cet acte ait été rédigé « sur le papier à en-tête officiel de la présidence » ne saurait à mon avis prouver que l'acte a été accompli au nom de la présidence de Bosnie-Herzégovine. L'utilisation du papier à en-tête officiel n'est qu'une indication *prima facie* qui permet de supposer que ce qui est écrit sur ce papier est un acte de l'organe dont le nom figure dans l'en-tête. Cette supposition est réfutable car le papier à en-tête officiel n'est que le signe d'identification extérieur de l'auteur et

<sup>67</sup> CR 93/13, p. 38 (les italiques sont de moi).

<sup>68</sup> Par exemple, le décret sur le changement du nom de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (déclaration du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, annexes, vol. 1, annexe 2.12) a été pris par « la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine lors d'une réunion tenue le 8 avril 1992 », et signé par le « président de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, Alija Izetbegović ». La décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre adoptée le même jour, ainsi que tous les autres actes publiés par la présidence de Bosnie-Herzégovine, sont des exemples identiques.

sert en outre de support à la décision de l'organe, et elle sera vérifiée dans chaque cas concret selon que les conditions formelles et matérielles régissant l'adoption de l'acte rédigé sur le papier à en-tête ont été satisfaites. Il serait *a contrario* absurde de supposer que tout texte écrit sur le papier à en-tête officiel d'un organe constitue *ipso facto* un acte de cet organe.

*In concreto*, on peut se demander si le papier à en-tête sur lequel M. Izetbegović a donné l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour est sans aucun doute le seul papier à en-tête officiel de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine. Cette question est légitime parce que le mot «présidence» figurant dans l'en-tête se trouve sous le nom de l'Etat — «République de Bosnie-Herzégovine» — et au-dessus du mot «président». Le mot «présidence» peut aussi être pris dans le sens de bureau du président, étant donné en particulier que M. Izetbegović est qualifié de «président de la République de Bosnie-Herzégovine». Le nom de la direction collective de l'Etat aux termes de la Constitution de Bosnie-Herzégovine n'est pas «présidence» mais «présidence de la République de Bosnie-Herzégovine»<sup>69</sup>.

Il est particulièrement important que, contrairement aux dispositions de l'article 10 du règlement intérieur de la présidence et à la pratique habituelle de celle-ci, la lettre signée par M. Alija Izetbegović ne porte aucun des sceaux (ni le petit ni le grand) de la présidence de Bosnie-Herzégovine.

Ces différents points attestent de manière convaincante qu'en l'occurrence on a affaire à une «accréditation personnelle» de M. Izetbegović.

Le président Izetbegović était-il autorisé par le droit interne de la partie demanderesse à accréditer un «agent extraordinaire et plénipotentiaire auprès de la Cour»?

29. La fonction du «président de la République de Bosnie-Herzégovine» n'est pas établie par la Constitution de Bosnie-Herzégovine. Le chapitre X de la Constitution évoque la «présidence de la République de Bosnie-Herzégovine» comme l'organe «représentant la République de Bosnie-Herzégovine»<sup>70</sup>. La présidence de la République de Bosnie-Herzégovine est la direction collective de l'Etat «qui agit et décide collectivement dans le cadre de réunions et est collectivement responsable de ses actes»<sup>71</sup>.

La présidence de la République de Bosnie-Herzégovine prise collectivement, en tant que collège, est aux termes de la Constitution l'organe de représentation. Le président de la présidence, en tant que *primus inter pares*, n'exerce aucun pouvoir politique indépendant. Les actes relevant des attributions de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine

<sup>69</sup> Chapitre X de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

<sup>70</sup> Article 219, paragraphe 1, de la Constitution de Bosnie-Herzégovine.

<sup>71</sup> Article 3 du règlement intérieur de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 36, 1990.

(décrets, décisions et conclusions ainsi que règlements ayant force de loi dans les cas prévus par la Constitution) sont adoptés par la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine dans son ensemble<sup>72</sup>.

Le président de la présidence, au nom de la présidence, représente cette dernière<sup>73</sup>. D'un intérêt particulier parmi les fonctions du président de la présidence énumérées à l'article 22 du règlement intérieur est la fonction consistant à «signer les actes adoptés par la présidence».

En conséquence, M. Izetbegović, en tant que président de la présidence, n'était pas autorisé à «accréditer personnellement ... un agent extraordinaire et plénipotentiaire de la Bosnie-Herzégovine auprès de la Cour».

30. La Yougoslavie fait valoir dans sa précédente exception préliminaire qu'à l'époque où l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour a été donnée (le 20 mars 1993), M. Izetbegović «n'occupait pas les fonctions de président de la République» et que «l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a été accordée en violation d'une règle de droit interne d'importance fondamentale»<sup>74</sup>.

La Bosnie-Herzégovine, d'autre part, estime que

«le 20 mars 1993, date à laquelle la présente instance a été introduite devant la Cour internationale de Justice, le président et la présidence exerçaient légalement leurs fonctions, conformément aux dispositions pertinentes de la Constitution, y compris celles relatives à l'état de guerre ou d'urgence. En sa qualité de président de la présidence, le président Izetbegović est légalement habilité à représenter internationalement la République de Bosnie-Herzégovine dans cette affaire.»<sup>75</sup>

Il y a désaccord sur le point de savoir si M. Izetbegović aurait pu exercer les fonctions de président de la présidence *ex constitutione* après le 20 décembre 1992. Il est indiscutable que M. A. Izetbegović assumait les fonctions de président de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en décembre 1990, conformément aux dispositions constitutionnelles applicables. Son mandat a été prorogé d'un an, conformément à l'amendement LI (par. 4, point 6) de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, qui disposait :

«Le président de la présidence est élu par la présidence parmi ses membres pour une période de un an et il est rééligible une seule fois pour une année supplémentaire.»

La Constitution interdisait donc à quiconque d'exercer les fonctions de président de la présidence pendant plus de deux ans ou pour plus de deux

<sup>72</sup> Article 49 du règlement intérieur.

<sup>73</sup> Article 21 du règlement intérieur.

<sup>74</sup> Exceptions préliminaires de la Yougoslavie, p. 141, par. A.2.

<sup>75</sup> Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, p. 47, par. 2.19.

mandats consécutifs. Cette interdiction était absolue dans le texte original de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine car, en ce qui concerne le président de la présidence, aucune exception n'était envisagée même en cas d'«état de guerre ou de menace imminente de guerre». L'article 358 de la Constitution confirme une telle interprétation :

«En cas d'état de guerre ou de menace imminente de guerre le mandat des membres de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine est prorogé jusqu'à ce que les conditions permettant l'élection de nouveaux membres de la présidence soient réunies.

Cette interdiction a été modifiée par l'amendement LI (par. 4, point 8) de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, aux termes duquel :

«En cas d'état de guerre ou de menace imminente de guerre *le mandat des membres de la présidence et du président sont prorogés jusqu'à ce que les conditions nécessaires pour l'élection de nouveaux membres de la présidence soient réunies.*»<sup>76</sup>

Cet amendement étend la portée *ratione personae* de l'exception établie au profit des membres de la présidence par l'article 358 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine au président de la présidence. Les principaux éléments des solutions consacrées dans l'amendement LI sont les suivants :

- a) la prorogation du mandat est liée à l'éventualité d'un «état de guerre ou d'une menace imminente de guerre» ;
- b) l'interdiction d'un troisième mandat consécutif n'est pas abolie, mais la prorogation d'un mandat en cours est envisagée dans les cas prévus ;
- c) la prorogation du mandat est limitée par les «conditions permettant l'élection de nouveaux membres de la présidence», non par la cessation de l'«état de guerre ou [de la] menace imminente de guerre».

La Bosnie-Herzégovine invoque aussi l'article 220 de la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine adopté le 24 février 1993, qui est ainsi libellé :

«En cas de guerre ou d'état d'urgence, le mandat des membres de la présidence et du président sont prorogés jusqu'à ce que les conditions nécessaires à de nouvelles élections à la présidence soient réunies.»

A mon avis, le texte consolidé de la Constitution ne peut, en l'occurrence, être accepté comme fondement juridique pertinent.

Plus particulièrement, dans la pratique constitutionnelle yougoslave, l'élaboration d'un texte consolidé était une procédure de pure technique

<sup>76</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 13, du 21 avril 1989, p. 338.

juridique permettant d'ajuster un texte normatif, la constitution ou une loi, en fonction de son objectif et des impératifs de son application concrète. Elle excluait toute modification juridique même mineure du texte et se réduisait le plus souvent à une renumérotation de ses diverses composantes. Ainsi, dans la pratique constitutionnelle yougoslave, le texte consolidé d'un acte normatif ne pouvait être invoqué dans le cadre d'une procédure officielle, notamment une procédure judiciaire.

Comparé à l'amendement LI, l'article 220 du texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine apporte une modification à la Constitution. La prorogation du mandat des membres et du président de la présidence est liée par l'amendement LI (par. 4, point 8) à la «guerre ou une menace imminente de guerre» alors qu'à l'article 220 du texte consolidé, le motif de la prorogation est la «guerre ou l'état d'urgence». On peut donc conclure que la consolidation du texte dissimule en fait une modification de la Constitution.

La présidence de Bosnie-Herzégovine, comme indiqué dans le préambule de la Constitution, a adopté une décision aux fins d'établir un texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine et elle n'était pas autorisée par la Constitution à apporter une modification à cette dernière, l'Assemblée de Bosnie-Herzégovine étant exclusivement compétente pour ce faire<sup>77</sup>. La présidence ainsi que le gouvernement de la République, chacune des chambres de l'Assemblée et au moins trente membres de l'Assemblée semblent être seuls habilités à proposer des amendements à la Constitution<sup>78</sup>. Les modifications de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine doivent prendre la forme d'amendements ou de lois constitutionnelles<sup>79</sup>.

Il découle de ce qui précède que l'article 220 de la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine, en ce qu'il lie la prorogation du mandat des membres et du président de la présidence à un «état d'urgence» également, constitue une modification de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine, et cette modification a été effectuée, du point de vue tant de la forme que du fond, *contra constitutionem*.

31. En conséquence, il reste à déterminer si, eu égard aux dispositions de l'article 358 de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine telle que modifiée par l'amendement LI (par. 4, point 8), les conditions prescrites pour la prorogation du mandat du président de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine après le 20 décembre 1992, c'est-à-dire après l'expiration de son second mandat consécutif, étaient réunies.

La disposition pertinente de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine disposait que le «mandat du président sera prorogé» en cas de «guerre

<sup>77</sup> Article 268, paragraphes 3 et 4, de la Constitution.

<sup>78</sup> Article 268, paragraphe 1, de la Constitution.

<sup>79</sup> Article 268, paragraphe 5, de la Constitution.

ou menace imminente de guerre». En d'autres termes, la survenance d'une «guerre ou menace imminente de guerre» constituait le fondement constitutionnel de la prorogation automatique du mandat du président de la présidence.

La satisfaction de cette condition *ex constitutione* impliquait que la décision relative à l'existence d'une «guerre ou menace imminente de guerre» soit prise par l'organe compétent conformément à la procédure constitutionnelle établie.

32. La présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, lors de sa réunion du 8 avril 1992, a adopté une «décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» dans le territoire de la Bosnie-Herzégovine. Cette décision a été prise, comme indiqué dans le préambule,

«conformément aux dispositions des amendements LI et LXXII à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et sur la proposition de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine».

Il ressort de cette indication :

- a) que la «décision» a été prise sur la proposition de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; et
- b) que la présidence a pris cette «décision» sur la base des amendements LI et LXXII à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.

33. Les compétences de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine ont été définies par l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (voir ci-après par. 36). La conclusion sans équivoque qui découle du texte de cet article est qu'il n'entraîne pas dans les attributions de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de présenter une proposition sur la proclamation d'une menace imminente de guerre. L'article 314 a été modifié par l'amendement LXXI adopté le 31 juillet 1990. Les dispositions de cet amendement relatives aux compétences de l'Assemblée siégeant en session plénière, toutes chambres réunies, étaient ainsi libellées :

«5. Les chambres de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine réunies en session plénière peuvent :

- décider de modifier la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- proclamer la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et toute modification apportée à celle-ci;
- faire des propositions, exprimer des avis et approuver des modifications à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;
- approuver des modifications des frontières de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

- se prononcer sur des modifications des frontières de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- examiner des questions de politique étrangère;
- se prononcer sur la prorogation du mandat des députés à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et des édiles siégeant aux assemblées des communes et des municipalités;
- adopter le plan social de la Bosnie-Herzégovine, le budget et les comptes définitifs du budget de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- organiser un référendum à l'échelon de la République;
- se prononcer sur l'émission d'emprunts publics à l'échelle de la République;
- se prononcer sur les dettes et autres obligations de la République;
- décider s'il convient de confier les affaires relevant de la compétence de la République à une communauté municipale prise en tant que communauté sociopolitique distincte;
- élire et relever de leurs fonctions: le président et le vice-président de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le membre de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie originaire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le président, le vice-président et les membres du Gouvernement de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine; le président et les juges de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine; le président et les juges de la Cour suprême de Bosnie-Herzégovine; et le président et les membres des organes de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- élire et relever de leurs fonctions les membres de la délégation de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine à la chambre des républiques et des provinces de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;
- nommer et relever de leurs fonctions: les ministres, le gouverneur de la banque nationale de Bosnie-Herzégovine, le procureur de la République, l'avocat général de la République et le secrétaire général de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- adopter le règlement intérieur de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;

Les chambres de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine peuvent décider d'examiner en session plénière d'autres questions relevant des attributions ordinaires de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.»<sup>80</sup>

Ainsi, la présentation d'une proposition tendant à la proclamation d'une «menace de guerre imminente» ne relevait pas de la compétence de

<sup>80</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en session plénière et n'était pas non plus envisagée dans la version modifiée de l'article 314 de la Constitution de la Partie requérante. A fortiori, elle ne relevait pas non plus des compétences des chambres de l'Assemblée siégeant individuellement.

34. Seul le texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine contient une disposition selon laquelle l'Assemblée de la République de Bosnie-Herzégovine, entre autres, «décide de la guerre et de la paix»<sup>81</sup>. Toutefois, cette disposition ne peut être considérée comme pertinente en l'espèce pour deux raisons principales. Premièrement, elle constitue de par sa nature une révision de la Constitution effectuée *contra constitutionem* sous la forme d'une consolidation du texte de la Constitution — donc, les arguments présentés en ce qui concerne l'article 220 du texte consolidé de la Constitution s'appliquent par analogie (voir ci-dessus par. 30). Deuxièmement, la Constitution consolidée de la République de Bosnie-Herzégovine a été adoptée en février 1993, c'est-à-dire presque un an après l'adoption de la «décision sur la proclamation d'une menace de guerre imminente», de telle sorte qu'en l'espèce elle n'est pas pertinente.

35. Le préambule de la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» stipule, notamment, que la décision a été prise «conformément aux dispositions des amendements LI et LXXII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine». Aux termes de cette décision, donc, les amendements LI et LXXII semblent constituer un fondement constitutionnel concret. Le contenu de l'amendement LXXII ne peut guère être lié à la «décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre», car cet amendement abroge en fait l'amendement XVII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine en ce qu'il stipule: «Les dispositions de l'amendement XVII de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine sur le Conseil de la République sont caduques.»<sup>82</sup> *Prima facie*, il existe une relation entre l'amendement LI et la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre», puisque cet amendement avait pour objet d'établir les compétences de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. L'amendement LI était ainsi libellé:

«1. La présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine:

- 1) représente la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;
- 2) examine des questions relatives à la mise en œuvre des politiques adoptées en ce qui concerne la défense de tous les peuples, la sûreté de l'Etat, la protection sociale et la coopération internationale et elle propose à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-

<sup>81</sup> Article 206, paragraphe 5, du texte consolidé.

<sup>82</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

Herzégovine, pour adoption, les mesures voulues pour mettre en œuvre ces politiques et, en cas d'urgence empêchant ou entravant sérieusement la réalisation de l'ordre social prévu par la Constitution, propose à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, pour adoption, les mesures nécessaires pour faire face aux troubles qui se produisent;

3) élabore le plan de défense de la République et fournit les directives voulues en conformité avec la loi;

4) conformément aux décisions et propositions de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, examine des questions relatives à la participation de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la coopération entre la République et les autres républiques et provinces autonomes dans le domaine de la coopération internationale dans le cadre de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et des traités internationaux et, sur la base de consultations préalables au sein de la République, propose des candidats pour occuper des postes de chef de mission diplomatique et notifie ses propositions à cet effet à la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine;

5) propose, après consultations préalables au sein de la République, des candidats aux postes de président et de juge de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine;

6) propose, après consultations préalables au sein de la République, des candidats aux postes de membre du conseil de la République;

7) fait des propositions pour les décorations conférées par la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et confère des décorations et autres marques d'honneur de la République conformément à la loi;

8) accorde des grâces aux délinquants, conformément à la loi;

9) adopte le règlement intérieur de la présidence.»<sup>83</sup>

Compte tenu des compétences qui sont celles de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, *prima facie*, l'amendement LI ne saurait en aucune manière constituer un fondement constitutionnel possible pour l'adoption de la «décision sur la proclamation d'une menace de guerre imminente». L'amendement LI n'autorise aucunement la présidence à proclamer une menace de guerre imminente de sa propre initiative ou sur la proposition d'un autre organe. En son paragraphe 2, ledit amendement définit les compétences de la présidence «en cas de circonstances extraordinaires empêchant ou entravant sérieusement la réalisa-

<sup>83</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, du 31 juillet 1990.

tion de l'ordre social établi par la Constitution», mais ces circonstances ne sauraient inclure la proclamation d'une menace de guerre imminent. D'une part, l'expression «circonstances extraordinaires» est beaucoup plus large que l'expression «menace de guerre imminente». Dans la terminologie constitutionnelle yougoslave, l'expression «circonstances extraordinaires» dénote une situation provoquée par une catastrophe naturelle (l'article 364 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine cite, parmi les «circonstances extraordinaires», des événements comme «les catastrophes naturelles, les épidémies...»). Tous les pouvoirs relatifs à un état de guerre ou à une menace de guerre imminente étaient entièrement entre les mains des organes fédéraux. D'autre part, même si aux termes du paragraphe 2 de l'amendement LI la question d'une «menace imminente de guerre» relevait des compétences de la présidence, la procédure suivie pour adopter la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» ne peut être considérée que comme inconstitutionnelle du point de vue formel, car le paragraphe susvisé de l'amendement LI donne à la présidence, en cas de circonstances extraordinaires, le droit de «proposer à l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux troubles». Ainsi, la présidence n'était pas autorisée à «prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux troubles» (les italiques sont de moi), mais seulement de proposer à l'Assemblée de prendre de telles mesures. Les conditions préalables à une telle procédure existaient puisqu'il ressort du texte du préambule de la «décision» que l'Assemblée était en session lorsqu'il a été proposé de proclamer une menace de guerre imminente.

36. En conséquence, étant donné qu'aux termes de l'article 358 de la Constitution de Bosnie-Herzégovine tel que modifié par l'amendement LI (par. 4, point 8) la prorogation automatique du mandat du président de la présidence était constitutionnellement subordonnée à une «guerre ou menace imminente de guerre» et qu'eu égard aux dispositions pertinentes de l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine tel que modifié par l'amendement LXXI et l'amendement LI, la «Décision sur la proclamation d'une menace imminente de guerre» a été adoptée en violation de la Constitution par un organe non habilité à l'adopter, le mandat de président de la présidence de M. Alija Izetbegović n'a pas pu être automatiquement prorogé après le 20 décembre 1992.

37. La lettre adressée par le premier ministre de Bosnie-Herzégovine au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> mars 1993, c'est-à-dire vingt jours avant que M. Alija Izetbegović n'ait donné l'autorisation d'introduire une instance devant la Cour, est ainsi libellée:

«J'ai également fait savoir à la commission que le mandat de président de la présidence de M. Alija Izetbegović était venu à expiration. Cela montre bien qu'il est nécessaire que la communauté internationale aide non seulement à protéger la souveraineté et l'intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine, mais aussi à veiller à ce que le pays soit gouverné conformément à ses principes démocratiques et

constitutionnels. Je vous serais reconnaissant de faire distribuer la présente et son annexe comme document de l'Assemblée générale, au titre du point 143 de l'ordre du jour, et du Conseil de sécurité.»<sup>84</sup>

L'annexe de cette lettre est une «Lettre datée du 24 février 1993, adressée au président de la sous-commission des affaires européennes de la commission des affaires étrangères du Sénat des Etats-Unis d'Amérique par le premier ministre de Bosnie-Herzégovine» et se lit en partie comme suit :

«Je vous prie de noter par ailleurs que le mandat de président de la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine de M. Alija Izetbegović est venu à expiration le 20 décembre 1992. Il n'a pas actuellement le pouvoir constitutionnel d'agir en cette qualité. Seule la présidence peut, en vertu de la Constitution, invoquer les pouvoirs d'urgence, et non pas le président de son propre chef, qui n'est que *primus inter pares*. De même que M. Silajdzic, M. Izetbegović ne parle pas pour l'ensemble de la présidence en ce qui concerne l'étape actuelle des pourparlers de paix Vance/Owen, mais en tant que l'un des membres musulmans de la présidence.»<sup>85</sup>

A cet égard, M. R. Zacklin, directeur et adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du bureau des affaires juridiques, dans une lettre adressée au Greffier de la Cour internationale de Justice le 25 mars 1993, soulignait notamment ce qui suit :

«M. Izetbegović a participé au débat général de la dernière session de l'Assemblée générale en qualité de président de la Bosnie-Herzégovine et aucune communication n'a été adressée depuis lors à l'Organisation des Nations Unies indiquant qu'il n'était plus président. A l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine.»<sup>86</sup>

Le fait qu'«[à] l'Organisation des Nations Unies et à la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, M. Izetbegović a été considéré et continue d'être considéré comme le président de la Bosnie-Herzégovine» peut-il modifier l'ordre juridique établi par la Constitution de Bosnie-Herzégovine?

On ne peut répondre à cette question que par la négative car, à défaut, on se trouverait dans la situation absurde d'attribuer à l'institution de la reconnaissance, qui est en pratique un acte éminemment politique, des effets constitutionnels, le pouvoir de modifier l'organisation politique interne d'un Etat. Une autre conclusion peut néanmoins être tirée — à

<sup>84</sup> Doc. A/47/899-S/25360, 5 mars 1995.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Lettre datée du 25 mars 1993, adressée à M. E. Valencia-Ospina, Greffier de la Cour internationale de Justice, par M. R. Zacklin, directeur et adjoint du Secrétaire général adjoint chargé du bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies.

savoir que la communauté internationale organisée dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies a commis une erreur de droit (*error juris*), à en juger d'après le libellé de la lettre susmentionnée, en ce qui concerne la nature de l'institution de chef de l'Etat dans le système constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine.

38. A la lumière des dispositions pertinentes du droit interne de la Bosnie-Herzégovine, il est évident que M. Alija Izetbegović n'était pas au 21 décembre 1991 constitutionnellement habilité à agir en qualité de président de la présidence de la Bosnie-Herzégovine. La pertinence de ce fait au regard du droit international ne peut être niée, étant donné qu'à mon avis nous sommes en présence d'un principe général de droit selon lequel:

«l'acte d'un agent de l'Etat ne peut juridiquement être imputé à l'Etat s'il ne relevait pas de la compétence de cet agent. L'acte d'un agent de l'Etat incompetent n'est pas un acte de l'Etat.»<sup>87</sup>

39. Ce principe général est aussi énoncé à l'article 8 de la convention sur le droit des traités de 1969.

Une mesure prise par un agent de l'Etat en dehors de sa sphère de compétence est par définition non avenue, et elle est limitée au domaine des faits car elle est dénuée d'effet juridique. A cet égard, l'observation ci-après qui figure dans le commentaire de l'article 8 de la convention sur le droit des traités s'applique par analogie:

«lorsqu'une personne dépourvue de toute compétence pour représenter l'Etat à cette fin prétend néanmoins exprimer son consentement à être liée par le traité, ... [il faut conclure] en droit que l'acte n'était pas imputable à l'Etat et que celui-ci ne pouvait donc pas avoir manifesté un consentement quelconque ... l'acte non autorisé d'un tel représentant est sans effet juridique»<sup>88</sup>.

### TROISIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

40. Le *sedes materiae* de la troisième exception préliminaire est l'argument selon lequel la souveraineté et l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine ont été proclamées illégalement en violation flagrante du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; de ce fait, la Partie requérante n'a pu succéder à la convention sur le génocide de 1948.

La Cour constate, tout simplement, que:

«la Bosnie-Herzégovine est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies à la suite des décisions prises le 22 mai 1992 par le

<sup>87</sup> Le commissaire présidant la commission franco-mexicaine de réclamations, 1924, dans l'affaire *Caire*, 1929, cité dans Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 205.

<sup>88</sup> Projet d'articles sur le droit des traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 13, par. 1.

Conseil de sécurité et l'Assemblée générale, organes compétents en vertu de la Charte»,

et elle indique que:

«l'article XI de la convention sur le génocide ouvre celle-ci à «tout Membre des Nations Unies»; dès son admission au sein de l'Organisation, la Bosnie-Herzégovine pouvait donc devenir partie à la convention. Peu important alors les circonstances dans lesquelles elle a accédé à l'indépendance.» (Paragraphe 19 de l'arrêt de la Cour.)

A mon avis, la légalité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine est loin d'être établie au regard des règles juridiques applicables. Elle repose implicitement sur la notion du prétendu «processus de dissolution» de la Yougoslavie, élaboré par la commission d'arbitrage de la conférence sur l'ex-Yougoslavie dans ses avis, qui n'est pas un terme juridique *stricto sensu*. Cette notion doit être considérée comme une métaphore dans le cadre de laquelle un Etat est représenté comme une sorte de récipient duquel la substance vitale s'échappe peu à peu et qui, par la volonté d'un créateur imaginaire, serait par transsubstantiation transformée en nouvel organisme étatique.

(Ceci est attesté de manière éloquente par la position adoptée par la commission d'arbitrage en ce qui concerne la date de la succession d'Etat dans le cas de la Yougoslavie. Dans son avis n° 11, la commission a déclaré:

«que les dates auxquelles les Etats issus de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie ont succédé à celle-ci sont les suivantes:

- le 8 octobre 1991 pour la République de Croatie et la République de Slovénie,
- le 17 novembre 1991 pour l'ex-République yougoslave de Macédoine,
- le 6 mars 1992 pour la République de Bosnie-Herzégovine» (conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 11, par. 10).

Ainsi, la commission affirme que la succession est intervenue dans les relations entre la République fédérative socialiste de Yougoslavie en qualité d'Etat prédécesseur et les républiques nouvellement indépendantes en qualité d'Etats successeurs. En d'autres termes, elle ne s'est pas produite *uno actu*; en fait, ce qu'on appelle succession est en réalité une série de successions qui se sont produites l'une après l'autre entre le 8 octobre 1991 et le 27 avril 1992. La succession de la Slovénie et de la Croatie n'a pas détruit la personnalité juridique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en tant qu'Etat prédécesseur. *A contrario*, la Macédoine ne pouvait se séparer de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et succéder à celle-ci dans le même temps. *Il en est de même de la Bosnie-Herzégovine*, parce que cette ex-entité fédérale, de

l'avis de la commission, a également succédé à la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Cette approche de la commission pourrait s'expliquer raisonnablement par « *l'interaction complexe entre les délibérations de la commission d'arbitrage et les décisions politiques des institutions de la Communauté européenne et de ses Etats membres, [interaction] qui est remarquable* » (commission d'arbitrage de la conférence sur l'ex-Yougoslavie: avis sur des questions découlant de la dissolution de la Yougoslavie, note liminaire de Maurizio Ragazzi, *International Legal Materials*, 1992, p. 1490). Compte tenu de ce qui précède, il existe un lien patent entre cette qualification et le contenu de l'article 1 a) du projet de convention présenté par le président de la conférence, aux termes duquel « les nouvelles relations entre les républiques reposeront sur les éléments suivants: a) statut de républiques souveraines et indépendantes dotées d'une personnalité internationale pour celles qui le désirent, etc. »

Le fait qu'il existe un lien substantiel et, de fait, causal entre la légalité de la naissance d'un Etat et le statut d'un Etat successeur du point de vue juridique est de la plus haute importance (voir ci-après par. 81-88).

Pour parvenir à une conclusion sur le point de savoir si la Bosnie-Herzégovine a été créée dans la légalité, il faut examiner tant les normes applicables du droit international que le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. La pertinence du droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie à cet égard découle de la nature spécifique, dans les Etats multiethniques, de la norme de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes (voir ci-après par. 44-46).

#### A. *Pertinence du droit international en ce qui concerne la naissance de nouveaux Etats*

41. On cherche souvent à répondre à cette question de la pertinence du droit international en choisissant entre deux qualifications qui s'excluent mutuellement: la naissance des Etats en tant que question de fait ou en tant que question de droit. Aucune de ces qualifications, prises individuellement et indépendamment de toute autre considération, ne correspond vraiment à la réalité des choses, car elles relèvent d'une simplification abusive et d'une distinction insoutenable. La première donne à penser que le droit international est indifférent à la question de la naissance des Etats, que ceux-ci sont créés dans un vide juridique, une sorte de « terrain vague » juridique, par la libre interaction d'éléments de puissance et d'opportunité. Quant à la seconde, elle réduit la naissance des Etats à des procédures legalistes, à la seule volonté d'un législateur international imaginaire, se matérialisant sous la forme d'un Etat indépendamment des processus sociaux existant dans la réalité. En dernière analyse, la première qualification réduit le droit international relatif à la naissance des Etats à une rationalisation à posteriori d'événements qui se sont effectivement produits et donc à sa propre négation, alors que la seconde défend une position totalement opposée, élevant le droit international au niveau d'un créateur de phénomènes sociaux.

Le vice fondamental que comporte le choix de l'une ou l'autre de ces deux explications s'excluant mutuellement tient à la confusion des deux dimensions que comporte la naissance des Etats : la dimension sociopolitique et la dimension juridique. Tout comme il est incontestable que la naissance des Etats est d'un point de vue sociopolitique la résultante de processus sociaux réels, il est aussi incontestable qu'elle a lieu dans l'environnement de la communauté internationale. Ainsi, le droit international ne peut s'abstenir de régler une question aussi cruciale de la vie internationale. C'est à juste titre que Shaw a fait observer que :

« la relation ... entre les critères factuels et juridiques est une relation évolutive cruciale. Les questions de savoir si la naissance d'un nouvel Etat est d'abord une question de fait ou de droit et comment l'interaction entre les critères de l'effectivité et les autres principes juridiques pertinents peut être accommodée sont des questions d'une complexité et d'une importance considérable. »<sup>89</sup>

42. Depuis qu'il existe, le droit international n'a jamais été ou n'a jamais pu être indifférent à la question de la naissance des Etats. La substance et la nature de ces règles ont subi des modifications en fonction de son développement. Grosso modo, les règles du droit international concernant la naissance des Etats peuvent être regroupées en deux catégories :

- la première comprendrait les règles du droit international définissant l'Etat *ab intra*, en tant que fait juridique au sein du système juridique international. En d'autres termes, ces règles du droit international définissent *ce qu'est un Etat*. Cette définition même est statique et se réduit à l'énumération des éléments constitutifs de l'Etat. Dans l'ensemble, elle est fondée sur le principe de l'effectivité et par ce moyen le droit international définit le sens statique et catégoriel de la notion d'Etat ;
- la seconde catégorie comprendrait les règles définissant l'Etat *ab extra*, du point de vue des autres règles pertinentes du droit international. Si la définition *ab intra* prend comme point de départ l'Etat en tant que phénomène isolé et statique, la définition *ab extra* place l'Etat dans le système du droit international, liant sa naissance et son fonctionnement au sein de la communauté internationale à d'autres règles juridiques. En exprimant l'aspect dynamique d'une question concrète concernant un Etat donné, la notion d'Etat *ab extra* comprend, en fait, des normes et des principes fondamentaux concernant la naissance des Etats. Ces principes existent pratiquement depuis que le droit international existe. La naissance des Etats, depuis le traité de Westphalie (1648), a été justifiée par divers principes, comme l'équilibre des puissances, la légitimité et l'interprétation de la « Sainte-Alliance », les compétences quasi législatives des superpuissances, le

<sup>89</sup> M. N. Shaw, *International Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 126.

principe de la nationalité, et, au XX<sup>e</sup> siècle, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. On peut dire que ces principes découlent quant au fond de la notion de légalité.

43. Il ne faut toutefois pas oublier que la nature de la notion de légalité s'est modifiée au fur et à mesure que le droit international s'est développé. Cette notion était fondée, pendant une assez longue période, sur des critères subjectifs et réducteurs, qui reconnaissaient, dans une communauté qui tolérait le recours incontrôlé à la force et même à la guerre, la possession d'un facteur législatif, n'entendant la légalité qu'au sens formel du terme. Déterminé au cas par cas, en fonction du respect de prescriptions formelles et procédurales, cette légalité n'était pas une légalité *stricto sensu*, mesurée au regard des normes d'un droit interne plus développé, mais plutôt une décision politique présentée sous une forme plus acceptable.

La division hiérarchique du droit international en fonction de la valeur juridique de ses normes est à la base d'un changement radical d'attitude en ce qui concerne la question de la légalité. La division du droit international en droit «supérieur» et «inférieur» a ouvert la voie à la conceptualisation des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) aux articles 53 et 64 de la convention de 1969 sur le droit des traités. Comme le déclare M. Ammoun dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (deuxième phase, 1970):

«par une pratique déjà longue des Nations Unies, le concept de *jus cogens* acquiert une plus grande effectivité, sanctionnant, en tant que norme impérative du droit des gens, les principes figurant au frontispice de la Charte»<sup>90</sup>.

Le *jus cogens* ouvre la voie à une modification globale des relations entre la souveraineté des Etats et l'ordre juridique international et à la création de conditions permettant à la règle de droit de prévaloir sur la libre volonté des Etats. En tant que norme objective non réductrice, il constitue une base pertinente, un critère permettant de contester la légalité d'actes individuels au sein de la communauté internationale. En conséquence, il limite fondamentalement l'impact de l'effectivité en droit international. Dans un système dans lequel la notion de légalité est définie, l'effectivité ne peut être juridiquement acceptée que dans les cas où elle n'est pas en conflit avec les normes qui servent de critères de légalité. Dans les limites de l'ordre *de jure*, opposer l'effectivité à la légalité est une démarche incorrecte, parce que accepter l'effectivité en tant que règle

«reviendrait en fait à saper les fondements mêmes du droit des gens et à couvrir de son autorité douteuse une gamme infinie de faits illicites internationaux et de méconnaissances d'obligations internationales»<sup>91</sup>

<sup>90</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 304.

<sup>91</sup> J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, 1968, p. 293.

44. La notion d'une légalité matérielle et homogène intervient inévitablement en ce qui concerne la naissance des Etats. C'est ce que donne à penser une pratique internationale qui est encore insuffisamment développée et stabilisée. Prenons le cas de la Rhodésie du Sud. En l'occurrence, le critère de l'effectivité était pleinement satisfait, car le gouvernement minoritaire blanc exerçait une autorité effective sur le territoire. Mais, en dépit de cela, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a estimé, dans sa résolution 217 du 20 novembre 1965, que la déclaration d'indépendance n'avait « aucune validité légale » et que l'indépendance nationale avait été proclamée par des « autorités illégales ». Cette attitude envers la Rhodésie du Sud, qui, sur la base du critère *ab intra*, était sans aucun doute un Etat, était dictée par l'intention « de permettre au peuple de Rhodésie du Sud de déterminer son propre avenir conformément aux objectifs de la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale » de 1960<sup>92</sup>. La résolution 1514 du 14 décembre 1960 de l'Assemblée générale des Nations Unies, intitulée « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux » stipulait notamment que :

« Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. » (Par. 2.)

Aussi, la pratique des Etats confirmait que :

« Dans le cas d'une entité entendant devenir un Etat et acceptée par la communauté internationale comme habilitée à exercer son droit à l'autodétermination, il peut très bien être nécessaire de démontrer que les prescriptions internes du principe n'ont pas été méconues. On ne peut définir cette condition trop rigoureusement compte tenu de la pratique des Etats à ce jour, mais il semblerait que l'on puisse affirmer qu'une discrimination systématique et institutionnalisée peut faire échec à une revendication de la qualité d'Etat. »<sup>93</sup>

Toutefois, on irait trop loin en affirmant que l'introduction de la notion de légalité matérielle a réalisé une unification harmonieuse des définitions de l'Etat *ab intra* et *ab extra*. Cela n'a pas été possible en raison de la carence institutionnelle chronique de l'ordre international qui, s'exerçant dans l'environnement d'une communauté au premier chef politique — ce qu'est virtuellement la communauté internationale —, amène souvent la politique à prévaloir sur le droit. D'où l'écart existant entre droit international et ordre international, puisque les normes n'ont pas toujours été appliquées comme elles auraient dû l'être eu égard à leur contenu, mais plus ou moins sous l'influence d'opinions politiques, non juridiques. Il est indiscutable que la réalisation de l'harmonie susmentionnée constitue non seulement un objectif mais aussi une condition de l'établissement de l'ordre international en tant qu'ordre *de jure* dans ce contexte particulier.

<sup>92</sup> Résolution 217 (1965) du Conseil de sécurité, 20 novembre 1965, par. 7.

<sup>93</sup> M. N. Shaw, *op. cit.*, p. 132.

*B. La légalité de la proclamation de l'indépendance  
de la Bosnie-Herzégovine au regard du droit interne de la République  
fédérative socialiste de Yougoslavie*

*1. Pertinence du droit interne de la République fédérative socialiste de  
Yougoslavie en l'espèce*

45. 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 primaire 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 est un corollaire normal et nécessaire du règlement judiciaire international d'opérations complexes est mieux comprise.»<sup>94</sup>

Libéré du manichéisme et du fardeau pesant de la controverse théorique entre dualisme et monisme, le droit international positif s'est résolument engagé sur cette voie. On peut citer une longue liste de règles du droit international positif qui reposent sur une symbiose entre une norme internationale contenant des références expresses et implicites au droit interne et les normes correspondantes de ce droit interne. A titre d'exemple, l'article 46 de la convention de 1969 sur le droit des traités dispose qu'un Etat peut invoquer le fait que son consentement à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités si «cette violation a été manifeste et concernait une règle de son droit interne d'importance fondamentale». On peut citer aussi le droit de la mer, dans le cadre duquel la protection et la préservation du milieu marin sont entièrement réglementées sur la base d'une symbiose entre le droit international et les droits internes. Par exemple, l'article 207, paragraphe 1 («Pollution d'origine tellurique») de la convention sur le droit de la mer dispose :

«Les Etats adoptent des lois et règlements pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin d'origine tellurique ..., en tenant compte des règles et des normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées, internationalement convenues.»

La pratique diplomatique des Etats trouve également dans le droit interne un critère de la validité des actes internationaux. On peut mentionner la pratique des Etats-Unis d'Amérique inaugurée par le président Wilson instaurant un nouveau critère de «constitutionnalité», qui fait de l'«arrivée au pouvoir» d'un nouveau gouvernement par des moyens constitutionnels une condition préalable à la reconnaissance de ce gouvernement par les Etats-Unis<sup>95</sup>.

46. Ainsi, en la présente affaire, il ne s'agit 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, *C.P.I.J. série B n° 17*, p. 32; *Zones franches de Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.I.J. série A n° 22*, p. 167; *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaises dans le territoire de Dantzig, C.P.I.J. 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

<sup>94</sup> C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, p. 547.

<sup>95</sup> M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 69.

interne relatives à l'autodétermination externe. J'estime qu'en la présente affaire le raisonnement de la Cour dans l'affaire relative aux *Emprunts brésiliens* (1929) est pertinent.

Dans cette affaire, la Cour a notamment fait observer :

« 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. »<sup>96</sup>

## 2. Conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité fédérale

47. Pour mieux faire comprendre la conception constitutionnelle de l'Etat yougoslave et de l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine, je me référerai à certaines dispositions des constitutions de l'Etat yougoslave qui donnent une idée de la nature de cet Etat et, plus précisément, du statut des peuples qu'il rassemblait.

48. 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, « la langue officielle du Royaume est le serbe-croate-slovène ».

49. La Constitution du Royaume de Yougoslavie du 3 septembre 1931 n'en indiquait pas nommément les peuples constitutifs. Il n'était question

<sup>96</sup> C.P.J.I. série A n° 21, p. 124.

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».

50. La résolution organisant la Yougoslavie selon le principe fédéral, approuvée le 29 novembre 1943 à la deuxième conférence du conseil antifasciste de la 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 la 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 édiflée selon le principe fédératif qui garantit la pleine égalité des *Serbes, Croates, Slovènes, Macédoniens et Monténégrins, c'est-à-dire des peuples de Serbie, Croatie, Slovénie, Macédoine, Monténégro et Bosnie-Herzégovine...*<sup>97</sup>

51. La première constitution de la Yougoslavie fédérative, celle de 1946, définit en ces termes en son article premier la République fédérative populaire de Yougoslavie :

«Etat fédéral populaire à forme républicaine, communauté de peuples égaux en droits qui, en vertu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, y compris celui de sécession, ont décidé de vivre unis dans l'Etat fédéral».

52. La deuxième constitution, celle de 1963, définit la Fédération en ces termes :

«Etat fédéral de peuples égaux librement unis, communauté démocratique socialiste fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique.»

La Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine de 1963 dispose notamment dans ses «Principes fondamentaux» :

«Liés dans toute leur histoire commune par leur coexistence, leurs aspirations et leur combat pour la liberté et le progrès social, les Serbes, les Musulmans et les Croates, surmontant les entreprises des puissances étrangères et des forces réactionnaires locales, se sont rassemblés pour la première fois dans la liberté, l'égalité et la fraternité, dans le cadre de leur république, qui est devenue la forme sociopolitique dans laquelle se sont incarnées leur unité et leur égalité et par

<sup>97</sup> Résolution portant constitution de la Yougoslavie selon le principe fédératif, *Journal officiel de la Fédération yougoslave*, n° 1/1945 (les italiques sont de moi).

leur égalité avec les autres peuples de Yougoslavie, avec lesquels ils ont volontairement formé un Etat commun sur la base du droit à disposer de soi-même, y compris le droit de se séparer les uns des autres: la République fédérative populaire de Yougoslavie garantit ainsi la pleine égalité et l'existence des conditions d'un développement national général et du progrès culturel et matériel sur la voie d'une transformation socialiste globale.» (Les italiques sont de moi.)

A l'article premier, la Bosnie-Herzégovine est qualifiée de «communauté socialiste démocratique constituée d'un Etat des peuples de Bosnie-Herzégovine, fondée sur le pouvoir des travailleurs et l'autonomie politique».

53. La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de 1974 commence par l'exposé de «Principes fondamentaux», dont le chapitre I se lisait comme suit:

«Partant du droit de chaque peuple à l'autodétermination, y compris le droit à la sécession, en vertu de leur volonté librement exprimée dans la lutte commune de toutes les nations et nationalités au cours de la guerre de libération nationale et de la révolution socialiste ... ont créé une communauté fédérative 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'a chaque peuple de définir et d'édifier son propre ordre social et politique par des voies et moyens librement choisis;
- le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et à accéder à l'indépendance nationale, le 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie de la manière suivante:

«un Etat fédéral — communauté étatique de nations librement unies 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 nations et de nationalités égales en droits» (article premier de la Constitution).

54. La Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine dispose en son article premier:

«La République socialiste de Bosnie-Herzégovine est un Etat démocratique socialiste et une communauté démocratique pratiquant l'autogestion socialiste, qui est composée de travailleurs et de citoyens, *des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musubmans, Serbes et Croates* — et de personnes appartenant à d'autres peuples et

nationalités qui y vivent, et elle est fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs ainsi que sur *la souveraineté et l'égalité des droits des peuples de Bosnie-Herzégovine* et des personnes d'autres peuples et nationalités qui y vivent.

La République socialiste de Bosnie-Herzégovine fait partie intégrante de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.» (Les italiques sont de moi.)

L'article 2 de la Constitution est ainsi conçu :

«Les travailleurs et les citoyens, *les peuples de Bosnie-Herzégovine — Serbes, Croates et Musulmans* — et les personnes appartenant à d'autres peuples et nationalités *exercent leurs droits souverains dans la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, à l'exception des droits qui, dans l'intérêt commun des travailleurs et des citoyens, des peuples et des nationalités, sont mis en œuvre dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie en vertu de sa constitution.» (Les italiques sont de moi.)

Il est dit notamment dans le préambule que :

«les peuples de Bosnie-Herzégovine — *Musulmans, Serbes et Croates* ... ainsi que les ouvriers et autres travailleurs et citoyens, les peuples et les nationalités des autres républiques socialistes et des provinces socialistes autonomes de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ont obtenu des succès marquants sur ... la voie ... de l'unité et de l'égalité...»

et plus loin que :

«l'ordre social et politique de la Bosnie-Herzégovine est fondé sur les principes consacrés dans la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie par les peuples et les nationalités et les travailleurs de Yougoslavie».

Il est dit dans les «Principes fondamentaux» de la Constitution que :

«*Les peuples de Bosnie-Herzégovine — Serbes, Musulmans et Croates* ... et les autres peuples et nationalités de Yougoslavie ... *exerçant leur droit de disposer d'eux-mêmes, y compris le droit de faire sécession, se sont volontairement réunis en un Etat commun — la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, et se sont ainsi assuré les conditions de leur pleine égalité et d'un développement national général...» (Chap. I.)

Le chapitre II des mêmes «Principes fondamentaux» dispose notamment que :

«*les peuples de Bosnie-Herzégovine — Croates, Serbes et Musulmans* et les membres des autres peuples et nationalités — *exerceront dans le cadre de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, en tant qu'Etat et communauté autogérée, *leurs droits souverains* et feront valoir leurs intérêts de classe et leurs *intérêts nationaux*» (les italiques sont de moi).

Il est précisé particulièrement que :

« Inspiré par les principes ... du respect de la liberté et de l'indépendance des peuples, de la coexistence pacifique active, de l'ouverture au monde et du développement nécessaire d'une coopération internationale générale, la République socialiste de Bosnie-Herzégovine participera, sur un pied d'égalité avec les autres républiques et provinces autonomes, à l'exercice de la politique étrangère de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. » (« Principes fondamentaux », chap. X.)

Le 31 juillet 1990, l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine a adopté les amendements LIX à LXXX à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine (*Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 21, 31 juillet 1990). Le texte de l'amendement LX, qui se substitue au paragraphe 1 de l'article premier de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, se lit comme suit :

« 1. La République socialiste de Bosnie-Herzégovine est un Etat souverain démocratique composé, dans l'égalité, des citoyens, des peuples de Bosnie et d'Herzégovine — des Musulmans, des Serbes, des Croates, ainsi que des autres peuples et nationalités qui vivent dans la République. »

L'amendement LI dispose que :

« Une représentation proportionnelle est garantie à tous les peuples et à toutes les nationalités dans les assemblées des communautés sociopolitiques, dans les organes élus par celles-ci à la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et dans les autres organes de l'Etat. » (Le texte de l'amendement s'ajoute à l'article 3.)

Le paragraphe 10 de l'amendement LXX est ainsi conçu :

« L'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine créera un conseil chargé de régler la question de l'égalité des peuples et des nationalités de Bosnie-Herzégovine. Les membres du conseil seront choisis parmi les députés membres des nations de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates — en proportions égales, et d'un certain nombre de membres choisis parmi les députés des autres peuples et nationalités ou autres populations qui vivent en Bosnie-Herzégovine. *Le conseil prendra sa décision par consensus des représentants de toutes les nations et nationalités.* Le conseil débattrra particulièrement des questions liées à l'égalité des langues et des alphabets, à l'organisation et aux activités des institutions culturelles ayant une importance particulière pour l'expression et l'affirmation des particularités des divers peuples et des diverses nationalités, et à la *promulgation des règlements d'application des dispositions constitutionnelles fixant expressément les principes de l'égalité des peuples et des nationalités.* » (Les italiques sont de moi.)

55. 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 de toutes les configurations constitutionnelles de l'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 de l'Etat. 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 Monténégrins, considérés jusque-là comme des «fractions de l'entité nationale serbe». Enfin, la Constitution de 1963 a fait figurer les Musulmans parmi les peuples constitutifs.

56. Depuis la constitution en fédération de l'Etat yougoslave, *cette constante a dominé totalement et sans aucune restriction l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine.* C'est là l'origine du qualificatif de «petite Yougoslavie», quelque peu littéraire mais largement employé à l'endroit de la Bosnie-Herzégovine, où les traits essentiels de la Fédération yougoslave sont reproduits dans un cadre exigü.

La Yougoslavie fédérative s'est formée, aux termes de la résolution prise, en 1943, par la deuxième conférence du conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie, en tant que communauté de peuples souverains et égaux, des initiatives constitutionnelles devant par la suite instituer les républiques en entités fédérales. Ainsi donc, comme les autres républiques, la Bosnie-Herzégovine est officiellement née de la Constitution de 1946 — sans compter que des autorités provisoires avaient été mises en place dès l'adoption de la résolution portant création de l'Etat fédératif de Yougoslavie.

Aux termes de la Constitution fédérale de 1946 et de sa propre constitution promulguée la même année, la Bosnie-Herzégovine a vu le jour en tant qu'Etat des peuples serbes et croates. Les Musulmans ont participé à la formation de la Fédération yougoslave et à celle de la Bosnie-Herzégovine elle-même, en tant que partie intégrante des peuples serbes ou croates, ou, pour être plus précis, en tant que Serbes ou Croates de religion musulmane, et non en tant que peuple constitutif doté du droit de disposer de lui-même.

57. Les solutions constitutionnelles retenues en 1963 ont modifié le statut constitutionnel des Musulmans pour en faire un peuple constitutif. Par suite de ce changement, la Bosnie-Herzégovine est définie dans la Constitution de la République de 1963 comme un Etat formé de «l'union démocratique socialiste des peuples de Bosnie-Herzégovine...» Les principes fondamentaux de la Constitution qualifient de «peuples de Bosnie-Herzégovine», «les Serbes, les Musulmans et les Croates». Les règlements constitutionnels de 1974 ont conservé aux Musulmans ce statut.

Autrement dit, les Musulmans ont été transformés en nation constitutive à posteriori, par l'exercice du droit à l'autodétermination des Serbes et des Croates, après formation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'entité

de la Fédération yougoslave. Cette circonstance a-t-elle un effet sur l'étendue et la nature des droits des Musulmans en tant que nation constitutive? On ne peut que répondre par la négative. Ayant acquis la qualité de nation constitutive, les Musulmans sont entrés en possession de droits absolument égaux au même titre que les Serbes et les Croates de Bosnie-Herzégovine. La pleine égalité des droits des peuples constitutifs n'a cessé d'être confirmée dans tous les textes constitutionnels ultérieurs, ceux de la Fédération comme ceux de la Bosnie-Herzégovine, de 1946 à 1974. Cette confirmation s'exprime non seulement par l'emploi de termes correspondants («le droit de chaque peuple», «pleine égalité», «souveraineté et égalité des peuples» à titre d'exemple), mais encore par l'inversion de l'ordre dans lequel les peuples sont cités — considération particulièrement significative dans les constitutions de la Bosnie-Herzégovine — qui tend à bien marquer, tant par le fond que par la manière de s'exprimer, la pleine égalité des peuples constitutifs. En termes concrets, cette égalité renvoie, de manière à la fois explicite et implicite, au droit qu'a «chaque nation de disposer d'elle-même, y compris le droit de se séparer d'autres nations ou de s'unir à elles».

58. *A considérer les divers choix constitutionnels — et la pratique juridique et politique qui en a découlé — qui ont amené à qualifier la Bosnie-Herzégovine de fédération de nations, le concept sui generis de fédération de personnes était celui qui se rapproche le plus de la réalité de la situation.* Cette façon de voir les choses était corroborée par plusieurs éléments factuels d'importance fondamentale.

En premier lieu, du point de vue du droit comme du point de vue des faits, la Bosnie-Herzégovine était une communauté de trois peuples. La République de Bosnie-Herzégovine n'était pas, à la différence des autres républiques yougoslaves, une forme authentique, originelle, de la personnalité d'Etat de la Yougoslavie, elle a été créée à posteriori à titre de subdivision administrative et territoriale interne de l'Etat, dans la phase fédérale de l'existence de celui-ci. *Ratione valorem*, la Bosnie-Herzégovine n'était pas seulement formée, elle fonctionnait aussi, sur le plan politique et sur le plan juridique, comme une communauté de peuples. On en donnera pour preuve la composition des organes directeurs de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. La question des cadres dirigeants de celle-ci était réglée par le «pacte social relatif à la politique du personnel en République socialiste de Bosnie-Herzégovine»<sup>98</sup>. Au paragraphe 3 de l'article 7 de ce pacte, les signataires se sont engagés à garantir:

«la représentation proportionnée et adéquate des peuples et des nationalités aux assemblées des communautés sociopolitiques, des institutions publiques et des organes des formations sociopolitiques de la République, et l'élection aux charges publiques, pour un mandat de un ou deux ans, de candidats choisis parmi tous les peuples».

<sup>98</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 34, du 8 novembre 1982.

Cette solution avait aussi sa sanction légale. Le paragraphe a) de l'article 170 de la loi relative aux amendements et aux modifications de la loi sur l'administration publique<sup>99</sup> prévoyait que

«le directeur d'une administration publique et son adjoint peuvent être démis de leurs fonctions avant la fin de leur mandat dans le cas où l'exigent les critères d'éligibilité tendant à assurer la représentation équitable des peuples ... de Bosnie-Herzégovine dans l'administration de l'Etat et la mise en œuvre de la politique du personnel».

Le paragraphe a) de l'article 175 de cette loi contient une disposition analogue concernant les hautes fonctions politiques.

*On est ainsi amené à conclure que, d'un point de vue phénoménologique, la Bosnie-Herzégovine n'était une entité fédérale qu'en apparence et qu'elle était, dans son essence et dans sa réalité matérielle, l'union des peuples qui la constituaient.*

En deuxième lieu, *la Constitution de 1974 de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine promulguée la même année définissaient le droit à l'autodétermination 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. Mais le fait que le droit à disposer de soi-même soit exercé sur un certain territoire est tout à fait différent du fait que, dans le cas d'une communauté multinationale disposant d'un territoire, les conséquences de l'exercice de ce droit sont elles-mêmes territorialisées. En règle générale, le droit à l'autodétermination et l'existence d'un territoire se superposent dans le cas d'une communauté monoethnique; ainsi 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 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, *la Bosnie-Herzégovine, en tant qu'entité fédérale, n'avait pas le bénéfice du droit à l'autodétermination, y compris le droit de sécession.*

En quatrième lieu, *la Bosnie-Herzégovine ne possédait non plus aucun des attributs classiques de l'Etat qui caractérisent les entités fédérales des fédérations modernes.* Bien qu'elle fût «un élément constitutif de la fédération», la Bosnie-Herzégovine, comme d'autres entités fédérales, répondait à une conception constitutionnelle et juridique particulière dans le fédéralisme yougoslave. A partir de 1963, elle a présenté une dichotomie: d'un côté elle était dotée des pouvoirs qui caractérisent la plupart des entités fédérales des fédérations contemporaines; de l'autre côté, elle

<sup>99</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n° 10, du 28 mars 1991.

représentait une communauté démocratique socialiste autogérée de travailleurs et de citoyens — les peuples de Bosnie-Herzégovine (Musulmans, Serbes, Croates) et les membres des autres peuples ou nationalités vivant sur le territoire — fondée sur le pouvoir et l'autogestion de la classe ouvrière et de tous les travailleurs ainsi que sur la souveraineté et l'égalité des droits des peuples de Bosnie-Herzégovine (article premier de la Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine). Cette dichotomie de la personnalité de la Bosnie-Herzégovine dans l'appareil constitutionnel de la Yougoslavie résulte d'un sous-entendu idéologique fondamental qui postule que l'Etat, création de classe, est un phénomène historique passager, incompatible avec la société socialiste et par conséquent voué à disparaître. «Désétatisation» était le maître mot de la philosophie constitutionnelle de la Yougoslavie après l'érection de l'autogestion en mécanisme organisateur de la société: la société contre l'Etat, tel était le parti pris politique fondamental qui s'imposait même dans la sphère du droit. La «désétatisation» a donné naissance à la notion de «travailleurs et peuples», de telle sorte que le fédéralisme, cessant d'être «gouvernemental» est devenu «sociopolitique». Le jeu entre ces deux aspects antagonistes de la Bosnie-Herzégovine faisait la part belle à l'aspect «communauté autogérée». C'est ce que font clairement apparaître le statut constitutionnel de l'autogestion et l'appropriation par la société, qui en découle, des moyens de production, fondement des relations sociales (chapitre II des «Principes fondamentaux» de la Constitution de 1974 de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine). Ainsi, la Bosnie-Herzégovine elle-même était définie comme la «communauté démocratique pratiquant l'autogestion socialiste» (article premier de la Constitution de 1974), et l'Assemblée comme «un organe d'autogestion socialiste et l'organe délibérant suprême dans le domaine des droits et des obligations de la communauté sociopolitique» (art. 136).

Le fait que la Bosnie-Herzégovine était essentiellement une communauté de peuples s'est trouvé confirmé dans le «texte consolidé» de la Constitution de Bosnie-Herzégovine, paru en mars 1993, après la proclamation de l'indépendance et de la souveraineté de cette entité fédérale, et confirmé encore à l'échelon international par une série d'instruments. La République de Bosnie-Herzégovine est définie à l'article premier de ce «texte consolidé» comme un «Etat souverain indépendant ... des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes, Croates et membres des autres peuples qui vivent sur le territoire». Pour comprendre le sens exact de cette formule, il faut la rapprocher de la disposition interprétative de l'article 269 («Dispositions finales transitoires»), ainsi libellé:

«Le terme de «membres des autres peuples qui vivent dans la République» et le terme de «membres des autres peuples qui vivent sur le territoire» utilisés dans la Constitution visent les nationalités minoritaires de la Bosnie-Herzégovine.»

Le texte constitutionnel susmentionné préservait les caractéristiques essentielles que présentait la Bosnie-Herzégovine en tant que fédération per-

sonnelle. Il y était précisé, sur la base du principe de l'«égalité des peuples de Bosnie-Herzégovine», que :

«Dans les assemblées des communautés sociopolitiques et dans les organes qu'elles élisent à la présidence de la République de Bosnie-Herzégovine, une représentation proportionnelle est garantie aux peuples de Bosnie-Herzégovine et aux autres peuples qui vivent sur le territoire.»<sup>100</sup>

Tous les projets de structure constitutionnelle proposés pour la Bosnie-Herzégovine au cours des négociations visant à trouver une solution politique au conflit en Bosnie-Herzégovine prennent pour point de départ une Bosnie-Herzégovine qualifiée de communauté de peuples.

Le projet de «Structure constitutionnelle proposée pour la Bosnie-Herzégovine» présenté par les coprésidents le 27 octobre 1992 (dit «plan Vance-Owen») et approuvé expressément le 16 novembre par le Conseil de sécurité (résolution 787 (1992), par. 1), prévoyait notamment que : «C. Le fait qu'il existe trois grands groupes «ethniques» (nationaux/religieux) ainsi qu'un groupe «divers» doit être reconnu dans la Constitution.»<sup>101</sup> L'article premier du chapitre premier de l'«Accord constitutionnel relatif à l'union des Républiques de Bosnie-Herzégovine» présenté par les coprésidents Owen et Stoltenberg en septembre 1993 disposait que :

«l'union des Républiques de Bosnie-Herzégovine est composée de trois républiques constitutives et comprend trois peuples constitutifs : les Musulmans, les Serbes et les Croates, ainsi qu'un groupe d'autres peuples»<sup>102</sup>.

Le préambule de l'annexe 4 des accords de Dayton qualifie «les Bosniaques, les Croates et les Serbes» de «peuples constitutifs» (A/50/790-S/1995/999, p. 54). On peut donc conclure que le fait que la Bosnie-Herzégovine est essentiellement une communauté de peuples est reconnu sur le plan international.

### 3. La proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat souverain

59. Dans la partie de son mémoire qui porte le titre : «Le statut international de la Bosnie-Herzégovine», «a) Le prétendu défaut de qualité d'Etat de la Bosnie-Herzégovine», le demandeur résume en ces termes sa position sur la question :

«La commission d'arbitrage a constaté l'existence des principaux éléments à cet égard dans son avis n° 11 du 16 juillet 1993 :

<sup>100</sup> Paragraphe 1.3 de l'article 3 du texte consolidé de la Constitution de la République de Bosnie-Herzégovine.

<sup>101</sup> Rapport du Secrétaire général sur la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie (S/24795).

<sup>102</sup> Doc. S/26337/Add. 1, app. I.

«par un référendum tenu les 29 février et 1<sup>er</sup> mars 1992, la majorité de la population de cette république s'est prononcée en faveur d'une Bosnie souveraine et indépendante. Les résultats de ce référendum ont été proclamés officiellement le 6 mars et, quels que soient les événements dramatiques qui ont affecté depuis lors la Bosnie-Herzégovine, les autorités constitutionnelles de cette république se sont, depuis cette date, comportées comme celles d'un Etat souverain en vue de maintenir son intégrité territoriale et la plénitude et l'exclusivité de leurs compétences.»<sup>103</sup>

60. Pour être parfaite sur le plan juridique, la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine aurait dû, en droit yougoslave interne, répondre à deux conditions :

*primo*, que le droit yougoslave ait prévu le droit de sécession des entités fédérales ;

*secundo*, que les procédures fixées dans le droit et la Constitution aient été suivies, car :

«Que la fédération se scinde 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 cas de sujétion coloniale reconnue, il semble qu'il n'y ait pas de droit à l'autodétermination qui s'applique à des Etats indépendants et justifie qu'ils recourent à la sécession.»<sup>104</sup>

61. Il est indubitable que les entités fédérales yougoslaves n'avaient pas le droit de sécession (*jus secessionis*). Le droit de disposer de soi-même était absolument réservé aux nations constitutives (voir ci-dessus par. 48-56).

Les dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie relatives à l'autodétermination externe permettent de conclure que le droit à l'autodétermination externe avait été pleinement exercé.

Pour commencer, «le droit de disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession», était exprimé au temps passé dans la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, comme dans toutes les constitutions précédentes de la Yougoslavie fédérale. A ce moment-là, le passage qui en traitait était situé dans les «Principes fondamentaux» de la Constitution et le corps du texte de celle-ci n'en disait rien. Enfin, ni la Constitution ni la loi ne prévoyaient de procédure pour l'exercice du droit de disposer de soi-même. En d'autres termes, les nations constitutives de la Yougoslavie avaient exercé leur droit à l'autodétermination externe au moment où s'était formée la Yougoslavie fédérale. Ayant décidé de coexister dans un Etat commun, elles avaient épuisé ce droit

<sup>103</sup> Mémoire, par. 4.2.1.10.

<sup>104</sup> M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p.139.

qui, dès lors, constituait le fondement juridique de l'existence de cet Etat commun — son *validus titulus* — mais non un droit vivant, actuel, que l'on pouvait invoquer à son gré. Cela ne signifie pas pour autant que la question du droit à l'autodétermination externe ait été résolue pour de bon. Elle aurait pu, comme d'autres problèmes, être redéfinie dans les procédures constitutionnelles garanties.

La Cour constitutionnelle de Yougoslavie, organe principal qui veillait à la constitutionnalité et à la légalité du dispositif constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, a souligné dans sa décision IU n° 108/1-91 (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 83/91) que :

«ce droit [de disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession] ne peut s'exercer que dans les conditions et selon les modalités qui seront déterminées conformément à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et au droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, y compris le droit de faire sécession — en vertu d'un acte public promulgué par l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ou d'un accord intervenu entre les peuples de Yougoslavie et leurs républiques» (les italiques sont de moi).

C'est ainsi, à la lumière des dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, qu'il faut lire l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle yougoslave selon lequel :

«tout acte par lequel une république se déclarerait Etat souverain et indépendant constitue une modification non constitutionnelle de l'organisation de l'Etat yougoslave, c'est-à-dire un acte de sécession auquel la décision de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie ôte tout effet juridique»<sup>105</sup>.

Il était proposé de résoudre la controverse que soulevait l'exercice du droit à l'autodétermination externe *constitutionne artis*, c'est-à-dire par voie de révision constitutionnelle, dans les «Principes d'organisation de l'Etat futur proposé 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 :

«La 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»,

<sup>105</sup> Réponse de la Cour constitutionnelle yougoslave à la question posée par lord Carington sur le point de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'une dissolution ou d'une sécession; cité par la commission d'arbitrage de la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, n° SU 365/91.

présente 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 permanent et imprescriptible 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie.

*Pourtant, l'exercice du droit des peuples de faire sécession, qui comporte le droit pour certaines républiques de se dissocier de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie.

Les amendements à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie devraient fixer les dispositions suivantes :

1. Le droit d'une république de prendre l'initiative de se retirer de la République fédérative socialiste de Yougoslavie 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 à sa masse territoriale continuent de faire partie de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.*

7. Si le résultat du référendum est négatif, la même initiative peut être reprise à l'expiration d'un délai de cinq ans.

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 République fédérative socialiste de Yougoslavie, 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 République fédérative socialiste de Yougoslavie.

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 fédéral règle également les questions de citoyenneté, de pensions de retraite, de droits civils et autres problèmes du même ordre. Cela implique la reconnaissance d'une responsabilité commune dans les obligations et les assurances par lesquelles la République fédérative socialiste de Yougoslavie 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 éla-

bore avec l'assentiment des assemblées républicaines un amendement constitutionnel (loi constitutionnelle) portant acte de sécession de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; cet amendement règle, entre autres questions:

- le droit des citoyens de choisir librement (conditions et modalités de l'expression du choix des citoyens 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 pour les préjudices qui résultent directement de la réalisation du droit de sécession, etc.);
- l'obligation de mettre certaines lois et actes publics en conformité avec la structure de la République fédérative socialiste de Yougoslavie 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 séparation.»<sup>106</sup>

Mais il se trouve que la Bosnie-Herzégovine n'a pas accepté l'option proposée, comme l'attestent clairement les arrangements pris par le référendum sur une «Bosnie souveraine et indépendante».

62. La proclamation d'une «Bosnie souveraine et indépendante» avait deux aspects qui se composaient de deux décisions, selon le paragraphe 4.2.1.10 du mémoire:

- 1) un référendum tenu le 29 février et le 1<sup>er</sup> mars 1992, à l'issue duquel la majorité de la population de la République s'est prononcée en faveur d'une Bosnie souveraine et indépendante;
- 2) la proclamation officielle des résultats du référendum le 6 mars 1992. La souveraineté et l'indépendance de la Bosnie ont pris effet à cette date, étant donné que, selon la Bosnie-Herzégovine:

«Quels que soient les événements dramatiques qui ont affecté la Bosnie-Herzégovine, les autorités constitutionnelles de cette République se sont, *depuis cette date*, comportées comme celles d'un Etat souverain en vue de maintenir l'intégrité territoriale de la République et la plénitude et l'exclusivité de leurs pouvoirs.» (Les italiques sont de moi.)

Si l'on interprète correctement la déclaration que l'on vient de citer, on est amené à conclure que la Bosnie-Herzégovine a été constituée en «Bos-

<sup>106</sup> *Focus*, numéro spécial, janvier 1992, p. 31-33.

nie souveraine et indépendante» à la date de la proclamation des résultats du référendum. En d'autres termes, la proclamation de ces résultats avait un effet constitutif, créateur d'Etat.

63. La question posée au référendum du 29 février et du 1<sup>er</sup> mars était la suivante:

«Etes-vous en faveur d'une Bosnie-Herzégovine souveraine et indépendante, Etat de citoyens égaux, des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates et des membres des autres peuples qui vivent sur le territoire?»

Le référendum a été organisé pour «déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine». La décision d'y procéder a été prise en vertu de l'article 152 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, de la disposition 5, ligne 9, de l'amendement LXXI à la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et des dispositions des articles 3 et 26 de la loi sur le référendum<sup>107</sup>.

Il est indubitable, à la lumière de ce qui précède, que l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine avait le pouvoir de procéder à un référendum, tant un référendum préliminaire, c'est-à-dire un référendum pour une consultation préliminaire, qu'un référendum ultérieur pour confirmation des textes législatifs, réglementaires et autres.

64. Mais on peut se demander si l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine avait le droit d'organiser un référendum pour déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine.

Prenant pour point de départ la disposition d'ordre général voulant que «l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine exerce ses droits et ses responsabilités sur la base et dans le cadre de la Constitution et de la loi»<sup>108</sup> et dans le respect de la règle qui régit les rapports entre la Constitution et la loi, tournons-nous maintenant vers l'article 314 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine qui précise les compétences de l'Assemblée de la République:

«L'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine:

- 1) se prononce sur la modification de la Constitution de la République; si la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est modifiée, fait une proposition, émet un avis ou donne son assentiment;
- 2) détermine la politique de la République et règle les autres questions fondamentales intéressant le développement politique, économique, social et culturel de celle-ci;
- 3) examine les problèmes d'intérêt commun des organisations de travailleurs, organismes autogérés et communautés et harmonise

<sup>107</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, n<sup>os</sup> 29/1977 et 24/1991.

<sup>108</sup> Article 313 de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine.

leurs relations et leurs intérêts; encourage la conclusion d'accords d'autogestion et de pactes sociaux;

4) examine les problèmes que présentent la politique étrangère et les relations internationales; approuve la négociation de traités internationaux dans les cas prévus par la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

5) détermine le sort des propositions, ou approuve les arrangements concernant les dispositions que l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie doit prendre à propos d'une proposition d'accord des assemblées des républiques;

6) adopte le plan social de la Bosnie-Herzégovine, le budget de la République, le bilan et la répartition générale des ressources de la République et le plan d'aménagement du territoire de la Bosnie-Herzégovine; adopte les lois, règlements et autres décisions publiques de portée générale; publie les interprétations définitives des lois de la République;

7) se prononce sur la modification des frontières de la République;

8) détermine le système de défense nationale de la République;

9) accorde l'amnistie pour les infractions prévues par la loi;

10) décide de l'endettement de la République et de ses emprunts publics;

11) crée les organisations de travailleurs;

12) organise les référendums républicains;

13) détermine la mise en application des lois, règlements et autres décisions publiques de la République et les obligations des organes et organisations de la République, ainsi que de la mise en application des lois de la République et de la Fédération;

14) assure le contrôle politique des décisions du conseil exécutif et des organes d'autorité de la République et de celles de leurs subdivisions politiques et donne des orientations générales; assure le contrôle politique des titulaires des charges publiques et autres fonctions sociales qui sont responsables devant elle;

15) se saisit des avis et des propositions de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine qui ont trait à la protection des principes constitutionnels et de la légalité;

16) se saisit des rapports de l'appareil judiciaire de la République relatifs à l'application des lois et aux résultats obtenus et, publie des notes de principe sur ces rapports;

17) veille à l'ordre public;

18) élit et destitue le président et les membres de la présidence de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine et le membre de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la représente;

19) élit et destitue la délégation de l'assemblée à la chambre des républiques et des provinces de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;

20) élit et destitue son président et son vice-président, ainsi que les membres de ses commissions, comités et autres organes;

21) élit et destitue le président et les membres du conseil exécutif, le président et les juges de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, le président et les juges de la Cour suprême de Bosnie-Herzégovine et des autres tribunaux désignés par la loi ainsi que les membres du Conseil de la République;

22) nomme et destitue les secrétaires de la République et autres responsables des organes et organismes d'autorité de la République qui agissent dans les domaines de compétence de la République; le procureur social de la République pour l'autogestion, son secrétaire général et ses secrétaires, le procureur de la République, le gouverneur de la banque nationale de Bosnie-Herzégovine et les fonctionnaires de celle-ci, les membres des organes directeurs et administratifs désignés à cette fin par la Constitution et par la loi;

23) décide de la prorogation du mandat des représentants des communautés sociopolitiques aux organes délibérants;

24) assume toute autre fonction que prévoit la Constitution.

L'Assemblée peut adopter des déclarations, des résolutions et des recommandations.»

Le paragraphe 12 de l'article 134 de la Constitution, qui donne à l'Assemblée le droit d'«organiser un référendum» signifie que l'Assemblée peut procéder par voie de référendum pour trancher les questions relevant de ses compétences. Cette interprétation s'impose si l'on se réfère au texte de la loi sur le référendum, qui précise que «l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine peut organiser un référendum sur les questions relevant de ses compétences» (art. 26). La manière dont la question proposée au référendum a été formulée montre clairement qu'il s'agissait de *modifier* le statut de la Bosnie-Herzégovine en termes de droit public. L'objet du référendum était de faire de la Bosnie-Herzégovine, entité fédérale de la Fédération yougoslave, une «Bosnie souveraine et indépendante», pour reprendre la formule employée. Sinon, le référendum n'avait aucun sens, puisque certains attributs de l'Etat propres au modèle fédéral yougoslave avaient déjà été reconnus à la Bosnie-Herzégovine au moment du référendum.

La question posée avait pour but, sur le plan juridique purement formel, de déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine en droit public, ce qui était donc en contradiction à la fois avec la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et avec celle de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Pour être plus précis, la Constitution de la Bosnie-Herzégovine prévoit au paragraphe 2 de son article premier que la République fait partie de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. La Constitution de celle-ci définit la Fédération comme «un Etat fédéral ... de républiques socialistes» (art. 1), au nombre desquelles figure la République de Bosnie-Herzégovine (art. 5, par. 1), et prévoit que «la frontière de la Répu-

blique fédérative socialiste de Yougoslavie ne peut être modifiée sans le consentement de toutes les républiques» (art. 5, par. 3). Il va sans dire que, du point de vue constitutionnel, le simple fait d'organiser un référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine était une menace pour l'intégrité territoriale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, garantie par la Constitution de celle-ci et, plus précisément, un acte incriminé par le code pénal yougoslave.

La proclamation de l'indépendance et de la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine sur la base des résultats du référendum constituait en elle-même une menace pour l'intégrité territoriale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

65. L'organisation d'un référendum pour «déterminer le statut de la Bosnie-Herzégovine» était en lui-même contraire à la Constitution à la fois sur le plan de la forme et du fond.

Son inconstitutionnalité formelle apparaît notamment dans le fait que l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine a organisé un référendum pour lequel elle n'était pas compétente selon la Constitution et selon la loi. *In concreto*, il s'agissait d'un cas précis d'incompétence, puisque l'organe qui aurait été autrement compétent pour organiser ce référendum avait mis en question le «statut de la Bosnie-Herzégovine» et ainsi agi *ultra vires*. D'autre part, organiser un référendum sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» était aussi contraire à la Constitution au fond, puisque la formation de la Bosnie-Herzégovine en Etat «souverain et indépendant» était, en tant que telle, contraire à la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Plus précisément, les attributs de «souveraineté et d'indépendance» de la Bosnie-Herzégovine portaient en eux-mêmes une modification des frontières d'Etat de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, alors que, selon la Constitution de celle-ci, le territoire de l'Etat forme une seule entité (art. 5, par. 1) et que «la frontière de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ne peut être modifiée sans le consentement de toutes les républiques» (*ibid.*, par. 3). De surcroît, le référendum est fondamentalement contraire à la Constitution de la Bosnie-Herzégovine elle-même. L'amendement LXX apporté à celle-ci prévoit en son paragraphe 10 la création d'un conseil chargé d'exercer le droit à l'égalité des nations et des nationalités de Bosnie-Herzégovine. Ce conseil a notamment pour mandat d'«étudier en particulier les questions liées à ... la promulgation des règlements donnant effet aux dispositions constitutionnelles qui consacrent explicitement le principe de l'égalité des peuples et des nationalités». Ce conseil se compose

«d'un nombre égal de députés choisis parmi les membres des peuples de Bosnie-Herzégovine — Musulmans, Serbes et Croates, et d'un nombre proportionné de députés choisis parmi les autres peuples, nationalités et autres groupes qui vivent en Bosnie-Herzégovine»,

qui doivent prendre leur décision «sur la base de l'accord des membres issus de tous les peuples et de toutes les nationalités».

Sur le plan juridique, le paragraphe 10 de cet amendement LXX vise assurément à garantir l'égalité des peuples. L'importance du conseil dans l'appareil constitutionnel de la Bosnie-Herzégovine apparaît très clairement au paragraphe 10, où il est dit que

« pour les questions concernant l'exercice du droit à l'égalité des peuples et des nationalités de la Bosnie-Herzégovine, l'Assemblée prend ses décisions, sur proposition du conseil, selon une procédure particulière fixée dans le règlement de l'Assemblée de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, à la majorité des deux tiers des députés qui la composent ».

Dans la Constitution, le conseil était conçu comme une instance obligée, un lieu où pouvaient se tenir les délibérations et où les propositions tendant à l'égalité des peuples pouvaient puiser leur origine. La proposition d'organiser un référendum sur le « statut de la Bosnie-Herzégovine » faisait ainsi partie des questions que le conseil avait à examiner, car elle avait un effet direct sur « le principe de l'égalité entre les peuples et les nationalités ».

Le champ de cette inconstitutionnalité à la fois formelle et matérielle s'étend aussi à l'acte de « proclamation officielle des résultats du référendum, le 6 mars 1992 ». Le terme de « proclamation officielle » évoque, *mutatis mutandis*, l'importance des faits qui constituent l'inconstitutionnalité formelle et matérielle du référendum.

Le référendum sur le « statut de la Bosnie-Herzégovine » relève de la catégorie dite des référendums préliminaires dans l'organisation constitutionnelle de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, puisqu'il s'agissait de consulter les citoyens à titre préliminaire sur le statut de la Bosnie-Herzégovine. C'est pourquoi, la « proclamation officielle des résultats du référendum » est en fait un acte juridique. Plus particulièrement, la répartition des voix lors d'un référendum n'est pas un fait formel, que le résultat de cette répartition s'impose ou non à l'organe qui a organisé le référendum. Ce résultat est la condition matérielle qui rend possible l'acte formel. Telle est, en l'occurrence, la nature de la « proclamation officielle ».

Ainsi définie, la position juridique de la « proclamation officielle » de l'entité fédérale de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'« Etat souverain et indépendant » est, sur le plan matériel, une inconstitutionnalité de plus au regard des dispositions pertinentes de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine. Plus particulièrement, l'article 252 de cette constitution dispose que :

« les peuples et les nationalités ... de Bosnie-Herzégovine ont pour droit et devoir sacrés et inaliénables de sauvegarder et de promouvoir la liberté, l'indépendance, la souveraineté, *l'intégrité territoriale et le système social établi par la Constitution en République fédérative socialiste de Yougoslavie et dans la République socialiste de Bosnie-Herzégovine* » (les italiques sont de moi).

Le point 7 de l'amendement LXIX de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine dispose que: «Les organismes et actes politiques qui visent à modifier par la force le système constitutionnel et les menaces contre l'intégrité territoriale et l'indépendance de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» sont interdits (les italiques sont de moi). Ces deux dispositions constitutionnelles font de l'«intégrité territoriale» l'objet placé sous l'égide de la Constitution, alors que la «proclamation officielle» est une façon de menacer directement cet objet.

66. La consultation sur le statut de la Bosnie-Herzégovine a été organisée sous forme de référendum. Telle a été la méthode de scrutin, que la Bosnie-Herzégovine n'a jamais contestée, puisqu'elle a dit dans son mémoire, à propos de la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance de la République (mémoire, par. 4.2.1.10), que «la majorité de la population» a répondu par l'affirmative à la question posée. L'emploi du terme «population» au singulier montre indubitablement que la Bosnie-Herzégovine pense elle aussi qu'il s'agissait en l'occurrence d'une consultation publique.

On peut se demander si le référendum public, c'est-à-dire l'expression directe de la volonté des citoyens, indépendamment des questions qui font l'objet des points 5 et 6, offrait un moyen approprié de décider du «statut de la Bosnie-Herzégovine». Un référendum est par définition un mode d'exercice de la souveraineté nationale, c'est-à-dire du pouvoir du peuple en tant que *démos*. Comme il existe en Bosnie-Herzégovine trois peuples, chacun investi du droit de disposer de lui-même, il est indiscutable, quelles que soient les raisons exposées aux paragraphes 5 et 27 de la présente opinion, que le mécanisme du référendum public est totalement impropre à exprimer la volonté de chacun de ces trois peuples. Si, hypothèse de pure conjecture, une majorité de citoyens représentant la majorité de chacun des trois peuples, avait voté en faveur d'une «Bosnie souveraine et indépendante», on aurait pu dire que le référendum public revenait essentiellement à un référendum national, bien qu'il n'en fût pas un en lui-même. Mais, on le sait, tel n'a pas été le cas. Comme les trois peuples de Bosnie-Herzégovine sont, selon la Constitution du pays, «souverains et égaux», un référendum national ne peut avoir de pertinence qu'en ce que s'y exerce directement le droit à l'autodétermination. Le droit à disposer de soi-même aurait pu être exercé différemment, par anticipation, par décision des représentants élus des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, d'autant qu'en 1990 des élections démocratiques pluralistes avaient eu lieu en Bosnie-Herzégovine. Les tableaux représentant la distribution des circonscriptions étaient le reflet exact de la structure ethnique du pays puisque les partis nationaux des trois peuples ont, chacun de son côté, recueilli la quasi-totalité des votes de l'entité nationale qu'ils représentaient.

Un référendum n'était pas approprié pour se prononcer sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine», non seulement du point de vue de la constitutionnalité, puisqu'il ne permettait à la volonté des trois peuples de Bosnie-Herzégovine de s'exprimer, mais aussi du point de vue de la loi même sur le référendum sur la base de laquelle il avait été organisé.

Les dispositions de la loi sur le référendum de Bosnie-Herzégovine, si on les considère en elles-mêmes et telles qu'elles sont formulées, interdisent de conclure que l'on peut déterminer «le statut de la Bosnie-Herzégovine» par voie de référendum.

Outre les dispositions d'ordre général relatives à l'organisation du référendum déjà évoquées au paragraphe 5 de la présente opinion, il faut examiner ici celles qui concernent les modalités de la prise de décision et la qualité des personnes participant au scrutin.

L'article 33 de la loi dispose que

«la décision d'organiser un référendum est prise à la majorité des travailleurs et des citoyens inscrits sur les listes électorales dans le territoire ou la partie du territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine où se tient le référendum».

La décision sur laquelle porte le référendum est donc prise à la majorité. Si l'on met de côté le problème de la légalité de la consultation elle-même, il reste encore à se demander si une question légitime, comme celle du «statut de la Bosnie-Herzégovine», peut être tranchée à la majorité simple. On est fondé à s'interroger quand on sait que la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine veut que les deux tiers au moins de l'électorat de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine soient d'accord pour qu'il y ait modification des frontières de la République (amendement LXII à l'article 5 de la Constitution)<sup>109</sup>. Ainsi, la Constitution exige une majorité des deux tiers pour corriger le tracé des subdivisions administratives de la fédération, déterminées de manière indirecte, alors que la loi sur le référendum n'exige que la majorité simple pour décider du statut de la Bosnie-Herzégovine en droit public. Cela suffit à mon avis à montrer que le législateur, lorsqu'il a adopté la loi sur le référendum (soit qu'il n'ait pas tenu compte de la Constitution de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine, soit qu'il ait simplement pris appui sur elle), n'avait pas dans l'esprit un référendum de cette nature. Pour être plus clair, il est difficile d'imaginer que le législateur se soit montré plus exigeant pour un référendum sur un tracé de frontières — qui, dans la pratique des entités fédérales yougoslaves, ne concernait rien de plus que quelques hectares de pâturages et de forêts ou quelques villages — que pour un référendum sur la question de portée historique de l'existence même d'une entité fédérale.

La loi sur le référendum prévoyait également que «tous les travailleurs et les citoyens inscrits sur les listes électorales du territoire, c'est-à-dire la partie du territoire de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine où se tient le référendum», ont le droit de participer à celui-ci (art. 33). Cette disposition soulève la question de savoir qui participe effectivement au scrutin. La disposition donnant à «tous les travailleurs et tous les citoyens» le droit de vote signifie que la qualité d'électeur n'était pas

<sup>109</sup> *Journal officiel de la République socialiste de Bosnie-Herzégovine*, vol. 21, 1990.

déterminée par la qualité de citoyen de la République. Le seul critère était la résidence, condition d'inscription sur les listes électorales. C'est ainsi que le droit de vote était par exemple accordé aux Slovènes ou aux Macédoniens qui résidaient en Bosnie-Herzégovine, alors que les Musulmans ou les Serbes citoyens de Bosnie-Herzégovine qui résidaient dans une autre république en étaient privés.

67. Du point de vue, enfin, du droit constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, peut-il y avoir de décision plus autorisée sur la valeur juridique du référendum portant sur le «statut de la Bosnie-Herzégovine» que celle de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie elle-même, championne par excellence de la constitutionnalité et de la légalité dans le système constitutionnel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (article 375 de la Constitution de celle-ci)? La Cour n'a jamais examiné à part le référendum sur le statut de la Bosnie-Herzégovine. Mais elle a rendu plusieurs décisions sur les actes du même ordre pris par les entités fédérales qui se sont proclamées «souveraines et indépendantes» avant la Bosnie-Herzégovine. Laissant de côté les décisions effectivement rendues par la Cour dans ces cas concrets, nous renverrons à certains passages de leurs attendus dont la portée dépasse, par la forme et par le fond, l'espèce sur laquelle la Cour se prononçait. En d'autres termes, ces passages offrent une analyse juridique valable, émanant de l'instance juridictionnelle suprême de la République fédérative socialiste de Yougoslavie sur la question. Dans son arrêt IU n° 108/1-91 (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 83/91), la Cour constitutionnelle a fait notamment remarquer que :

«Le droit des peuples de Yougoslavie à disposer d'eux-mêmes, qui comprend le droit de faire sécession, ne peut s'exercer, de l'avis de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie, par décision unilatérale des peuples de Yougoslavie, c'est-à-dire par un acte des assemblées des républiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ... Le fait que la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie ne prévoit pas de procédure pour l'exercice du droit à disposer de soi-même, y compris le droit de faire sécession, ne signifie pas que ce droit peut s'exercer par décision unilatérale d'autodétermination ou de sécession. Aucun peuple ni, spécialement, aucune assemblée de république ne peut, agissant unilatéralement, décider de l'exercice de ce droit avant que n'aient été déterminées conjointement les modalités et les conditions de cet exercice.

Une proclamation unilatérale de souveraineté et d'indépendance d'une des républiques composant la République fédérative socialiste de Yougoslavie est, de l'avis de la Cour constitutionnelle de Yougoslavie, une infraction aux dispositions de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie relatives à la composition et aux frontières de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, Etat fédéral et communauté d'Etat de peuples volontairement unis et de leurs républiques socialistes.»

On rappellera que cet arrêt a été rendu par la Cour en assemblée plénière, comme prévu à l'article 381 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, en présence des deux juges de la Bosnie-Herzégovine.

*C. Légalité de la proclamation de l'indépendance  
de la Bosnie-Herzégovine en droit international*

68. Toute une série d'instruments internationaux, ouverte par la Charte des Nations Unies et poursuivie par la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux de 1960, les pactes relatifs aux droits de l'homme, de 1966, et la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, de 1974, fait de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes une valeur universelle fondamentale de l'ordre public démocratique consacré dans la Charte, valeur érigée en norme positive du droit international général, ayant la qualité de *jus cogens*<sup>110</sup>. Dans son arrêt en l'affaire du *Timor oriental* la Cour dit notamment :

«La Cour considère que ... le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été reconnu par la Charte des Nations Unies et dans la jurisprudence de la Cour (voir *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 52-53; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 31-33, par. 54-59); il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain.»<sup>111</sup>

<sup>110</sup> J. J. Caicedo Perdomo, «La teoría del *jus cogens* en derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*, janvier-juin 1975, p. 216-274; L. Alexidze, «Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 172, 1981, p. 262; Bedjaoui note que : «Parmi ces principes «le droit à l'indépendance complète» et «le droit à autodétermination» sont jugés inaliénables et doivent à ce titre faire l'objet d'une reconnaissance immédiate et sans condition» («Non-alignement et droit international», *ibid.*, t. 151, 1976, p. 421); M. Sahović, «Codification of the Legal Principles of Coexistence and the Development of Contemporary International Law», *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*, 1972, p. 23; projet d'articles sur la responsabilité internationale: la liste des crimes internationaux s'étend également à «b) la violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes» (art. 19), cinquième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 70.

<sup>111</sup> *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102.

69. L'égalité des droits et l'autodétermination des peuples forment une norme structurellement complexe.

D'une part, l'expression elle-même, «égalité de droits des peuples et droit [des peuples] à disposer d'eux-mêmes», est issue de la conjonction, de l'amalgame d'un principe juridique général (l'«égalité de droits») et du principe de l'autodétermination des peuples. Le terme «égalité de droits», substitut normatif d'«égalité des Etats», y a un sens plus général en ce qu'il vise, sous une acception plus large, les rapports qu'a chaque peuple, considéré individuellement, avec la totalité des droits reconnus aux peuples par le droit international. Est sous-entendue l'interdiction de faire quelque distinction que ce soit entre les peuples et entre les divers droits qui sont reconnus à chacun d'eux. En d'autres termes, le principe de l'«égalité de droits» définit le champ d'application des principes du droit international qui concernent le statut des peuples. Le droit à disposer de soi-même a cependant un sens matériel immédiat en ce que

«tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel et tout Etat a le devoir de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte» (paragraphe 1 de la déclaration relative aux principes).

D'autre part, la règle de l'«égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» est incomplète, car elle ne forme pas sur le plan de l'application un principe autonome. Pour être plus précis, elle ne donne en effet aucune définition de la notion de «peuple», et on ne trouve dans le droit international en vigueur aucune définition qui permettrait, à titre de référence institutionnelle autorisée, de savoir ce qu'est un «peuple». C'est pourquoi la seule façon de rendre opératoire et de donner effet au principe de l'«égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» est de s'appuyer sur les règles du droit interne (ci-dessus par. 44-45). Ces règles du droit interne peuvent de la même manière être valables en cas d'exercice du droit à l'autodétermination externe quand il s'agit d'Etats comprenant plus d'un seul peuple, l'interdiction de violer l'intégrité territoriale et l'unité politique étant ce qu'elle est.

70. Il y a de bonnes raisons de soutenir que la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat «souverain et indépendant» à l'intérieur de ses frontières administratives est une violation du principe fondamental de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En supposant que toutes les autres conditions, de procédure et de fond, trouvant alors à s'appliquer se trouvaient réunies (voir ci-dessus par. 59-63), la proclamation de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'«Etat souverain et indépendant» ne peut être valable que comme résultat de la volonté concurrente des trois peuples de Bosnie-Herzégovine. Or, on observe des divergences évidentes entre les positions politiques fondamentales des représentants de ces trois peuples. Alors que la volonté des dirigeants politiques musulmans s'est exprimée en février 1991 dans le projet de déclaration sur la Bosnie-Herzégovine souveraine, déclaration qui a été, au moins

temporairement, acceptée par les dirigeants politiques croates, les dirigeants politiques serbes de Bosnie ont insisté pour que la Bosnie-Herzégovine reste une entité fédérale de la Fédération yougoslave.

Le référendum des 29 février et 1<sup>er</sup> mars 1992 n'a pas été la manifestation de l'égalité de droits et du droit des trois peuples de Bosnie-Herzégovine à disposer d'eux-mêmes, ni sur le plan de la forme (voir ci-après par. 64) ni sur celui du fond. Absolument anormal sur le plan de la forme, sur celui du fond il pourrait être qualifié au mieux d'autodétermination *de facto* des peuples musulman et croate de Bosnie-Herzégovine. Un plébiscite national du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine a été organisé, par voie de référendum, les 9 et 10 novembre 1991, «dans les zones des régions autonomes serbes et autres enclaves ethniques serbes en Bosnie-Herzégovine», à l'occasion duquel 96,4% des citoyens ont voté en faveur d'un Etat indépendant dans le cadre de la Fédération yougoslave (*Politika*, 11 et 13 novembre 1991).

Les circonstances dans lesquelles a été organisé le référendum des 29 février et 1<sup>er</sup> mars 1992 montrent que l'*intention* était de trancher le statut juridique de la Bosnie-Herzégovine indépendamment du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En premier lieu, M. Alija Izetbegović a déclaré ce qui suit lors d'une conférence de presse tenue à Sarajevo le 30 janvier 1991 :

«Si la Slovénie et la Croatie se séparent de la fédération actuelle, je considérerai que je n'ai plus aucune autorité pour conduire d'autres pourparlers relatifs à la nouvelle Yougoslavie. Je proposerai d'organiser un *référendum* de tous les citoyens de Bosnie-Herzégovine, non des peuples considérés séparément, pour qu'ils se prononcent sur l'indépendance et la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine.»<sup>112</sup> (Les italiques sont de moi.)

En deuxième lieu, la Bosnie-Herzégovine a mentionné plus d'une fois dans ses conclusions le «*peuple de la République*» (par exemple, aux paragraphes 5, 31, 114, 134 à 136 de la requête introductive d'instance du 20 mars 1993, et aux paragraphes 4.2.1.10 et 4.2.2.19 du mémoire). C'est ainsi qu'au paragraphe 4.2.1.10 du mémoire il est écrit que le référendum relatif à la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine est fondé sur la volonté de la «majorité de la *population* de cette république» (les italiques sont de moi).

On voit donc que le fond de la décision référendaire n'était pas la volonté des trois peuples de Bosnie-Herzégovine de «déterminer leur statut politique», mais plutôt la volonté, à la lumière des faits et du droit, d'un imaginaire «peuple de Bosnie-Herzégovine». Le sens objectif du terme «population de Bosnie-Herzégovine» dans le contexte considéré est la négation de l'existence des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, et,

<sup>112</sup> «Référendum sur l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine», *The Politika Daily*, 31 janvier 1991 (les italiques sont de moi).

par là, la négation de l'applicabilité en l'occurrence du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

En troisième lieu, la référence que fait la Bosnie-Herzégovine à l'avis de la commission d'arbitrage, organe consultatif de la conférence sur la Yougoslavie, a des rapports raisonnablement étroits avec la position de la commission sur la question de l'autodétermination du peuple serbe de Bosnie-Herzégovine. En réponse à la question de lord Carrington, président de la conférence sur la Yougoslavie, la commission a notamment insisté sur le fait que :

«la population serbe de Bosnie-Herzégovine ... a le droit de bénéficier de tous les droits des minorités reconnus aux minorités et aux groupes ethniques par le droit international et par les dispositions du projet de convention de la conférence pour la paix en Yougoslavie du 4 novembre 1991, que les républiques de Bosnie-Herzégovine se sont engagées à mettre en œuvre»<sup>113</sup>.

En d'autres termes, une interprétation de la commission d'arbitrage relativement à l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine, qui a servi de point de départ à la politique de reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine, a été établie indépendamment de toute norme impérative relative à l'égalité de droits des peuples et à leur droit de disposer d'eux-mêmes, puisque l'un des peuples constitutifs de Bosnie-Herzégovine y était traité comme une «minorité» et un «groupe ethnique».

71. Le droit de disposer de soi-même se subdivise en droit à l'autodétermination interne et droit à l'autodétermination externe. Ces deux droits forment une unité organique, résultat dialectique du développement de la notion d'autodétermination.

Le droit à l'autodétermination interne prend forme dans l'environnement institutionnel d'un Etat souverain et indépendant. Il se ramène au droit qu'a chaque Etat de choisir librement, sans ingérence extérieure, la forme de son système social (autodétermination politique) et au droit de disposer librement de ses richesses et ressources naturelles. Ainsi conçu, le droit à l'autodétermination interne couvre les notions de souveraineté et de démocratie.

Le droit à l'autodétermination externe est le droit de choisir le cadre institutionnel de l'exercice ininterrompu du droit à l'autodétermination interne. La qualité d'Etat n'est pas le résultat nécessaire et automatique de l'exercice du droit à l'autodétermination externe puisque celui-ci peut avoir pour résultat non pas seulement l'«institution d'un Etat souverain et indépendant», mais aussi l'«association ou l'intégration libre à un Etat indépendant ou l'adoption de quelque autre statut politique librement choisi par un peuple».

<sup>113</sup> Conférence pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 2, par. 4.

72. La question fondamentale qui se pose à ce niveau est celle de savoir si le droit à l'autodétermination externe est universel ou s'il est de portée limitée.

Il semble indiscutable que le droit à l'autodétermination est, *in abstracto*, un principe de portée universelle. Limiter sa portée reviendrait à y déroger tacitement en partie. L'universalité est une qualité inhérente des deux aspects du droit à disposer de soi-même (autodétermination interne et autodétermination externe). Les formules employées elles-mêmes indiquent clairement, hors de tout doute, que le droit à l'autodétermination appartient à «tous les peuples» (article premier des deux pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966 et déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats de 1970). Si tel n'était pas le cas, le droit à l'autodétermination renverrait non à l'«égalité de droits» des peuples, mais à l'«inégalité de droits».

Le fait que dans la pratique de la Cour (avis consultatifs dans l'affaire de la Namibie, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31, et dans l'affaire du Sahara occidental, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 31) le droit à l'autodétermination externe ait été lié aux territoires non autonomes ne peut être considéré comme limitant la portée du droit à l'autodétermination *ratione personae*, mais comme l'application *ad casum* du droit universel.

73. On ne peut cependant postuler que l'universalité du droit à l'autodétermination signifie nécessairement qu'il y serait sans limite. L'exercice du droit à l'autodétermination a des limites déterminées par le principe même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et par les autres règles de l'appareil juridique international.

Ces limites s'imposent au droit à disposer de soi-même dans sa totalité, c'est-à-dire qu'elles touchent l'autodétermination interne comme l'autodétermination externe.

Dans le cas par exemple de l'autodétermination interne, il est clair qu'en matière d'autodétermination politique le droit de disposer de soi-même ne permet pas de choisir un système social fondé sur la ségrégation ou la discrimination raciale. Par définition, le droit à l'autodétermination est plus précisément une norme permissive générale, recouvrant une autorisation catégorique. L'exercice de cette autorisation s'inscrit cependant dans le cadre du droit international, c'est-à-dire qu'il se heurte aux limites fixées par les interdictions catégoriques d'autres normes impératives (concrètement, la norme prohibant la discrimination raciale).

La limite fondamentale qui s'impose à l'exercice du droit à l'autodétermination externe découle du principe même de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le droit à l'autodétermination ne peut être interprété

«comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de

droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur»<sup>114</sup>.

Cette contrainte qui s'exerce sur le droit à l'autodétermination externe pris au sens étroit, dans le cadre du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, fait ressortir la pertinence du principe de l'intégrité territoriale et de l'unité politique de l'Etat. Liée comme elle l'est à l'exercice du droit à l'autodétermination, droit que possèdent les «peuples», cette contrainte protège l'intégrité territoriale et l'unité politique d'un Etat de toute entreprise qui pourrait être lancée à l'intérieur de cet Etat, par opposition à l'interdiction d'employer ou de menacer d'employer la force dans les relations internationales entre Etats, qui protège l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'Etat de toute action extérieure.

74. Comme l'a fait remarquer Henkin: «il est admis que le droit de disposer de soi-même ... n'implique pas pour un peuple le droit de faire sécession de l'Etat existant»<sup>115</sup>.

La même règle s'applique aux fédérations:

«Que la fédération se scinde 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 cas de sujétion coloniale reconnue, il semble qu'il n'y ait pas de droit à l'autodétermination qui s'applique à des Etats indépendants et justifie qu'ils recourent à la sécession.»<sup>116</sup>

En d'autres termes, cela revient à dire que, dans un Etat composé de plusieurs peuples, le principe de l'égalité de droits et du droit à l'autodétermination aboutit à l'interdiction de l'autodétermination externe puisque celle-ci revient évidemment à «démembrer ou menacer totalement ou partiellement l'intégrité territoriale ou l'unité politique» de l'Etat en question. Le sujet visé par cette interdiction est un peuple doté du droit de disposer de lui-même; étant donné que

«les revendications de sécession comportent, d'abord et avant tout des prétentions territoriales non réglées ... les deux principes, réputés concurrents, de peuple et de territoire, opèrent en fait en tandem»<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> Déclaration relative aux principes..., par. 1.

<sup>115</sup> L. Henkin, «General Course of Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 216, 1989, p. 243.

<sup>116</sup> M. N. Shaw, *International Law*, 1986, p. 139.

<sup>117</sup> L. Brilmayer, «Secession and Self-determination», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, 1991, p. 178 (les italiques sont de moi).

75. Cette interdiction trouve son fondement dans le conflit qui oppose deux principes de même force juridique: celui de l'autodétermination et celui de l'intégrité territoriale. Ce dernier est devenu *tractu temporis* un élément essentiel de l'égalité souveraine des Etats (alinéa *d*) de la rubrique «Le principe de l'égalité souveraine des Etats», dans la déclaration relative aux principes du droit international), une norme impérative, de telle sorte que le conflit dont nous parlons est impossible à résoudre par référence à la hiérarchie des principes du droit international. Outre cette considération pratique, il y a aussi une question de principe, à savoir que nul n'est mieux qualifié qu'un Etat, entité politique souveraine, pour décider de son sort lorsqu'il se trouve pris entre deux principes fondamentalement antagonistes et lorsque sa décision est sans effet sur les droits d'autres Etats tiers.

76. Selon le paragraphe 7 de la déclaration relative aux principes du droit international, l'interdiction de démembrer ou de menacer l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un Etat protège les Etats

«se conduisant conformément aux principes de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... et dotés d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire, sans distinction de race, de croyance ou de couleur».

Cette disposition fixe deux critères: le premier est celui du comportement de l'Etat vis-à-vis du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; le second est celui de la composition du gouvernement, qui doit garantir la représentation de l'ensemble du peuple, sans discrimination de race, de croyance ou de couleur. Par nature, ce second critère est d'ordre général. Dans le cas concret qui nous occupe, il faut aussi l'interpréter comme signifiant l'absence de discrimination entre les peuples de la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

Qu'en est-il de ce point de vue de l'application de ces deux critères juridiques au cas de la Fédération yougoslave?

77. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'a pas été qu'une simple déclaration inscrite dans les textes constitutionnels et juridiques de la Fédération yougoslave. C'était un principe fondateur de l'Etat yougoslave. De la même manière, en droit constitutionnel yougoslave, «égalité des nations» et «égalité des peuples» allaient de pair avec le droit à l'autodétermination.

La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie de 1974 faisait explicitement de l'égalité des peuples l'un des grands principes constitutionnels («Principes fondamentaux», chap. I), qu'elle a développés en de multiples dispositions dans sa partie dispositives et normative (articles premier, 244 et 245, par exemple). L'article 245, consacré aux relations à l'intérieur de la Fédération, dit bien que «dans la République fédérative socialiste de Yougoslavie, les peuples ... jouissent de l'égalité».

L'égalité des peuples au niveau des organes d'autorité de l'Etat yougoslave était assurée de deux manières:

- i) par des dispositions constitutionnelles portant sur l'égalité de la représentation des républiques et des provinces, c'est-à-dire la coreprésentation des républiques au sein des organes fédéraux. Les deux chambres de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, la chambre de représentation générale (chambre fédérale) et la chambre de représentation fédérale (chambre des républiques et des provinces), étaient constituées selon le principe classique de la parité (articles 284 et 291 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). Le même principe valait pour le chef d'Etat collectif qu'était la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (amendement XLI de la Constitution, point 1). Lors de la nomination des membres du Conseil exécutif fédéral, le Gouvernement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie veillait à assurer une égale représentation des républiques et une représentation adéquate des provinces (amendement XLIII de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). Le principe de l'égalité de représentation des républiques s'appliquait également dans les organes judiciaires (Cour constitutionnelle et Cour (suprême) fédérale);
- ii) par des pactes sociaux régissant la politique de recrutement des cadres, et fixant les conditions de leur nomination, parmi lesquelles l'origine nationale figurait en bonne place lorsqu'il s'agissait de communautés multiethniques.

En 1990, les plus hautes charges de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, immédiatement avant la proclamation de l'indépendance de certaines entités fédérales, présentaient le tableau suivant:

président de la présidence: croate; vice-président: serbe;  
 premier ministre du gouvernement fédéral: croate; vice-premiers ministres: serbe et slovène;  
 président du Parlement: musulman de Bosnie-Herzégovine. Le dernier cabinet fédéral comprenait cinq Croates, trois Serbes, un Musulman, un Serbe de Bosnie, trois Slovénes, un Monténégrin, un Yougoslave, un Albanais, un Hongrois et deux Macédoniens.

On ne peut qu'en conclure que les organes d'Etat de la République fédérative socialiste de Yougoslavie représentaient tous les peuples yougoslaves.

78. Quant à la position de la Bosnie-Herzégovine sur cette question, on constatera qu'elle ne met aucunement en cause la représentativité des organes de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; la Bosnie-Herzégovine soutient que cette représentativité avait disparu avec la proclamation de l'indépendance de certaines entités fédérales et que de surcroît «les organes fédéraux communs dans lesquels étaient représentées

toutes les républiques yougoslaves n'existaient plus; depuis lors, aucun organe de ce type n'a fonctionné» (mémoire, par. 4.2.1.26). Sa thèse repose sur l'idée générale que

«dans le cas d'un Etat de type fédéral, qui réunit des communautés dotées d'une certaine autonomie, et qui sont, en outre, associées à l'exercice du pouvoir politique dans le cadre d'institutions communes à la fédération, l'existence de l'Etat implique que les organes fédéraux représentent les composantes de la fédération et disposent d'un pouvoir effectif»<sup>118</sup>.

Dans le cas de la Yougoslavie, les «organes fédéraux» ont cessé d'exister à la suite du référendum sur l'indépendance tenu dans trois républiques et «en Bosnie-Herzégovine, [par l'effet] d'une résolution sur la souveraineté adoptée par le Parlement le 14 octobre 1991, dont la communauté serbe de la République de Bosnie-Herzégovine a contesté la validité»<sup>119</sup>:

«La composition et le fonctionnement des organes essentiels de la Fédération, qu'il s'agisse de la présidence fédérale, du conseil fédéral, du conseil des républiques et des provinces, du conseil exécutif fédéral, de la Cour constitutionnelle ou de l'armée fédérale, ne satisfont plus aux exigences de participation et de représentativité inhérentes à un Etat fédéral.»<sup>120</sup>

Il est difficile d'accorder une valeur juridique à une telle affirmation. On ne peut y prêter foi, ni dans son sens général ni dans son sens particulier, pour les raisons que l'on va exposer.

79. Le membre de phrase «les organes fédéraux représentent les composantes de la fédération» peut avoir deux sens. Le premier est que la fédération, par ses organes, représente les entités fédérales. Cette interprétation découle logiquement du fait que la fédération est, par définition, un pouvoir d'un rang plus élevé et supérieur par rapport aux parties qui la constituent, et que les organes de l'ensemble représentent ces parties. Le deuxième sens est que les organes fédéraux, par leur composition même, représentent les entités fédérales, en d'autres termes qu'ils sont une sorte de synthèse institutionnelle de la représentativité de ces entités fédérales.

C'est évidemment de ce côté que penchent les prétentions de la Bosnie-Herzégovine, corroborées par l'avis de la commission d'arbitrage. Or, si l'on rapproche comparativement la pratique de la fédération et de la constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, on voit que ces prétentions sont sans fondement. En règle générale, les organes fédéraux représentent l'Etat fédéral dans son ensemble (par exemple:

<sup>118</sup> Conférence internationale pour la paix en Yougoslavie, commission d'arbitrage, avis n° 1, par. 1 d).

<sup>119</sup> *Ibid.*, par. 2 a).

<sup>120</sup> *Ibid.*, par. 2 b).

le président des Etats-Unis, la Chambre des représentants de ce même pays, ou encore les organes exécutifs et judiciaires de la quasi-totalité des Etats fédéraux) et seul le parlement fédéral est *bicaméral*, représentatif des éléments constitutifs de la fédération (par exemple le Sénat des Etats-Unis, du Canada ou du Brésil, le Bundesrat allemand, le Conseil national suisse, etc.).

On rappellera aussi que le choix constitutionnel qu'avait opéré à cet égard la République fédérative socialiste de Yougoslavie s'inscrivait dans le cadre de cette pratique généralement acceptée des Etats fédéraux. A l'exception du conseil des républiques et des provinces, tous les organes fédéraux de la Yougoslavie représentaient l'ensemble de la Fédération. Les délégués du conseil fédéral représentaient «les organismes autogérés et les communautés et organisations sociopolitiques» et *étaient élus* dans les républiques et les provinces (article 129 de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie). De plus, les membres et les fonctionnaires du conseil exécutif fédéral ne représentaient pas les républiques ni les provinces, et une disposition constitutionnelle expresse leur interdisait de recevoir des directives et des instructions de ces républiques ou provinces (art. 362). Le président et les membres de la présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le président et les membres de la Cour constitutionnelle et les autres fonctionnaires fédéraux prêtaient serment, s'engageaient à promouvoir la souveraineté, l'indépendance et l'intégrité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et juraient d'observer la Constitution de la Fédération (art. 397), ils n'étaient donc pas, selon la Constitution, des représentants des républiques ou des provinces.

80. Il s'ensuit qu'il n'y a aucun lien juridique entre le refus effectif de prendre part aux travaux des organes fédéraux et l'existence de ces mêmes organes aux yeux de la loi. Ce que montre bien le cas de la Yougoslavie. Aucun organe fédéral n'a été dissout ni aboli parce que quelques titulaires de charges fédérales s'en étaient délibérément absentés ou avaient démissionné à titre personnel.

La Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie du 27 avril 1992 et la loi constitutionnelle et ses règlements d'application ont été approuvés par l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. En vertu de cette loi, tous les organes fédéraux suprêmes restaient en activité en attendant l'élection des membres des nouveaux organes (art. 2). La présidence de la République fédérative socialiste de Yougoslavie est restée en fonction jusqu'à l'élection du président de la République (15 juin 1992) et le conseil exécutif fédéral jusqu'à la formation du nouveau gouvernement fédéral (14 juillet 1992).

La participation aux travaux des organes fédéraux et le mandat des représentants élus répondaient à l'intention d'attribuer aux décisions que prenait la Fédération le bénéfice d'une personnalité juridique objective du point de vue du droit interne et du droit international, et ce dans l'intérêt général. L'abstention délibérée des titulaires élus de charges fédérales en

Bosnie-Herzégovine était considérée comme constituant un abus de droit<sup>121</sup>. Les conséquences d'un abus de droit affectent ceux qui le commettent, selon le principe général du droit *nullus commodum capere de sua injuria propria et ex delicto non oritur actio*.

81. L'argumentation de la Bosnie-Herzégovine se fonde implicitement sur une interprétation inverse et libérale du principe du consentement fondant la légitimité de l'Etat. L'idée d'origine, à savoir qu'un gouvernement légitime émane du consentement de ceux qu'il gouverne, est interprétée par la Bosnie-Herzégovine comme signifiant que le fait de quitter un organe d'Etat entraîne la perte de légitimité du gouvernement et représente l'expression du droit de faire sécession d'un Etat existant.

Alors qu'en fait :

«le consentement effectif n'est pas indispensable à la légitimité politique ... Les séparatistes ne peuvent fonder leur argumentation sur un droit d'«option négative», parce que ce droit n'existe pas dans la théorie de la démocratie.

Le principe du gouvernement fondé sur le consentement des gouvernés ne comprend pas nécessairement le droit de choisir la non-participation. Il exige seulement l'existence, dans le cadre de l'unité politique existante, du droit de participer par voie électorale. D'autre part, le droit de participation ne comprend pas le droit de sécession. Au contraire, il signifie que les groupes mécontents ne peuvent trouver de solution que dans leur intégration absolue dans l'unité politique, dans leur pleine participation à la prise de décision.»<sup>122</sup>

82. Peut-on dire que «l'existence de l'Etat suppose que les organes fédéraux ... détiennent le pouvoir effectif?»

L'exercice du pouvoir effectif est, par définition, la finalité de l'existence des organes d'Etat, que l'Etat soit une entité unitaire ou une structure fédérale. Reste à savoir, *in concreto*, si une crise manifeste dans le fonctionnement des organes d'Etat de la fédération a pour conséquence de les faire cesser d'exister. Dire que la crise constitutionnelle de la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pour équivalent la disparition des organes fédéraux est juridiquement inacceptable. L'efficacité, le nombre et la qualité des organes d'Etat sont autant de variables où s'exprime une situation politique réelle. Il y a en principe des situations dans lesquelles les organes d'Etat cessent effectivement d'exercer leur pouvoir — par exemple en cas d'occupation militaire, de guerre civile et,

<sup>121</sup> La Cour constitutionnelle de Yougoslavie a déclaré dans sa décision II U n° 122/91 que le fait pour les fonctionnaires fédéraux de ne pas participer aux travaux des organes fédéraux représentait «une modification non constitutionnelle de la composition des organes fédéraux communs de l'Etat» (*Journal officiel de la République fédérative socialiste de Yougoslavie*, n° 89/91). Cette décision a été prise par la Cour constitutionnelle siégeant au complet, avec la participation des deux juges de Bosnie-Herzégovine.

<sup>122</sup> L. Brilmayer, «Secession and Self-determination: A Territorial Interpretation», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, 1991, p. 184-185.

dans une certaine mesure, de certaines crises constitutionnelles — sans pour autant cesser d'exister. Les organes d'Etat, en tant qu'éléments de l'appareil d'Etat, ne cessent d'exister que lorsque l'Etat au nom duquel ils agissent cesse lui-même d'exister.

*D. Le rapport entre la légalité de la naissance d'un Etat et la succession d'Etats en matière de traités internationaux*

83. La Bosnie-Herzégovine prétend être «Etat successeur»:

- a) parce que «succession d'Etats» signifie «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire» selon la définition très largement acceptée qu'en donnent les deux conventions de Vienne sur la succession d'Etats de 1978 et de 1983;
- b) parce qu'«il est évident que la Bosnie-Herzégovine s'est substituée à l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie pour les relations internationales de ce qui constituait la République fédérative de Bosnie-Herzégovine avant la dissolution de l'ex-Yougoslavie» (mémoire, par. 4.2.1.26).

La position de la Yougoslavie sur ce point est au contraire que «la prétendue République de Bosnie-Herzégovine n'est pas devenue partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide conformément aux dispositions de la convention elle-même» (conclusions, B.1):

- a) parce que «l'Etat demandeur ne peut pas adhérer par succession aux traités internationaux auxquels l'Etat prédécesseur était partie car il a violé de façon flagrante le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» (exceptions préliminaires, par. B.1.2.39);
- b) parce que, «[é]tant donné que l'Etat demandeur a violé les obligations découlant du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce, même si elle était entrée en vigueur» (*ibid.*, par. B.1.3.5);
- c) parce que «[l]a notification de succession est un moyen d'adhérer aux traités conclus par l'Etat prédécesseur lorsque le nouvel Etat a fondé son existence sur le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes. Or, en l'espèce, l'Etat demandeur a fondé son existence sur la violation des droits découlant de ce principe: par conséquent, il ne saurait recourir à la notification de succession comme moyen d'adhésion aux traités internationaux de son prédécesseur.» (*Ibid.*, par. B.1.4.11.)

Essentiellement, cette exception de la Yougoslavie repose sur l'idée que la

Bosnie-Herzégovine, puisqu'elle a « violé de façon flagrante le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes » n'est pas Etat successeur et ne peut donc avoir acquis par succession la qualité d'Etat partie à la convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Pour se prononcer valablement sur cette exception, il faut d'abord répondre à la question de savoir s'il y a un lien entre succession d'Etats et légalité des changements territoriaux.

84. Répondre à cette question suppose l'existence d'une définition précise de ce qu'est la succession. Or, le terme est utilisé dans un sens large et imprécis.

« Succession d'Etats désigne à la fois le changement territorial lui-même — en d'autres termes le fait qu'un Etat en remplace un autre sur un territoire donné — et l'acquisition par succession par l'un de ces Etats des droits et obligations de l'autre, c'est-à-dire de l'Etat dont le territoire est passé aux Etats successeurs. »<sup>123</sup>

On voit que le terme « succession » désigne deux choses : a) le changement territorial lui-même ; b) la dévolution des droits et des obligations de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ou aux Etats successeurs.

Cette distinction entre la succession comprise sous l'angle du changement territorial (succession *de facto*) et la succession par transmission des droits et des obligations de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ou aux Etats successeurs (succession *de jure*) se retrouve également dans la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, à laquelle la Bosnie-Herzégovine se réfère pour établir sa qualité d'« Etat successeur ». En son article 2 (« Expressions employées »), alinéa b), cette convention définit la « succession d'Etats » comme « la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire ». L'article 6 (« Cas de succession d'Etats visés par la présente convention ») précise que cet instrument « s'applique uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ». Les rapports entre l'alinéa b) de l'article 2 et l'article 6 sont précisément définis dans le commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, sur la base duquel a été adopté l'article 2 de la convention. On peut lire notamment dans ce commentaire :

« l'expression [« succession »] est employée pour désigner uniquement le fait de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité

<sup>123</sup> H. Kelsen, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, vol. 42, p. 314; O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 3 et 6; K. Zemanek, « Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Veträge », *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, p. 719; M. Jones, « State Succession in Matter of Treaties », *British Year Book of International Law*, vol. 24, 1947, p. 360-361.

des relations internationales du territoire, abstraction faite de toute idée de succession des droits et obligations à l'occasion de cet événement»<sup>124</sup>.

Cette définition de la succession correspond à la notion fondamentale de «succession d'Etats» telle qu'elle se dégage de l'étude du sujet à laquelle a procédé la Commission du droit international. Plus particulièrement :

«La manière dont la Commission a envisagé la notion de succession après avoir étudié la question de la succession en matière de *traités* repose sur l'établissement d'une distinction nette entre, d'une part, le fait de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire et, d'autre part, la transmission de droits et obligations conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur ...

Pour préciser la différence entre le fait de la substitution d'un Etat à un autre et la transmission de droits et obligations, la Commission a introduit dans l'article 2 une disposition définissant le sens de l'expression «succession d'Etats» aux fins du projet. Conformément à cette disposition, l'expression «succession d'Etats» est employée dans tout le projet d'articles pour indiquer simplement un changement dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire, ce qui exclut de la définition toutes les questions relatives aux droits et obligations en tant que conséquences juridiques accessoires de ce changement.»<sup>125</sup>

Cette distinction s'imposait car

«la difficulté tient au fait que l'expression «succession d'Etats» n'est pas qualifiée dans la définition qui en est donnée au paragraphe 1 b) de l'article 2. On pourrait en déduire que la convention est aussi destinée à s'appliquer à des successions illicites.»<sup>126</sup>

C'est pourquoi

«l'article 6 est la clause de sauvegarde la plus importante du projet d'articles car il préserve la légalité de toutes les dispositions de la future convention en limitant leur application aux effets d'une succession légale ... les dispositions de la future convention ne s'appli-

<sup>124</sup> Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 249, par. 3. On trouve exactement la même interprétation dans le commentaire relatif à l'article 2 du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etats (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1981, vol. II, deuxième partie, p. 20-21).

<sup>125</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 244, par. 29-30.

<sup>126</sup> Sette-Camara, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 49, par. 11.

queraient pas aux transferts illicites contraires à la volonté de la population du territoire et au principe de l'autodétermination»<sup>127</sup>.

Ainsi donc, la «succession d'Etats», «substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire» ne signifie pas «qu'il y a *ipso facto* acte juridique substitutif de la part de l'Etat acquéreur à l'égard de l'ensemble des droits et des devoirs du souverain précédent»<sup>128</sup> ni, comme en l'espèce, qu'il y a adhésion aux traités internationaux de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, Etat prédécesseur. Il faudrait pour cela que la «substitution d'un Etat à un autre» se soit produite «conformément au droit international, et plus particulièrement, aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

85. Une clause disposant qu'un changement territorial doit s'effectuer «conformément au droit international, et plus particulièrement aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies», est d'ordre déclaratif. Ainsi,

«si l'article ... ne figurait pas dans la convention, il serait impossible d'en conclure que la convention peut s'appliquer à des successions légitimes, du point de vue des principes du droit international, et notamment de la Charte des Nations Unies, qui est la clef de voûte de toute convention internationale»<sup>129</sup>.

Le principe sur lequel s'appuie l'article 6 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités coule de source, c'est un axiome dans tout ordre juridique *stricto sensu*. C'est la projection focalisée *ratione materiae* de la notion générale de la licéité des actes, l'application de cette notion de licéité dans le domaine de la succession. Etant donné l'importance fondamentale de la notion de licéité pour l'existence même de l'Etat de droit, la règle qui veut que les dispositions d'un instrument de codification ne s'appliquent qu'aux faits et aux situations qui sont conformes au droit international est une présomption d'ordre général, qui se passe de commentaire<sup>130</sup>. La nécessité rationnelle de l'impératif universel de licéité a conduit la Commission à prévoir une règle distincte pour limiter l'application des dispositions de la convention aux successions licites:

«D'autres membres, en revanche, ont été d'avis de souligner, en ce qui concerne plus particulièrement les transferts de territoires, que

<sup>127</sup> Tabibi, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 50, par. 20.

<sup>128</sup> O'Connell, *op. cit.*, p. 3.

<sup>129</sup> Ushakov, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session*, p. 51, par. 24.

<sup>130</sup> «Admettre qu'hormis certaines exceptions bien déterminées, un acte illicite ou ses conséquences immédiates puissent devenir *suo vigore* une source de droit pour l'auteur, c'est introduire dans un système juridique une contradiction qui ne peut être résolue, sinon en niant son caractère juridique. Le droit international n'offre et ne peut offrir aucune exception à cette alternative impérieuse.» (H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 421.)

seuls les transferts se produisant conformément au droit international relèveraient de la notion de «succession d'Etats» aux fins des présents articles. Comme le fait de mentionner expressément cet élément de conformité avec le droit international à propos d'une catégorie de cas de succession d'Etats aurait risqué de donner lieu à des malentendus quant à la position prise à l'égard dudit élément pour d'autres catégories de cas de succession d'Etats, la Commission a décidé de faire figurer parmi les articles généraux une disposition sauvegardant la question de la licéité de la succession d'Etats visée dans le projet d'articles. En conséquence, l'article 6 dispose que les articles s'appliquent uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international.»<sup>131</sup>

86. La notification de succession n'est que le moyen technique par lequel l'Etat successeur se déclare disposé à être considéré comme tenu par le traité auquel l'Etat prédécesseur était initialement partie. Ainsi, pour qu'une notification de succession produise les effets juridiques voulus, il faut que la succession elle-même ait été licite. Ce critère de la licéité de la succession fait partie du «droit international, et plus particulièrement [des] principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies».

En l'espèce, et spécialement du point de vue de la Bosnie-Herzégovine, le principe de l'intégrité territoriale et de l'unité politique et celui de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes sont d'une importance particulière.

La pertinence particulière de ces principes sous l'angle de la succession découle logiquement de la nature des changements qui ont mis en branle le mécanisme de la succession, et du rôle de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes dans l'édification des nouveaux Etats. C'est pourquoi ces principes, qui figurent dans la Charte des Nations Unies, ont été soulignés avec tant de relief. Le rapporteur spécial, M. Mohammed Bedjaoui, déclarait ce qui suit dans la proposition qu'il a présentée à propos de la licéité des successions :

«Parmi les conditions de la succession d'Etats doivent figurer le respect du droit international général et des dispositions de la Charte des Nations Unies sur l'intégrité territoriale des Etats et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.»<sup>132</sup>

Le préambule de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités «rappel[le] que le respect de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de tout Etat est exigé par la Charte des Nations Unies».

<sup>131</sup> Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, première session, p. 255, par. 2.

<sup>132</sup> Cinquième rapport sur la succession d'Etats dans des matières autres que les traités, doc. A/CN.4/259, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 72, par. 28.

Cette formule confirme que l'intégrité territoriale et l'indépendance politique doivent leur existence à la Charte des Nations Unies et qu'elles s'imposent donc aux Etats indépendamment de la convention.

87. La proclamation de la Bosnie-Herzégovine comme «Etat souverain et indépendant» est à mes yeux une violation fondamentale du principe impératif de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tant sur le plan de la forme que sur celui du contenu.

Sur le plan de la forme, les circonstances suivantes attestent une violation fondamentale:

- a) la proclamation de la Bosnie-Herzégovine s'est faite de manière non constitutionnelle, contrairement aux dispositions applicables de la Constitution de Bosnie-Herzégovine et de la Constitution de la République fédérative socialiste de Yougoslavie;
- b) le droit de disposer de soi-même a été *de facto* considéré en l'espèce non pas comme un droit appartenant aux peuples, mais comme le droit d'un territoire appartenant à un Etat souverain et indépendant.

Sur le plan du fond, les circonstances suivantes attestent une violation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes:

- a) la proclamation de l'indépendance de l'entité fédérale qu'était la Bosnie-Herzégovine, violant le droit interne de la République fédérative socialiste de Yougoslavie et de la Bosnie-Herzégovine, menaçait l'intégrité territoriale et l'unité politique de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, contrevenait au paragraphe 7 de la déclaration relative aux principes du droit international...;
- b) la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine dans ses frontières administratives n'était pas fondée sur l'égalité de droits et le droit à disposer d'eux-mêmes des trois peuples de Bosnie-Herzégovine.

La proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine n'était donc pas conforme aux principes de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de l'intégrité territoriale et de l'unité politique des Etats et, de ce fait même, ne peut fonder une succession légitime s'agissant de la succession de la Bosnie-Herzégovine à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

88. Essentiellement, la proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine était un acte de sécession. La Bosnie-Herzégovine ne conteste pas cette affirmation de la Yougoslavie, tirée de l'exposé de la Bosnie-Herzégovine elle-même, qui se lit ainsi:

«Que la Bosnie, au moment de sa sécession, ait possédé ou non un droit à l'autodétermination est dénué de pertinence car: 1) elle est maintenant un Etat souverain reconnu, et 2) même si, *pour les besoins du raisonnement*, l'on supposait qu'elle ne possédait pas de droit à l'autodétermination au regard du droit international, ce dernier, certainement, *n'interdisait* pas qu'elle parvienne au statut d'Etat

indépendant à l'occasion de la désintégration de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie.» (Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, p. 60.)

89. *Per definitionem*, la sécession est «la création d'un Etat par l'emploi ou la menace de l'emploi de la force et sans le consentement de l'ancien souverain»<sup>133</sup>. On comprend donc que

«la Charte des Nations Unies ne fasse place ni au terme ni à la notion de «sécession», car l'idée est profondément étrangère à son esprit et à ses principes normatifs. Elle érige le respect de l'intégrité territoriale en norme constitutionnelle, en règle de *jus cogens*. Le 1<sup>er</sup> janvier 1970, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a fait la déclaration suivante:

«Ainsi, il ne saurait y avoir d'équivoque possible en ce qui concerne l'attitude de l'Organisation quand il s'agit de la sécession d'une région donnée d'un Etat Membre. En sa qualité d'organisation internationale, l'ONU n'a jamais accepté, n'accepte pas et n'acceptera jamais, je pense, le principe de la sécession d'une partie d'un de ses Etats Membres.»<sup>134</sup>

Le Conseil de sécurité a qualifié d'illégale la sécession. Dans sa résolution 169 (1961) relative au Congo, il a notamment:

«*Réprouv[é] énergiquement* les activités sécessionnistes illégalement menées par l'administration provinciale du Katanga avec l'appui de ressources de l'extérieur et secondées par des mercenaires étrangers ... et

*Déclar[é],*

d) que toutes les activités sécessionnistes dirigées contre la République du Congo [étaient] contraires à la loi fondamentale.»

La qualification d'illégalité que le droit international impose implicitement à la sécession se retrouve à l'alinéa 7 du paragraphe 5 de la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, où il est dit notamment que le droit à disposer de soi-même ne peut être compris comme

«autorisant ni encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant».

Au niveau régional, celui de l'Europe, on retrouve cette qualification de la sécession dans la déclaration sur les principes régissant les relations

<sup>133</sup> J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 1979, p. 247.

<sup>134</sup> ONU, *Chronique mensuelle*, vol. VII, janvier-décembre 1970.

mutuelles entre des Etats participants, qui figure dans l'acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, adopté le 1<sup>er</sup> août 1975 à Helsinki :

«Les Etats participants tiennent mutuellement pour inviolables toutes leurs frontières respectives ainsi que celles de tous les Etats d'Europe et s'abstiennent donc maintenant et à l'avenir de tout attentat contre ces frontières.»

On trouve aussi une condamnation explicite de la sécession dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées en tant que source de droit international selon le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. La sécession est tenue pour un crime des plus graves par le droit national des nations civilisées. L'attaque lancée de l'intérieur contre l'intégrité territoriale d'un pays et la tentative d'attaque ou la préparation d'une attaque sont plus particulièrement qualifiées de crimes d'une extrême gravité dans la quasi-totalité des codes pénaux des nations civilisées.

90. L'admission de la Bosnie-Herzégovine au sein des Nations Unies ne peut remédier au défaut juridique de fond qui entache sa constitution en Etat indépendant, car il faut bien faire la distinction entre :

«la sécession dans l'exercice de l'autodétermination et la sécession en violation de l'autodétermination. Quand le territoire en cause est une entité dotée du droit à disposer d'elle-même, on peut présumer que tout gouvernement sécessionniste jouit de l'appui général du peuple : en tel cas, la sécession, si l'exercice du droit à disposer de soi-même est interdit par la force, est réputée se faire en application du droit du territoire à disposer de lui-même, ou, à tout le moins, sans en contredire le principe.»<sup>135</sup>

Il serait difficile de nier que son admission à l'Organisation des Nations Unies a donné à la Bosnie-Herzégovine un appui politique général. Pourtant, les appuis politiques que cela lui a valus de manière générale ne peuvent ni ne doivent être interprétés comme une validation à posteriori de sa naissance illégale. Même si telle était l'intention de l'Assemblée générale lorsqu'elle a accueilli la Bosnie-Herzégovine comme membre de l'Organisation des Nations Unies, cette légitimation serait juridiquement impossible puisqu'elle serait une dérogation à cette norme de *jus cogens* qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Or, les normes du *jus cogens* ne souffrent d'aucune exception, et tout régime ou toute situation qui seraient en concurrence avec lui, qu'ils trouvent leur origine dans un acte bilatéral ou dans un acte unilatéral, ne peuvent devenir le droit à cause du caractère impératif du *jus cogens* : pour être plus précis, cet acte resterait dans le domaine du simple fait. On peut dire qu'il y a là un

<sup>135</sup> J. Crawford, *op. cit.*, p. 258 ; voir également l'opinion individuelle de M. Amoun dans l'affaire du Sahara occidental, C.I.J. Recueil 1975, p. 99-100.

exemple classique d'application du principe général de droit qu'exprime la maxime *quidquid ab initio vitiosus est, non potest tractu temporis convalescere*.

A mon avis donc, il faut voir dans l'admission de la Bosnie-Herzégovine à l'Organisation des Nations Unies un simple fait, sans rapport avec la licéité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine. Cette conclusion correspond au fait que

«la reconnaissance par les Nations Unies signifie qu'un Etat (ou son gouvernement) sera invité aux grandes conférences internationales, autorisé à adhérer à de nombreux traités internationaux, à devenir membre de plusieurs institutions internationales et à envoyer des observateurs aux autres»<sup>136</sup>.

91. En rejetant la troisième exception préliminaire de la Yougoslavie, la Cour a réglé un aspect du problème de sa compétence *ratione personae*. L'autre aspect de ce problème est celui du statut de la Yougoslavie en tant que partie à la convention sur le génocide. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle la Yougoslavie est partie à cette convention, mais je ne peux souscrire à l'argumentation qui l'a menée à conclure ainsi.

A propos de la qualité de partie à la convention de la Yougoslavie, la Cour déclare ce qui suit :

«il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide [et qu'elle] ... était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire...» (arrêt, par. 17).

La Cour fonde cette conclusion sur les considérations suivantes :

- a) «il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide» ;
- b) «[L]ors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle :

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

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies.» (Arrêt, par. 17.)

<sup>136</sup> H. G. Schermers, *International Constitutional Law*, 1980, p. 929.

Je pense comme la Cour que la Yougoslavie est partie à la convention sur le génocide, mais l'argumentation de la Cour concernant les effets de la déclaration officielle publiée le 27 avril 1992 me semble impossible à soutenir.

92. Logiquement, dire qu'«il n'a pas été contesté que la Yougoslavie était partie à la convention sur le génocide», c'est dire que la Yougoslavie est partie à la convention sur le génocide parce que cette qualité ne lui a pas été contestée.

Il est vrai que la procédure relative aux exceptions préliminaires se fonde essentiellement sur l'initiative des parties. Cela ne signifie pas que les parties ont le droit de se prononcer sur la compétence de la Cour.

On peut dire que la Cour, lorsqu'elle statue sur des exceptions préliminaires, réalise deux objectifs liés entre eux et interdépendants :

- a) l'objectif direct consistant à statuer sur une exception 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» (Règlement de la Cour, art. 79, par. 7);
- b) l'objectif indirect consistant à vérifier ou confirmer sa compétence. Du point de vue de cet objectif, les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un instrument, un moyen de procédure pour établir la compétence de la Cour, *suo nomine et suo vigore*, car selon son Statut celle-ci est tenue de le faire non pas *proprio motu* mais bien *ex officio*. Car,

«La Cour est la gardienne de son Statut. Il n'est pas dans son pouvoir d'abandonner ... une fonction qui, en vertu d'une disposition expresse du Statut, est une garantie essentielle de sa juridiction obligatoire. Elle ne le peut eu égard, en particulier, au fait que le principe consacré par l'article 36, paragraphe 6, du Statut est l'affirmation d'un des principes les plus fermement établis de la pratique arbitrale et judiciaire internationale et qui est le suivant : en ce qui concerne sa compétence, le tribunal international, et non la partie intéressée, a le pouvoir de décider si le différend dont il est saisi est couvert par l'instrument qui établit sa compétence.»<sup>137</sup>

93. Les représentants qui ont participé à la session commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République de Monténégro ont affirmé dans leur déclaration du 27 avril 1992 :

«La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de

<sup>137</sup> *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, opinion dissidente de sir Hersch Lauterpacht, p. 104 (les italiques sont de moi).

la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international dans le passé.

Simultanément, elle est disposée à respecter pleinement les droits et les intérêts des républiques yougoslaves qui ont déclaré leur indépendance. La reconnaissance des États nouvellement constitués interviendra une fois qu'auront été réglées les questions en suspens actuellement en cours de négociation dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie.

Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient, la République fédérative de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les États nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées.

Les missions diplomatiques et consulaires de la République fédérative de Yougoslavie à l'étranger continueront, sans interruption, à s'acquitter de leurs fonctions qui consistent à représenter et à protéger des intérêts de la Yougoslavie.

De plus, elles offriront une protection consulaire à tous les ressortissants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la solliciteront; en attendant que leur statut national soit définitivement arrêté.

La République fédérative de Yougoslavie reconnaît, simultanément, la pleine continuité de la représentation des États étrangers assurée par les missions diplomatiques et consulaires de ces États sur son territoire.»<sup>138</sup>

On ne peut retenir cette déclaration comme fondement pour être lié par la convention sur le génocide, pour deux raisons au moins, l'une de caractère formel et l'autre de caractère matériel.

La raison d'ordre formel est liée à la nature des déclarations dans l'appareil constitutionnel yougoslave. Depuis l'édification de celui-ci, les déclarations de l'Assemblée constituent les décisions de politique générale de l'organe représentatif, qui portent sur des problèmes qui échappent aux textes réglementaires ou à la compétence de l'organe représentatif<sup>139</sup>. Actes politiques, ces déclarations n'ont pas force obligatoire, et ne comportent d'ailleurs pas de sanction légale en cas de non-respect de leur contenu.

Les «représentants qui ont participé à la session commune de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République

<sup>138</sup> Constitution de la République fédérative de Yougoslavie, Belgrade, 1992, Nations Unies, doc. S/23877, 5 mai 1992, annexe, par. 1-2.

<sup>139</sup> M. Snuderl, *Constitutional Law*, Ljubljana, 1957, vol. II, p. 47; A. Fira, *Constitutional Law*, Belgrade, 1977, p. 381.

de Monténégro» et de l'Assemblée fédérale elle-même ne sont pas des représentants habilités à représenter l'Etat à l'étranger dans les relations internationales, et les mesures qu'ils adoptent, même si elles ont force obligatoire, ne peuvent donc être mises en vigueur par des décisions unilatérales d'organes d'Etat à ce autorisés. La raison d'ordre matériel se rapporte à la teneur de la déclaration. L'affirmation que la République fédérative de Yougoslavie «respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international» n'y apparaît pas *in abstracto*, comme une acceptation générale et inconditionnelle des engagements pris dans le passé par la République fédérative socialiste de Yougoslavie; c'est une formule déclaratoire, fondée sur le postulat que la République fédérative de Yougoslavie assure «la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie». Ce qui n'est pas contesté par la Bosnie-Herzégovine, qui affirme que

«c'est en se fondant sur cette «continuité» présumée que la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) se considère comme liée par tous les engagements internationaux pris par l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie» (mémoire, par. 4.2.2.11).

Selon la déclaration, la République fédérative de Yougoslavie n'assume pas les obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, mais «*reste tenue de toutes ses obligations à l'égard des institutions et des organisations internationales dont elle est membre*» (les italiques sont de moi).

A la session tenue par la chambre fédérale de l'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie le 27 avril 1992, session à laquelle a été proclamée la Constitution de la République fédérative de Yougoslavie, le président de l'Assemblée de Serbie a indiqué dans son discours liminaire que:

«l'adoption de décisions unilatérales par certaines républiques au moment où elles ont fait sécession de la Yougoslavie et la reconnaissance internationale de ces républiques dans les frontières administratives des anciennes républiques yougoslaves ont obligé les peuples yougoslaves qui veulent continuer de vivre en Yougoslavie à réaménager les relations à l'intérieur du pays»

et que «la Serbie et le Monténégro ne reconnaissent pas le fait de l'abolition et de la disparition de la Yougoslavie»<sup>140</sup>. Prenant également la parole à l'ouverture de cette session, le président de l'Assemblée du Monténégro a souligné que la Serbie et le Monténégro étaient «les seuls Etats qui avaient conservé leur qualité d'Etat au moment de la création de la Yougoslavie et qui avaient décidé de réaménager l'ex-Yougoslavie sur le plan constitutionnel»<sup>141</sup>.

De surcroît, même si la République fédérative de Yougoslavie avait

<sup>140</sup> *Politika*, Belgrade, 28 avril 1992, p. 6.

<sup>141</sup> *Ibid.* (les italiques sont de moi).

exprimé l'intention d'assumer officiellement les obligations de la République fédérative socialiste de Yougoslavie dans cette déclaration, celle-ci, en tant que texte exprimant cette intention, ne pourrait guère être considérée que comme une proclamation politique à laquelle il faudrait encore, faute de régime de succession automatique, donner force opératoire selon les règles du droit des traités applicables à la manifestation de la volonté d'être lié par voie conventionnelle.

94. Comme après l'adoption de sa constitution le 27 avril 1992, la Yougoslavie n'a pas manifesté sa volonté d'être liée par la convention sur le génocide selon les modalités prévues à l'article XI de celle-ci, et comme elle n'a pas non plus envoyé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de notification de succession, la seule base juridique qui permet de considérer la Yougoslavie comme partie à cette convention est évidemment et exclusivement le fait qu'elle ait assumé la personnalité et la continuité juridiques de la République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'égard des traités multilatéraux.

Dans la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire d'accords multilatéraux, la Yougoslavie est également considérée, après la modification territoriale intervenue en 1991 et 1992, comme partie aux traités multilatéraux, bien qu'elle n'ait pas manifesté sa volonté d'être liée par des traités dans les formes prescrites et qu'elle n'ait pas non plus adressé au Secrétaire général, en qualité de dépositaire, les notifications de succession voulues. La date à laquelle la République fédérative de Yougoslavie a manifesté son acceptation est donnée pour le jour où elle a été liée par l'instrument considéré. Si l'on regarde par exemple le document intitulé « Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général » concernant l'année 1992, on constate que la Yougoslavie y figure parmi les Etats parties à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et que c'est le 29 août 1950 qui est donné comme date d'adhésion à cet instrument, à savoir la date à laquelle la République fédérative socialiste de Yougoslavie l'a ratifié. On trouve des dates identiques dans les éditions de 1993 et de 1994 du même document. La situation est la même *mutatis mutandis*, pour les autres conventions multilatérales déposées auprès du Secrétaire général.

Il est donc indiscutable que, dans sa pratique de dépositaire des traités multilatéraux, le Secrétaire général n'a cessé de considérer la Yougoslavie comme partie à ces traités sur la base de leur acceptation par la République fédérative socialiste de Yougoslavie.

95. Conformément à la pratique établie, donc, le « Précis de la pratique du Secrétaire général — dépositaire des accords multilatéraux » conclut :

« L'indépendance d'un nouvel Etat successeur, qui exerce par la suite sa souveraineté sur son territoire, est bien sûr sans effet sur les droits et les devoirs conventionnels de l'Etat prédécesseur qui concernent son propre territoire (le territoire restant). Ainsi donc, après la dissociation de certaines parties du territoire de l'Union des Répu-

bliques socialistes soviétiques (qui sont devenues des Etats indépendants), l'Union des Républiques socialistes soviétiques (devenue la Fédération de Russie) a continué d'exister en tant qu'Etat prédécesseur et tous ses droits et devoirs conventionnels sont restés valables à l'égard de son territoire ... On peut dire la même chose de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), qui subsiste en tant qu'Etat prédécesseur après dissociation de certaines parties du territoire de l'ex-Yougoslavie. La résolution 47/1 de l'Assemblée générale en date du 22 septembre 1992, dans laquelle il est dit que la République fédérative de Yougoslavie ne peut pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies (voir par. 89 ci-dessus), a été adoptée dans le cadre des Nations Unies et dans le contexte de la Charte des Nations Unies, et non pour indiquer que la République fédérative de Yougoslavie ne devait pas être considérée comme un Etat prédécesseur.»<sup>142</sup>

Mais il est dit également :

«la situation est différente lorsque l'Etat prédécesseur disparaît. Tel a été le cas lorsque la République tchèque et la Slovaquie se sont formées après que leur territoire s'est séparé de la Tchécoslovaquie, qui a cessé d'exister. Chacun des nouveaux Etats se trouvait alors en position d'Etat successeur.»<sup>143</sup>

Cette pratique est tout à fait conforme à l'interprétation de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur laquelle la Yougoslavie s'appuie au demeurant pour soutenir qu'elle n'a pas perdu par le simple fait d'un changement territorial son statut de partie aux conventions multilatérales.

Il est dit dans la lettre du bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies en date du 16 avril 1993 que :

«le statut de la Yougoslavie en tant que partie aux traités n'est pas modifié par l'adoption par l'Assemblée générale, le 22 septembre 1992, de sa résolution 47/1. Dans cette résolution, l'Assemblée générale a décidé que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne participerait pas aux travaux de l'Assemblée générale. Elle ne visait pas la qualité d'Etat partie aux traités de la Yougoslavie.»

96. Pour en revenir aux considérations exposées au paragraphe 297 du «Précis», la représentante permanente des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies a protesté, dans la lettre qu'elle a adressée au Secrétaire général le 5 avril 1996 (A/51/95-S/1996/251, 8 avril

<sup>142</sup> ST/LEG.8, p. 89, par. 297.

<sup>143</sup> *Ibid.*, par. 298.

1996), contre la qualification attribuée à la Yougoslavie dans ce document. Quatre jours plus tard, le 9 avril 1996, le conseiller juridique de l'ONU a publié un «Erratum» (doc. LA41TR/220) ayant pour but de faire disparaître du paragraphe 297 du «Précis» la qualification d'Etat prédécesseur attribuée à la République fédérative de Yougoslavie. Des protestations contre cette qualification ont également été élevées dans les lettres adressées au Secrétaire général par le représentant permanent de l'Allemagne auprès de l'Organisation des Nations Unies (doc. A/50/929-S/1996/263, 11 avril 1996) et par le chargé d'affaires par intérim de la mission permanente de la Guinée au nom de l'organisation de la conférence islamique et du groupe de contact sur la Bosnie-Herzégovine (doc. A/50/930-S/1996/260, 12 avril 1996). Ces deux lettres étaient datées du 10 avril 1996, date postérieure donc à la rédaction et à la publication de l'«Erratum».

Les formes dans lesquelles se présente cette question concrète ôtent toute pertinence aux objections qui viennent d'être citées à l'«Erratum» du conseiller juridique. Pour être plus précis :

- a) le fond des objections élevées par les représentants permanents des trois Etats Membres de l'Organisation est constitué d'«opinions» et d'«interprétations» concernant le statut juridique de la Yougoslavie qualifiée d'Etat prédécesseur dans le «Précis de la pratique du Secrétaire général — dépositaire des accords multilatéraux», plus exactement aux paragraphes 297 et 298. En d'autres termes, ces objections ne visaient pas la pratique de l'Organisation ou de ses organes en tant que fait objectif intervenu dans ce domaine concret, mais bien l'interprétation de cette pratique, telle qu'elle était présentée dans le «Précis»;
- b) par définition, un *erratum* est une «erreur de rédaction ou faute typographique dans un texte publié ou écrit»<sup>144</sup>.

Sans soulever même la question de savoir si l'«Erratum» en question était en l'occurrence justifié, on ne peut qu'admettre qu'il concernait certains passages du «Précis de la pratique du Secrétaire général...» (les italiques sont de moi). Un «précis» n'a pas en lui-même la valeur d'un document autonome, d'un instrument qui détermine ou constitue quelque chose. Il n'est que la synthèse abrégée, l'affirmation extrinsèque lapidaire d'un fait ayant une réalité en dehors et indépendamment de lui. D'ailleurs, il est dit dans l'introduction du «Précis» en question que l'objet de celui-ci «est de faire ressortir les caractéristiques principales de la pratique suivie en cette matière par le Secrétaire général» (p. 1).

Il s'ensuit que dans ce cas particulier l'erratum ne met pas en cause la pertinence de la pratique du Secrétaire général en sa qualité de

<sup>144</sup> Webster's Third New International Dictionary, 1966, p. 772.

dépositaire des traités multilatéraux. Cette pratique, en ce qui concerne le statut de la République fédérative de Yougoslavie à l'égard des traités multilatéraux, est uniforme et constante et il n'est pas vraiment nécessaire d'établir un «précis» qui en ferait «ressortir les caractéristiques principales»;

- c) on ne peut voir dans le fait que le terme «République fédérative» n'est utilisé ni avant ni après le nom «Yougoslavie» la preuve qu'il ne s'agit pas de la République fédérative de Yougoslavie. Le nom «Yougoslavie» désigne l'Etat yougoslave, indépendamment des modifications de fait ou de droit que celui-ci a connues au cours de son existence, modifications dont son nom est d'ailleurs le reflet. Au moment par exemple où la Yougoslavie a assumé les obligations de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (en août 1950), son nom complet était «République populaire fédérative de Yougoslavie». En vertu de sa pérennité et de la continuité de sa personnalité juridique, la Yougoslavie est partie aux conventions qui liaient, à l'époque de la Société des Nations, l'Etat yougoslave, appelé alors le «Royaume des Serbes, Croates et Slovènes».

Il s'ensuit que les expressions «ex-Yougoslavie» ou «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)» n'ont en elles-mêmes pas d'autre sens que leur sens épistémologique. Du point de vue de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes représente «l'ex-Yougoslavie», de la même façon que la «Yougoslavie démocratique populaire» constituée à la deuxième session de l'assemblée antifasciste de la libération populaire de Yougoslavie le 29 novembre 1943 représentait «l'ex-Yougoslavie» par rapport à la République populaire fédérative de Yougoslavie, créée par la Constitution de 1946. Le caractère conventionnel de cette terminologie apparaît aussi dans la pratique des organes principaux des Nations Unies en ce qui concerne l'utilisation de l'appellation «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Depuis le 22 novembre 1995, le Conseil de sécurité utilise dans ses résolutions (résolutions 1021 et 1022) le terme «République fédérative de Yougoslavie» au lieu de l'ancien terme «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)», sans que soit intervenue quelque décision expresse et sans que la situation juridique ait changé par rapport à celle où il utilisait, de même que les autres organes des Nations Unies, le terme «République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)». Le fait que cette évolution de la pratique du Conseil de sécurité date du jour qui a suivi la signature provisoire des accords de paix de Dayton donne de bonnes raisons de conclure que l'usage concret n'est pas fondé sur des critères juridiques objectifs mais plutôt sur des considérations politiques.

97. La pratique du Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux, répond au principe juridique général qui veut qu'une réduction de son territoire ne modifie pas *ipso facto* la personnalité juri-

dique d'un Etat. Ce principe de droit international est profondément enraciné dans la pratique internationale<sup>145</sup>. Dès 1925, l'arbitre en l'affaire de la *Dette ottomane*, M. Borel, soutenait que malgré la perte de territoire et malgré la révolution «la République turque [était] réputée en droit international assurer la continuité de la personnalité internationale de l'ancien empire turc»<sup>146</sup>. Dans la pratique des Nations Unies, ce même principe se retrouve dans l'opinion donnée par le Secrétariat à propos de la sécession du Pakistan de l'Inde: «le territoire qui fait sécession, le Pakistan, sera un Etat nouveau; ... la partie du territoire qui a fait sécession était considérée comme un nouvel Etat; la partie restante a continué d'être un Etat existant, avec les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'auparavant»<sup>147</sup>. On évoque, à titre d'exception éventuelle, le cas où le changement territorial affecte le «*nucleus territorial*» de l'Etat<sup>148</sup>. Mais la Yougoslavie n'est pas dans ce cas puisque son «*nucleus territorial*» a été préservé<sup>149</sup>.

98. Il est intéressant de noter que la pratique de la Cour est identique à celle du Secrétaire général dépositaire des traités multilatéraux. On lit dans l'*Annuaire 1993-1994* de la Cour internationale de Justice que:

«Au 31 juillet 1994, la liste des cent quatre-vingt-quatre Membres des Nations Unies était la suivante:

<i>Etat</i>	<i>Date d'admission</i>
.....	
Yougoslavie . . . . .	Membre originaire.» <sup>150</sup>

On trouve la même formule dans l'édition précédente de l'*Annuaire*<sup>151</sup>. Selon le paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte des Nations Unies, tous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice.

La pratique de la Cour coïncide donc tout à fait avec l'interprétation de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale que le Secrétaire général adjoint, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, a présentée dans la lettre qu'il a adressée le 29 septembre 1992 aux représen-

<sup>145</sup> Pour D. Anzilotti, il s'agit de l'une des règles les plus sûres du droit international: «nessun principio più sicuro di questo nel diritto internazionale», dans «La formazione del Regno d'Italia nei guardi del diritto internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, 1912, p. 9.

<sup>146</sup> Cité dans K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 1954, p. 40.

<sup>147</sup> Communiqué de presse de l'ONU, PM/473, 12 août 1947 (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, p. 101).

<sup>148</sup> Hall, *A Treatise on International Law*, 1924, p. 22; American Society of International Law, *Panel on «State Succession and Relations with Federal States»*, Gold Room, Rayburn House Office Building, Washington, D.C., E. Williamson, département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, 1<sup>er</sup> avril 1992, p. 10.

<sup>149</sup> M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (1984), p. 147.

<sup>150</sup> *C.I.J. Annuaire 1993-1994*, n° 48, p. 69.

<sup>151</sup> *C.I.J. Annuaire 1992-1993*, n° 47, p. 61.

tants permanents de la Bosnie-Herzégovine et de la Croatie auprès de l'Organisation, où il est dit que «la résolution ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas»<sup>152</sup>.

#### CINQUIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

99. Dans sa cinquième exception préliminaire, la Yougoslavie soulève trois points de droit principaux à propos :

- a) de la qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine;
- b) de la nature territoriale ou non territoriale des obligations des Etats aux termes de la convention sur le génocide;
- c) de la nature de la responsabilité d'un Etat dont il est question à l'article IX de la convention.

100. Si l'on prend en considération la nature territoriale des obligations que la convention sur le génocide impose aux Etats, la qualification du conflit en Bosnie-Herzégovine est d'une extrême importance. Que cette question touche de près au fond de l'affaire ne doit pas empêcher la Cour de

«se livrer à un examen sommaire du fond du différend dans la mesure où cela lui est nécessaire pour s'assurer que l'affaire fait apparaître des prétentions raisonnablement soutenables ou des questions pouvant raisonnablement prêter à contestation, autrement dit des prétentions ou des contestations qui sont fondées rationnellement sur un ou plusieurs principes de droit dont l'application peut permettre de résoudre le différend. L'essentiel, en ce qui concerne cet examen préliminaire du fond, est qu'il faudra trancher la question de la compétence ou de la recevabilité qui est en cause en considérant non pas si la prétention du demandeur est fondée mais exclusivement si elle fait apparaître un droit à soumettre cette demande à la décision de la Cour.»<sup>153</sup>

A mon avis, le conflit en Bosnie-Herzégovine ne peut être simplement qualifié, comme l'affirme la Yougoslavie, de «guerre civile» ou de «conflit interne». Cette qualification ne serait qu'en partie correcte.

Le conflit armé en Bosnie-Herzégovine est un conflit de nature particulière, *sui generis*, où se mêlent des éléments de guerre civile et des éléments de conflit international armé.

Les éléments de guerre civile sont de toute évidence présents; pourtant, ils ne sont pas, à mon avis, le trait dominant du conflit. Ils se sont surtout manifestés dans la période de crise constitutionnelle qui a précédé la

<sup>152</sup> Organisation des Nations Unies, Assemblée générale, doc. A/47/485, annexe, 30 septembre 1992.

<sup>153</sup> *Essais nucléaires*, C.I.J. Recueil 1974, opinion dissidente de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, p. 364.

proclamation de l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine par un parlement incomplet. La phase non active des préparatifs de cette guerre a été spécialement celle de la création de milices nationales (dès 1991), alors que la phase active a commencé avec les attaques lancées contre les organes des autorités fédérales centrales, notamment contre des unités de l'armée populaire yougoslave.

Après la proclamation de la souveraineté et de l'indépendance par le parlement incomplet de Bosnie-Herzégovine, la guerre est devenue, ce me semble, un conflit armé international, avec pour adversaires un Etat fictif reconnu *de jure* (la République de Bosnie-Herzégovine) et, en face, deux Etats *de facto* non reconnus par la communauté internationale (la Republika Srpska et l'Herceg-Bosna). C'était une guerre du type *bellum omnium contra omnes*, ce qu'illustrent éloquemment la guerre entre les autorités musulmanes de Sarajevo et l'Herceg-Bosna en 1993 et la guerre entre les autorités de Sarajevo et la Bosnie occidentale, région musulmane autonome parallèle proclamée en septembre 1993.

101. Le passage que la Cour consacre dans son arrêt à la nature des droits et des obligations des Etats découlant de la convention se lit comme suit :

«les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention.» (Par. 31.)

Il faut à mon avis bien faire la distinction nette entre, d'une part, la nature juridique du principe interdisant le génocide et, de l'autre, la mise en application ou la réalisation de ce principe.

Le principe qui interdit le génocide, norme de *jus cogens*, fixe les obligations de l'Etat à l'égard de la communauté internationale prise dans sa totalité et, par sa nature même, intéresse tous les Etats. En tant que règle de *jus cogens*, il n'a pas, et ne peut absolument pas avoir, d'application territorialement limitée, telle qu'une certaine fraction de la communauté internationale n'y serait pas soumise. Autrement dit, l'interdiction du génocide est une norme universelle qui lie tous les Etats où qu'ils se trouvent dans le monde.

En tant que norme s'imposant absolument, l'interdiction du génocide oblige tous les sujets de droit international, en dehors même de toute convention. C'est en cela, et en cela seulement, que cette norme concrète est d'application universelle (c'est-à-dire *erga omnes*) et la notion de «non-territorialité», autre façon de présenter l'idée d'une application territoriale limitée, peut être considérée comme un aspect de l'essence même de l'interdiction absolue du génocide.

Les choses se présentent différemment quand il s'agit de faire respecter cette norme de l'interdiction du génocide ou de lui donner effet. Comme toute autre règle de droit international, elle est applicable par les Etats

non pas dans un espace imaginaire mais dans le domaine territorialisé de la communauté internationale. Comme l'a fait remarquer la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Lotus*:

«Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

. . . . .

Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté.»<sup>154</sup>

Une telle conception de la compétence territoriale amène à considérer d'une manière générale que l'obligation de l'Etat tenu d'appliquer une règle de droit international, tant sur le plan prescriptif que sur celui de la mise en œuvre, est de nature territoriale. Si tel n'était pas le cas, il y aurait infraction aux principes de l'intégrité territoriale et de la souveraineté, qui relèvent eux aussi du *jus cogens*.

102. Quel est le statut de la convention sur le génocide? Pour ce qui est de l'obligation de prévention, elle ne consacre pas le principe de la répression universelle. Elle opte très clairement pour le principe territorial de l'obligation de prévention et

«la seule action possible à l'égard des crimes commis en dehors du territoire de la partie contractante ne peut être que le fait des organes des Nations Unies, au titre de leur compétence générale»<sup>155</sup>.

Ainsi donc,

«les Etats sont ... tenus de punir les personnes accusées d'avoir commis les actes tombant sous le coup de la convention dans la mesure où ces actes ont été commis sur leur territoire»<sup>156</sup>.

L'article VII du projet de convention sur le génocide établi par le Secrétaire général était inspiré du principe de la répression universelle<sup>157</sup>. Dans son projet de convention, le comité spécial sur le génocide a remplacé le texte de cet article VII et c'est ainsi que «le comité rejeta par 4 voix (parmi lesquelles celles de la France, des Etats-Unis d'Amérique

<sup>154</sup> *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18-19.

<sup>155</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention, Its Origin and Interpretation*, 1949, p. 13-14.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>157</sup> Doc. E/1447, p. 8.

et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques), contre 2 avec une abstention le principe de la répression universelle»<sup>158</sup>.

Une attitude hostile au principe de la répression universelle apparaît également dans les déclarations et les réserves dont a fait l'objet la convention<sup>159</sup>, dans les communications des gouvernements<sup>160</sup>, et des organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil économique et social<sup>161</sup>.

Le rapporteur spécial a conclu que :

«puisque il n'existe pas de cour criminelle internationale, la question de la répression universelle devra être réexaminée si l'on décide de rédiger de nouveaux instruments internationaux pour prévenir et réprimer le crime de génocide»<sup>162</sup>.

L'intention de ses auteurs d'instituer sous le couvert de la convention des obligations territoriales pour les Etats apparaît de façon claire et irréfutable à l'article XII, qui se lit comme suit :

«Toute Partie contractante pourra, à tout moment, par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, étendre l'application de la présente convention à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont elle dirige les relations extérieures.» (Les italiques sont de moi.)

Il va sans dire que si telle n'avait pas été leur intention, cet article n'aurait ni sens ni logique.

103. Un Etat peut-il être responsable de génocide? Se référant à «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», la Cour observe que l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat et que :

«La responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires.» (Arrêt, par. 32.)

Cette position n'est pas à mon avis défendable.

L'article IV de la convention, qui fixe la responsabilité pénale en cas de génocide ou de l'un des actes énumérés à l'article III, a un sens double :

a) un sens positif, qui prend son origine dans le principe de la responsabilité individuelle puisqu'il fixe la responsabilité pénale des «per-

<sup>158</sup> Voir «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, p. 49.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 51-52.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 52-55.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 56.

sonnes ... qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers». Cette règle relève de la *lex lata*, parce que :

«la pratique internationale d'après la seconde guerre mondiale a fait constamment l'application du principe de la responsabilité pénale individuelle en matière de crimes de droit international parmi lesquels se place le génocide»<sup>163</sup>;

- b) un sens négatif qui est celui de l'exclusion de la responsabilité pénale des Etats, des gouvernements ou des autorités des Etats et du refus de reconnaître la validité en cette matière de la doctrine de l'acte d'Etat. Cette conception a une expression en droit international positif. Lorsqu'elle a élaboré le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international a notamment conclu *ratione personae* :

«En ce qui concerne le contenu *ratione personae*, la Commission a estimé que ses efforts devaient à ce stade être consacrés exclusivement à la responsabilité pénale des *individus*. Cette démarche s'explique par l'incertitude qui pèse encore sur le problème de la responsabilité pénale des Etats ... Il est vrai que la responsabilité criminelle des individus n'écarte pas la responsabilité internationale des Etats en ce qui concerne les conséquences des actes commis par les personnes agissant en qualité d'organes ou d'agents de ces Etats. Mais cette responsabilité est d'une autre nature, et elle s'inscrit dans le concept traditionnel de la responsabilité des Etats ... la question de la responsabilité pénale internationale devait être limitée, au moins au stade actuel, à celle des individus.»<sup>164</sup>

La solution que consacre l'article IV de la convention répond à une conception plus générale de l'impossibilité d'établir la responsabilité pénale des personnes juridiques (*societas delinquere non potest*).

Cette façon de voir les choses prend pour postulat que le phénomène du délit criminel ne peut être que le fait de l'homme, c'est-à-dire qu'il ne peut être qu'un acte matériel ou une omission. Comme les Etats sont des entités juridiques de nature abstraite, des personnes sans corps matériel qui ne peuvent avoir de responsabilité pénale, ils ne peuvent perpétrer des actes criminels.

Est-il vraiment nécessaire de dire que la nécessité de sauvegarder les valeurs essentielles de la communauté internationale soulève la question de la responsabilité pénale de l'Etat, telle qu'elle s'illustre notamment

<sup>163</sup> «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/415, 4 juillet 1978, p. 36, par. 151.

<sup>164</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-sixième session, 7 mai-27 juillet 1984, doc. A/39/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1984, vol. II, deuxième partie, par. 32.

dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité?<sup>165</sup> En théorie, la question de la responsabilité pénale de l'Etat s'inscrit dans le schéma parfait du modèle opposant autorité de l'Etat à la délinquance de l'Etat, c'est-à-dire dans le schéma de la responsabilité collective simultanée de l'Etat dans sa personne juridique et dans sa personne physique, qui est sa représentation politique.

Pourtant, les textes dont on vient de parler ne sont que des projets qui, quelle que soit au demeurant leur pertinence, n'ont pas encore trouvé leur place dans le droit international positif. Ce simple fait, quelles que soient les circonstances concrètes d'une affaire, interdit à la Cour, autorité qui applique le *droit positif* à des cas particuliers, de tenir compte de ces textes ou de leur reconnaître aucune autorité. La Cour déborderait sinon les frontières de sa fonction judiciaire fondamentale pour entrer dans le domaine législatif ou quasi législatif<sup>166</sup>.

104. Même dans l'hypothèse où, *tractu temporis*, depuis l'entrée en vigueur de la convention, la responsabilité pénale du génocide ou de tout autre acte visé à l'article III serait étendue aux Etats, la validité de cette extension en l'espèce serait tout à fait discutable.

La problématique repose sur la nature de la clause compromissoire que constitue l'article IX de la convention. Il est certain que la reconnaissance de la compétence de la Cour à l'égard des différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention est antérieure à la règle générale du caractère facultatif de la compétence de la Cour en droit international. Cela a deux conséquences, sur le plan juridique et métajuridique. Sur le plan juridique, un précédent doit être interprété strictement<sup>167</sup>, surtout lorsqu'il s'agit de restreindre les droits souverains des Etats. En l'espèce, la Cour a compétence à l'égard des différends «relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la *présente convention*» (les italiques sont de moi). En d'autres termes, en vertu de l'article IX de la convention, la Cour a compétence pour régler les différends relatifs aux *dispositions pertinentes de la convention* mais non les différends qui concernent les règles qui pourraient exister en dehors de son cadre même.

Sur le plan métajuridique, l'élargissement de la compétence de la Cour au-delà des dispositions de l'article IX de la convention aurait pour effet, en bonne logique, d'empêcher les Etats d'agir dans les autres différends. Le fait qu'un Etat soit manifestement disposé à accepter la compétence

<sup>165</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 7-18.

<sup>166</sup> «[O]n ne saurait exagérer la gravité du crime de génocide, et tout traité conçu en vue de sa répression mérite l'interprétation la plus extensive. Toutefois, la convention sur le génocide est un acte conçu pour produire des effets de droit en créant entre les Etats qui y sont parties des obligations juridiques; c'est pourquoi il nous a paru nécessaire de l'examiner en fonction de son fondement de droit.» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, opinion dissidente de M. Guerrero, sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo, p. 47.

<sup>167</sup> C.P.J.I. série A n° 7, p. 76.

obligatoire de la Cour à titre général se trouverait corroboré si la Cour prenait une telle initiative.

105. L'article IX de la convention se lit comme suit:

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

Si l'on veut déterminer le sens véritable de l'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», il faut s'arrêter sur plusieurs considérations décisives:

a) L'article IX est de la nature des clauses compromissaires classiques. Disposition de procédure, il vise à déterminer la compétence de la Cour dans le domaine délimité par «l'interprétation, l'application ou l'exécution» des dispositions en cause de la convention. C'est pourquoi aucune interprétation de l'article IX ne peut *in concreto* dépasser les dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle que contient l'article IV de la convention (voir ci-dessus par. 101). Comme l'ont exprimé avec vigueur sir Percy Spender et sir Gerald Fitzmaurice dans leur opinion dissidente commune dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*:

«Le principe d'interprétation qui tend à donner aux dispositions leur maximum d'effet utile ne saurait légitimement être invoqué pour introduire ce qui équivaldrait à une révision de ces dispositions.»<sup>168</sup>

b) Le membre de phrase «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» est abstrait et d'une ampleur floue, notamment du point de vue de la convention sur le droit pénal «où il faudrait éviter de donner à l'Etat le caractère d'une fiction juridique, procédé qui ne saurait être utilisé qu'en matière civile ou commerciale»<sup>169</sup>. De surcroît, le terme «responsabilité d'un Etat» apparaît dans les dispositions de procédure de la convention. Il n'est pas utilisé dans le dispositif pour qualifier une conséquence possible du crime de génocide. La raison en est manifestement que l'on a opté pour la responsabilité pénale individuelle en cas de génocide ou d'acte répréhensible connexe.

Manley Hudson conclut en effet:

«L'article va plus loin cependant en déclarant «compris» les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III». Comme aucune autre disposition de la convention ne traite expres-

<sup>168</sup> C.I.J. Recueil 1962, p. 468.

<sup>169</sup> N. Rubashyankiko, *op. cit.*, p. 82, par. 314.

sément de la responsabilité de l'Etat, on voit mal comment un différend dont cette responsabilité ferait l'objet pourrait être «compris» parmi les différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention. Comme les parties s'engagent à l'article premier à prévenir le génocide, on peut concevoir qu'un différend relatif à la responsabilité d'un Etat soit un différend relatif à l'exécution de la convention. Pourtant, si on la considère dans son ensemble, celle-ci ne vise que le châtement des individus; elle n'entrevoit pas du tout la répression des Etats, exclue d'ailleurs à l'article V, où les parties s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires. La «responsabilité d'un Etat» dont il est question à l'article IX n'est donc pas la responsabilité pénale.»<sup>170</sup>

Le véritable sens du terme «responsabilité d'un Etat» est donc à rechercher à la lumière de la responsabilité des obligations assumées par les parties en vertu de la convention. Ces responsabilités primaires sont précisées aux articles V et VI, et elles couvrent:

- l'obligation de prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la convention;
- l'obligation d'intenter contre les personnes accusées de l'un des actes énumérés à l'article III de la convention une action devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis.

L'obligation qu'ont les parties contractantes de «prendre ... les mesures législatives nécessaires» et de punir les personnes coupables de génocide ou d'actes relatifs au génocide constitue une forme de responsabilité internationale de l'Etat, responsabilité à l'égard des intérêts fondamentaux de la communauté internationale considérée dans sa totalité et inscrite dans la norme qui interdit le génocide.

Etant donné la nature de ces obligations, il est difficile de ne pas considérer comme le rapporteur spécial, M. N. Ruhashyankiko, que, «au stade actuel de développement du droit international pénal, l'Etat ne saurait avoir qu'une responsabilité politique pour les crimes internationaux»<sup>171</sup> ou, pour être peut-être plus précis, que l'Etat peut être politiquement responsable au premier chef s'il manque à assumer les obligations qui concernent l'interdiction et la répression des crimes internationaux.

c) Faire de l'Etat le responsable du crime de génocide, au sens de la responsabilité essentiellement politique, n'exclut pas a priori sa responsabilité civile. En matière de génocide, celle-ci a deux aspects:

<sup>170</sup> M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, p. 857.

<sup>171</sup> «Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, p. 38, par. 159.

- i) responsabilité civile pour le crime de génocide commis sur le territoire lui-même,
- ii) responsabilité civile pour le crime de génocide commis sur le territoire d'un autre Etat.

Dans le premier cas, ce serait la responsabilité civile en droit interne qui serait évaluée, et jugée dans toute son étendue, par les autorités judiciaires nationales de la partie contractante.

Le deuxième cas est qualitativement différent. Si on laisse de côté les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable d'un génocide commis sur le territoire d'un autre Etat, la responsabilité civile peut opérer en deux temps. La première phase comprend les demandes en réparation adressées aux autorités compétentes de l'Etat responsable du génocide et jugées selon les procédures établies par le droit interne de celui-ci. La deuxième phase comprend l'action entreprise devant la justice internationale en réparation des préjudices subis du fait d'un génocide, les parties en cause étant l'Etat responsable du génocide et l'Etat sur le territoire duquel celui-ci a été commis. C'est-à-dire que l'on retrouve le cas typique de la responsabilité civile *internationale* de l'Etat. Etant donné que le groupe national, ethnique, racial ou religieux qu'il s'agissait de mettre à l'abri du crime de génocide n'a pas devant la Cour de *locus standi*, c'est l'Etat sur le territoire duquel le crime a été perpétré qui doit épouser la cause de ce groupe «national, ethnique, racial ou religieux» une fois épuisés les recours prévus par le droit interne.

Je suis convaincu que la responsabilité civile internationale des Etats pour crime de génocide n'entre pas dans les prévisions de la convention. Si tel était le cas, cette disposition serait, cela va sans dire, susceptible de multiples analyses, mais il est difficile de tirer une quelconque conclusion sur la force qu'aurait alors la notion de responsabilité civile internationale dans la convention sans s'aventurer dans les conjectures juridiques. On admet facilement que le principe de la responsabilité civile internationale de l'Etat en cas de génocide renforcerait l'interdiction de celui-ci. En l'espèce, pourtant, la question porte sur la définition de la responsabilité pour génocide en droit positif et non pas sur les solutions qui seraient les meilleures *in abstracto*. Comme l'a dit M. Whitaker, rapporteur spécial:

«Il est ... recommandé, lors de la revision de la convention, d'envisager ... d'inclure dans cet instrument des dispositions concernant la responsabilité des Etats en cas de génocide et la réparation de tels actes.»<sup>172</sup>

<sup>172</sup> Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines qui ont déjà fait l'objet d'un étude ou d'une requête de la part de la sous-commission — version révisée et mise à jour de l'«Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide», établie par M. B Whitaker (E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985, p. 30, par. 54).

## SIXIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

106. Quant à la sixième exception préliminaire de la Yougoslavie, la Cour conclut que :

«La Bosnie-Herzégovine pouvait devenir partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats. Du reste, le Secrétaire général des Nations Unies a considéré que tel avait été le cas» (arrêt, par. 20),

et que

«la Cour ne considère pas nécessaire, pour décider de sa compétence en l'espèce, de se prononcer sur les questions juridiques concernant la succession d'Etats en matière de traités qui ont été soulevées par les Parties. Que la Bosnie-Herzégovine soit devenue automatiquement partie à la convention sur le génocide à la date de son accession à l'indépendance le 6 mars 1992, ou qu'elle le soit devenue par l'effet — rétroactif ou non — de sa notification de succession du 29 décembre 1992, en tout état de cause, elle y était partie à la date du dépôt de sa requête, le 20 mars 1993.» (Par. 23.)

107. A mon avis c'est le contraire qui est vrai. Nul ne nie que la Bosnie-Herzégovine «pouvait devenir partie à la convention par le mécanisme de la succession d'Etats». *Mais la vraie question n'est pas de savoir si la Bosnie-Herzégovine pouvait «devenir partie», puisque tout nouvel Etat en a en principe la faculté, mais bien de savoir si elle est devenue partie à la convention par l'effet du mécanisme de la succession d'Etats.* Le fait que le Secrétaire général ait «considéré que tel avait été le cas» n'est pas décisif, ses fonctions de dépositaire ayant une portée clairement définie en droit international positif. Comme le dit le commentaire de l'article 72 («Fonctions des dépositaires») de la convention sur le droit des traités :

«un dépositaire a, dans certaines limites, le devoir d'examiner si une signature, un instrument ou une réserve sont conformes aux dispositions applicables du traité ou des présents articles et, le cas échéant, d'appeler sur cette question l'attention de l'Etat en cause. *Mais le devoir du dépositaire à cet égard s'arrête là. Il n'entre pas dans les fonctions du dépositaire de se prononcer sur la validité d'un instrument ou d'une réserve.*»<sup>173</sup>

Autrement dit, il est bien établi que «le dépositaire n'est habilité ni à sta-

<sup>173</sup> Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 96, par. 4 (les italiques sont de moi).

*tuer ni à prendre de décisions sur des questions liées à l'accomplissement de ses fonctions»*<sup>174</sup>.

A mon avis, la Cour devait se demander si la Bosnie-Herzégovine était devenue partie à la convention par le mécanisme de la succession, du point de vue en tout cas de la Yougoslavie, pour les deux raisons suivantes :

- Sur le plan formel, il y a un différend entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie parce que les positions des parties sur la « succession automatique » sont diamétralement opposées. Alors que la Bosnie-Herzégovine considère que la succession automatique fait partie du droit international positif et soutient par conséquent qu'elle a « *succédé automatiquement* à la convention sur le génocide »<sup>175</sup>, la Yougoslavie le nie, soutenant que « le principe de la « table rase » est et demeure en vigueur en tant que norme de droit international coutumier pour les nouveaux Etats »<sup>176</sup>.

(On notera que des expressions comme « succession automatique en ce qui concerne la convention sur le génocide » ou « est automatiquement devenue partie par succession à la convention sur le génocide » ne sont pas assez précises et sont pour cette raison incorrectes. L'objet de la succession n'est pas le traité, en tant qu'acte juridique, mais le statut des parties à un traité particulier et/ou leurs droits et leurs devoirs à l'égard de ce traité. Si les traités, en tant qu'actes juridiques, étaient l'objet de la succession, cela vaudrait aussi pour les traités dont les obligations ont été accomplies, qui seraient aussi valables qu'auparavant même s'ils n'ont plus qu'un intérêt historique, ce qui n'est évidemment pas le cas ici.)

- Sur le plan matériel, la Bosnie-Herzégovine n'ayant pas manifesté la volonté d'être liée par la convention dans les formes prescrites par l'article XI de celle-ci, les règles de succession sont le seul mécanisme que l'on peut invoquer pour dire qu'elle est effectivement partie à cette convention.

108. La convention sur le génocide est, par nature, un instrument conventionnel de droit international pénal. Cela tient à sa matière même, et n'a pas vraiment à être démontré. Une convention qui a pour objet de définir et de réprimer le génocide en tant que crime de droit international et dont les dispositions sont mises en application par le droit pénal de chaque pays pourrait difficilement se définir autrement. Il faut considérer aussi que, dans une communauté comme la communauté internationale, beaucoup de conventions et autres instruments juridiques internationaux ont une signification humanitaire directe ou indirecte. Cette signification

<sup>174</sup> Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 97, par. 8 (les italiques sont de moi).

<sup>175</sup> Exposé du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sur les exceptions préliminaires, 14 novembre 1995, par. 6.9, p. 65 (les italiques sont de moi).

<sup>176</sup> Exceptions préliminaires de la République fédérative de Yougoslavie, par. B.1.4.10.

est la conséquence logique du fait qu'en dernière analyse la communauté internationale est le genre humain (*genus humanum*) et que, dans un système dont les sujets fondamentaux, les sujets originels, sont des entités abstraites, c'est en définitive l'individu que visent les règles du droit. On ne peut pourtant en conclure que la convention sur le génocide est une convention humanitaire, une convention qui ressortit au droit humanitaire, car ce terme désigne des règles consacrées par les traités et la coutume internationale ayant pour objet de «réduire ou limiter les souffrances des individus et circonscrire le domaine dans lequel est autorisée la sauvagerie des conflits armés»<sup>177</sup> (on rappellera d'ailleurs que le nom complet de la conférence de Genève de 1974-1976 qui a adopté les protocoles I et II était «Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés»).

Si l'on qualifiait d'«humanitaires» les conventions ou les autres instruments juridiques internationaux au vu de leur importance directe ou indirecte pour le statut juridique des individus, on transformerait la plus grande partie du droit international en «droit humanitaire». Ainsi conçu, le «droit humanitaire» engloberait tous les instruments relatifs au statut des minorités, au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, à la répression des actes de terrorisme et, d'une manière générale, toutes les conventions conclues dans le domaine du droit international pénal.

Le terme «convention humanitaire» ou «convention de nature humanitaire» sert apparemment à faire valoir l'importance de la convention dont il s'agit. Pourtant, les qualificatifs de «convention humanitaire» ou de «convention relative aux droits de l'homme», etc., ne renvoient pas, en toute logique, à l'autorité juridique de l'instrument : ils dénotent plutôt le fait que celui-ci appartient à une certaine catégorie, une *species*, de l'appareil du droit international. C'est d'une autre terminologie qu'il faut user pour exprimer l'importance d'une convention, et, dans les circonstances concrètes de notre affaire, dire que la convention sur le génocide est une «convention de portée générale multilatérale d'intérêt universel».

109. L'article 34 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités de 1978 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») dispose notamment ce qui suit :

«1. Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister :

- a) tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé».

La disposition pertinente de l'article cité a été formulée en termes de succession automatique. Elle répond sur le plan théorique à une conception

<sup>177</sup> J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 1989, p. 553.

de la succession universelle inspirée d'une stricte analogie avec la notion d'héritage en droit civil et/ou avec celle de succession légale (substitution + continuation) selon laquelle «[l']Etat successeur en droit international succède aux droits et obligations de son prédécesseur, qui deviennent les siens»<sup>178</sup>.

*In concreto*, la question fondamentale est celle de la qualité de la «succession automatique» prévue à l'article 34 de la convention de 1978: relève-t-elle ou non de la *lex lata*, du droit international positif?

110. Pour répondre à cette question fondamentale, il faut:

- a) évaluer la solution fixée au paragraphe 1 de cet article du point de vue du droit des traités;
- b) l'évaluer aussi du point de vue de la pratique des Etats antérieure à la convention de 1978;
- c) évaluer enfin la pratique des Etats postérieure à l'adoption de la convention en août 1978.

L'article 34 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») fait partie intégrante de la convention et la règle qu'il consacre est une règle de droit conventionnel qui a le même statut que la convention tout entière. L'article 49 de celle-ci («Entrée en vigueur»), dispose:

«1. La présente convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt du quinzième instrument de ratification ou d'adhésion.»

Comme cette condition n'a pas été remplie, la convention ne s'est pas inscrite dans le contexte du droit positif. Par conséquent, la règle fixée au paragraphe 1 de l'article 34 est encore de *lege ferenda*.

Cette règle pourrait évidemment relever de la *lex lata* en dehors du cadre de la convention si elle exprimait le droit coutumier existant. Mérite-t-elle ce qualificatif de règle de droit coutumier?

Dans la conception courante du droit coutumier, à laquelle la Cour a souscrit<sup>179</sup>, la création d'une règle de droit international coutumier dépend de «deux éléments générateurs: 1) la pratique générale des Etats; 2) l'acceptation par les Etats de cette pratique générale en tant que règle de droit»<sup>180</sup>.

L'analyse de la pratique internationale dans le cas où certaines parties

<sup>178</sup> «Der Nachfolger des Völkerrechts aber tritt in Rechte und Pflichten seines Vorgängers so ein, als wären es seine eigenen» (H. M. Huber, *Beiträge zu einer Lehre von der Staatensuccession*, Berlin, 1897, p. 14).

<sup>179</sup> Voir, par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44, par. 77.

<sup>180</sup> G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 1967, p. 32.

d'un Etat se séparent de celui-ci tandis que cet Etat continue d'exister amène à deux grandes conclusions:

a) Sur le plan quantitatif, il est difficile sinon impossible de parler d'une pratique généralisée. Comme le constate objectivement la Commission du droit international dans ses commentaires sur l'article 33 («Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat») et sur l'article 34 («Cas de l'Etat qui subsiste après séparation d'une partie de son territoire») de son projet: «Depuis la création de l'ONU, les cas de séparation aboutissant à la création d'un Etat nouvellement indépendant ... ont été relativement peu nombreux.»<sup>181</sup> La pratique antérieure à cette période ne modifie pas fondamentalement cette conception car «Avant la création de l'ONU, les colonies étaient à tous points de vue considérées comme des territoires de la puissance coloniale» et «certains des précédents habituellement cités ... dans les cas de sécession concernaient la sécession de colonies»<sup>182</sup>. Il serait préférable et plus juste de parler de précédents assez nombreux.

b) Sur le plan qualitatif, ces précédents font apparaître une position identique à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur: les Etats nouveaux n'étaient ni liés par ces traités ni habilités *ipso jure* à assurer la continuité des traités antérieurs à leur propre indépendance. Si l'on considère la période antérieure à la création des Nations Unies,

«[I]a plupart des auteurs considèrent, et cette façon de voir est confirmée par la pratique des Etats, qu'un Etat nouvellement constitué «fait table rase», sauf pour ce qui est des obligations «locales» ou «réelles».<sup>183</sup>

Quant à la pratique de l'ère de l'Organisation des Nations Unies, elle est illustrée par le commentaire de l'article 33 du projet (article 34 de la convention), qui cite les exemples du Pakistan et de Singapour. Le cas du Pakistan est considéré comme un exemple d'application du principe selon lequel, au moment de sa sécession, le nouvel Etat se trouve devant une «table rase», au sens qu'il n'est nullement *obligé* d'accepter le maintien en vigueur des traités conclus par son prédécesseur<sup>184</sup>. Pour ce qui est de Singapour, et malgré l'«accord de dévolution» de 1965, ce pays «a adopté une attitude semblable à celle d'autres Etats nouvellement indépendants», à savoir que: «Tout en se montrant disposée à maintenir en vigueur les traités conclus par la Fédération en vigueur, Singapour considèrerait que le maintien en vigueur relevait du consentement mutuel.»<sup>185</sup>

<sup>181</sup> Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa vingt-sixième session, *Documents de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 102, par. 17.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 101, par. 12.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 45, par. 3.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 102, par. 17.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 103 et suiv., par. 18.

La Commission du droit international a considéré que le cas du Pakistan était «un peu spécial»<sup>186</sup>, sans doute parce qu'il faisait l'objet d'un avis juridique du Secrétariat de l'ONU. Le passage pertinent de cet avis se lit comme suit:

«1. Du point de vue du droit international, on se trouve en présence d'un cas où une partie d'un Etat se détache de lui et devient un nouvel Etat. Sous cet angle, il n'y a pas de changement dans le statut international de l'Inde; elle demeure un Etat, et conserve tous les droits et obligations découlant des traités et, par conséquent, tous les droits et obligations attachés à la qualité de Membre des Nations Unies. Le territoire qui se détache, le Pakistan, sera un nouvel Etat, qui n'aura pas les droits et obligations conventionnels de l'ancien Etat, et qui ne possédera évidemment pas la qualité de membre des Nations Unies.

En droit international, la situation est analogue à ce qui s'est produit quand l'Etat libre d'Irlande s'est séparé de la Grande-Bretagne ou la Belgique des Pays-Bas. Dans ces cas, la partie qui s'est détachée a été considérée comme un nouvel Etat; la partie restante a subsisté comme Etat, avec la totalité des droits et devoirs qu'il avait auparavant.»<sup>187</sup>

Cet avis juridique concerne le problème concret que soulevait la position du Pakistan à l'égard de la Charte des Nations Unies, mais la façon dont il est formulé et l'argumentation qui y est développée montrent bien qu'il expose une position de principe. En tout état de cause, il est manifeste que les Etats l'ont interprété comme étant la position de principe de l'Organisation des Nations Unies sur les rapports entre la partie du territoire d'un Etat qui fait sécession pour devenir un Etat nouveau et les droits et les obligations conventionnels de l'ancien Etat<sup>188</sup>.

111. Il semblerait que la démarche méthodologique retenue par la Commission pour rédiger l'article 34 de la convention consistait à se fonder sur la distinction établie entre deux éléments:

- a) l'obligation du nouvel Etat de continuer de respecter les traités de son prédécesseur dans son territoire après la succession d'Etats;

<sup>186</sup> Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa vingt-sixième session, *Documents de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 102, par. 17.

<sup>187</sup> Avis juridique rendu le 8 août 1947 par le Secrétaire général adjoint chargé des affaires juridiques, approuvé et rendu public par le Secrétaire général dans le communiqué de presse de l'ONU PM/473, 12 août 1947 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 119).

<sup>188</sup> Dans la note verbale de sa mission permanente auprès de l'Organisation des Nations Unies en date du 11 septembre 1963, le Gouvernement afghan, qui affirme que «le Pakistan n'est pas Etat successeur en ce qui concerne le droit conventionnel britannique parce qu'il est un Etat nouveau», trouve précisément un argument dans le fait que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a «dénié le droit de succession» du Pakistan (*Série législative des Nations Unies, documentation concernant la succession d'Etats*, ST/LEG/SER.B/14, 1967, p. 2, par. 3 a) et note 1).

b) le droit du nouvel Etat de se considérer comme partie à ces traités, en son nom propre, après la succession d'Etats<sup>189</sup>.

La Commission s'est explicitement fondée sur cette distinction pour formuler les dispositions de l'article 15 de son projet, lequel est ainsi conçu :

«Un Etat nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait qu'à la date de la succession d'Etats le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats.»

Si la Commission s'est inspirée de la pratique des Etats lorsqu'elle a élaboré les articles 15 et 33 de son projet (futurs articles 16 et 34 de la convention), il faut admettre une parfaite analogie quand on s'interroge sur les conséquences de la succession, d'une part, dans le cas de la création d'un Etat nouvellement indépendant par sécession d'une métropole et, d'autre part, dans le cas de la création d'un Etat par séparation de certaines parties d'un Etat existant. Pendant la période antérieure à la création des Nations Unies, les cas de «sécession» étaient, des cas de «sécession de colonies»<sup>190</sup>. En d'autres termes, la pratique est quasiment uniforme, telle que l'illustrent les cas du Pakistan et de Singapour, les seuls cités dans le commentaire de l'article 33 du projet comme exemplaires de la pratique de la période postérieure à la création des Nations Unies, caractérisée par la règle de la «table rase».

Faisant ainsi la distinction entre les conséquences de la succession dans le cas d'un Etat nouvellement indépendant dont le territoire était un territoire dépendant juste avant la date de la sécession, et le cas d'un Etat nouveau formé par séparation d'une partie d'un Etat existant, et prévoyant des règles différentes pour l'un et l'autre — la «table rase» pour le premier et la «continuité automatique» pour le second — la convention sortait assurément du domaine de la codification de la pratique existante pour entrer dans celui du développement progressif du droit.

La disposition relative à la «continuité automatique» serait difficile à justifier dans une convention sur la succession, même dans l'hypothèse où les nouveaux Etats, adoptant la logique qui les autoriserait à se considérer en leur nom propre comme parties aux traités après la succession, auraient uniformément accepté les droits et les obligations découlant des traités de l'Etat prédécesseur.

Le simple fait que nous traitions du *droit* du nouvel Etat «de se considérer comme partie aux traités *en son nom propre*» (les italiques sont de moi), droit rendu opératoire selon les règles du droit des traités fondées

<sup>189</sup> Voir le commentaire de l'article 15 («Position à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur») du projet d'articles, *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, session de 1977 et reprise de la session en 1978*, vol. III, p. 45, par. 2.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 101, par. 12.

sur le principe essentiel du consentement, ce simple fait donc, exclut de la logique de la codification de la pratique existante le cas de figure de la «continuité automatique», qui, par son sens même, ne peut être qu'une obligation. Ce dont on pourrait débattre, puisqu'il s'agit d'un droit ou d'une faculté, c'est le point de savoir si ce droit ou cette faculté, au regard de la pratique, est ordinaire ou impératif (relevant du *jus cogens*). Qu'un droit soit exercé de manière constante ne suffit pas à le transformer en obligation. Par analogie, si la grande majorité des États, se prévalant de l'autorisation qui leur en est donnée à l'article 33 de la convention sur le droit de la mer de 1982, devait proclamer une zone contiguë, cela ne signifierait pas que la création d'une zone contiguë serait obligatoire. Cette pratique aurait pour conséquence d'instituer une coutume quant au droit à une zone économique exclusive, ou *in concreto* une règle coutumière relative au droit de l'État successeur «à se considérer partie, en son nom propre, aux traités auxquels était partie l'État prédécesseur».

On peut donc souscrire sans difficulté à ce que dit l'expert consultant de la conférence, sir Francis Vallat :

«La règle [de l'article 2 — «Succession d'États en cas de séparation de parties d'un État»] ne se fonde pas sur une pratique bien établie ni sur des précédents; elle relève du développement progressif du droit international plutôt que de sa codification.»<sup>191</sup>

On a fait remarquer, à propos de l'article 34 de la convention que

«la Commission du droit international a abandonné le principe de la «table rase» pour mettre à sa place la règle de la continuité. Ce faisant, elle ne pouvait ignorer qu'elle faisait davantage que traduire l'état courant du droit et qu'elle en proposait un développement progressif. Car la règle de la «table rase» faisait partie du droit international général et devait y rester indépendamment de la solution adoptée dans la convention.»<sup>192</sup>

Que des conventions créent du droit multilatéral n'est pas du tout singulier :

«La succession en ce qui concerne les traités-lois multilatéraux, après séparation ou sécession, est un droit, ce n'est pas une obligation. Ces conventions constituent un corps de règles de droit international. Elles ne créent pas de droits subjectifs pour les États considérés individuellement. En cas de succession, il n'y a pas de droits acquis d'une tierce partie qu'il faudrait protéger en rendant l'État

<sup>191</sup> Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la commission plénière, 48<sup>e</sup> séance, 8 août 1978, p. 109, par. 10.

<sup>192</sup> Ritter, *The UN Conference on Succession in respect of Treaties, Vienna, 31 July-23 August 1978*, p. 52-55.

successeur responsable du respect de ce droit. Il n'y a pas changement automatique d'attribution. Autrement dit, il n'y a pas de succession automatique.»<sup>193</sup>

Enfin, il n'est pas inutile de se pencher sur la pratique des Etats après l'adoption, le 22 août 1978, de la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, ouverte à la signature le 28 février 1979. L'article 46 («Signature») de la septième partie se lit comme suit :

«La présente convention sera ouverte à la signature de tous les Etats de la manière suivante: jusqu'au 28 février 1979, au ministère fédéral des affaires étrangères de la République d'Autriche et ensuite, jusqu'au 31 août 1979, au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York.»

Il serait difficile, même avec le plus grand optimisme, de juger satisfaisante l'attitude des Etats à l'égard de la convention. Dans la vingtaine d'années, ou presque, qui s'est écoulée depuis qu'elle a été ouverte à ratification et à adhésion, treize Etats seulement ont déposé leurs instruments de ratification, d'adhésion ou de succession, et le seuil de quinze instruments, à l'évidence modeste, à partir duquel elle entre en vigueur n'a pas encore été atteint. Qu'on le veuille ou non, cela témoigne de ce que les Etats pensent de la convention, même si le simple nombre des ratifications ou des adhésions n'établit pas de façon concluante le degré d'acceptation des règles que contient un texte non entré en vigueur. La pratique des Etats apparus depuis 1993 montre de manière probante que la succession automatique n'est pas reconnue comme règle positive (voir «Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général — Etat au 31 décembre 1993»).

112. Il découle de ce qui précède que la règle de la succession automatique en matière de traités multilatéraux — *de lege ferenda* dans l'état actuel des choses — n'est pas reçue par le droit international positif. Cela ne signifie pas pour autant qu'un nouvel Etat entame sa vie au sein de la communauté internationale *tabula rasa*, comme un nouveau-né engendré dans un néant juridique, privé de tout droit ou de toute obligation conventionnels. Si tel était le cas, il y aurait contradiction avec la notion même de communauté internationale organisée *de jure*, notion qui exclut l'idée de reconnaître ou de tolérer l'existence de quelque entité que ce soit qui ne serait pas directement ou indirectement sujet de droit.

De surcroît, les droits et les obligations issus de traités sont soumis à la distinction établie dans le *dictum* bien connu de la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* :

«Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son

<sup>193</sup> K. Zemanek, "State Succession after Decolonization", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 116, 1965, p. 233.

ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat ... par leur nature même, les premières concernent tous les Etats.»<sup>194</sup>

(Le droit international moderne ne reprend pas la position classique selon laquelle seule la coutume, source formelle de droit, peut à l'origine constituer une norme de droit international général, alors qu'une règle née par voie de traité représente *par définition* une norme particulière à laquelle le passage du temps peut éventuellement donner le statut de règle de droit international général en la rendant coutumière. Position utile lorsque la communauté internationale était embryonnaire, peu développée, et qu'il fallait bien trouver une solution pour combler les vastes lacunes que présentait le droit positif. Position aujourd'hui indéfendable, tant en théorie que du point de vue du droit positif.)

Théoriquement, s'il est juste de considérer que le caractère obligatoire du droit international général trouve son fondement dans «la volonté de la communauté internationale dans son ensemble», la coutume générale et les traités multilatéraux de grande portée ne sont que la façon dont cette volonté s'exprime concrètement. La qualité juridique des rapports entre cette coutume et ces traités est déterminée par la capacité qu'ont l'un et l'autre moyen d'exprimer cette volonté. Toute autre façon de voir introduit une distinction implicite dans les fondements du caractère obligatoire du droit international, car il est évident que ni la coutume générale ni les grands traités multilatéraux n'exigent l'unanimité, le consentement de tous les Etats. Il s'ensuit qu'attribuer à la coutume un rôle exclusif dans la création du droit international général est une sorte de plaisanterie métaphysique (Lauterpacht parle du phénomène mystérieux concernant le droit international coutumier, qui est censé être une source de droit à la condition d'être conforme au droit («Souveraineté sur les zones sous-marines», *British Year Book of International Law*, 1950, vol. 27, p. 394); il se demande aussi «pourquoi la coutume est obligatoire. La réponse, au-delà de laquelle le droit ne permet pas d'aller, est que c'est la communauté internationale qui veut que le droit international, sous ses diverses manifestations, ait le pouvoir de s'imposer» (H. Lauterpacht, *International Law, Collected Papers*, 1, *General Works*, 1970, p. 58).

Sur le plan du droit positif, la capacité qu'ont les traités multilatéraux de portée générale de créer des normes de *ius cogens superveniens* a été fixée par la convention sur le droit des traités. Le commentaire de l'article 50 du projet de convention (qui sera l'article 53 du texte final) dit notamment: «une modification d'une règle impérative s'effectuera très probablement par voie de traité multilatéral général» (*Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 270, par. 4). Si un traité multilatéral général est capable de créer une norme de *ius cogens*, forme la plus accomplie du droit international, il est à fortiori, capable d'engendrer une norme du droit international général.)

<sup>194</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 32.

Les traités multilatéraux généraux adoptés dans l'intérêt de la communauté internationale, qui sont la concrétisation de la volonté de l'ensemble de cette communauté, valent *erga omnes*, indépendamment de tout assentiment contractuel. La convention sur le génocide en est un exemple. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, en prenant pour point de départ le fait que le génocide se qualifie comme «le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers» qui est contraire à la fois à la morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies»: «les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel»<sup>195</sup>.

Ainsi, les principes sur lesquels s'appuie la convention sur le génocide font partie du *corpus juris cogentis*. Tout Etat nouveau est a priori soumis à ces principes, dans lesquels s'exprime l'intérêt universel de la communauté internationale tout entière<sup>196</sup>.

113. L'avis de la Cour que je viens de citer soulève une question d'importance fondamentale dans le cas qui nous occupe, celle des rapports entre les principes qui sous-tendent la convention sur le génocide et les dispositions de celle-ci. Cette question a deux aspects, un aspect quantitatif et un aspect qualitatif. L'aspect quantitatif tient aux rapports entre les principes sur lesquels se fondent la convention et les dispositions de celle-ci: ces principes s'appliquent-ils à la convention dans son ensemble? A mon avis, on ne peut répondre que par la négative. Les principes fondamentaux du droit international qui sous-tendent la convention sur le génocide n'apparaissent que dans le corps du texte, dans les clauses définissant son objet et ses fins. Les dispositions transitoires et les dispositions finales, auxquelles il faudrait ajouter les dispositions de procédure concernant le règlement des différends, ne sont pas de celles dont on peut dire qu'elles explicitent l'esprit et la lettre des normes fondamentales du droit international. Cela se voit non seulement dans le fait qu'il est possible de faire des réserves sur ces dispositions, mais aussi dans le mécanisme de dénonciation prévu à l'article XIV de la convention.

Pour ce qui est de l'aspect qualitatif, les rapports entre «les principes qui sous-tendent la convention» et les dispositions de fond de celle-ci

<sup>195</sup> C.I.J. Recueil 1951, p. 23 (les italiques sont de moi).

<sup>196</sup> On peut conclure que c'est en considération de cette qualité que l'ancien Secrétaire général, Dag Hammarskjöld, avait insisté auprès des autorités du Congo, pendant les opérations de l'Organisation des Nations Unies dans ce pays, pour que les principes de la convention s'imposent même à un Etat nouveau comme le Congo et soient respectés par les autorités politiques subalternes à l'intérieur de l'Etat congolais (rapport annuel du Secrétaire général 1960-1961, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, seizième session, supplément n° 1*, p. 10; Waldock, «General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 106, 1962, p. 228).

permettent de déterminer si l'effet juridique des premiers s'étend aux deuxièmes. Les dispositions de fond de la convention sont l'expression normative des «principes qui sous-tendent la convention», la résolution d'un impératif catégorique général — inapplicable à toutes fins pratiques — en une série d'impératifs catégoriques particuliers et concrets, qui sont les diverses dispositions de la convention.

Cela revient à dire que les dispositions de fond de la convention sur le génocide, expression concrète des principes qui la sous-tendent, ont une valeur interprétative, à telle enseigne qu'elles participent de la force obligatoire qu'ont les principes eux-mêmes.

Si tel n'était pas le cas, ces principes de grande valeur «reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats», resteraient éthérés, comme le cénotaphe des bonnes intentions à jamais inaccomplies.

Si les dispositions de la convention sur le génocide n'étaient pas l'expression concrète des principes qui sous-tendent celle-ci, la communauté internationale devrait faire face à des obstacles juridiques insurmontables dans la poursuite de son intention d'éliminer le crime de génocide. Par exemple, les Etats non parties à la convention ne seraient pas liés par les dispositions de celle-ci qui définissent le génocide, ni tenus de l'obligation de prévenir et de réprimer ce crime.

114. En d'autres termes, la Bosnie-Herzégovine, Etat nouveau, est liée à priori par les dispositions fondamentales de la convention sur le génocide même en dehors de tout lien conventionnel. En adhérant formellement à la convention sur le génocide, la Bosnie-Herzégovine ne ferait, à l'égard des dispositions de fond de la convention, que confirmer par voie contractuelle des obligations auxquelles elle serait au demeurant tenue *volens nolens*, puisque ce sont des obligations qui n'obéissent pas au libre arbitre des Etats.

Les effets juridiques de l'adhésion à la convention sont essentiellement ceux d'une soumission aux règles de celle-ci qui ne sont pas d'ordre impératif, c'est-à-dire aux règles de procédure que fixent par exemple les articles VIII, IX, XIV, XV et XVI.

115. La «succession automatique» et la «notification de succession» s'excluent mutuellement. La succession automatique aurait pour effet de transférer automatiquement, *ipso jure*, les droits et les devoirs conventionnels de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur. La succession ne serait donc pas le résultat d'un acte de volonté de l'Etat successeur, mais l'effet d'une règle de droit international prévoyant le transfert des droits et des devoirs conventionnels en conséquence de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire. La «notification de succession» ne se justifie sur le plan de la logique et sur le plan du droit que si le transfert des droits et des devoirs conventionnels, ou les modalités de ce transfert, sont subordonnés à la volonté de l'Etat successeur, puisqu'elle se définit comme «une notification, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat successeur, *expri-*

*mant le consentement de cet Etat à être considéré comme lié par le traité*»<sup>197</sup>. En d'autres termes, les dispositions de fond s'appliquent dans les cas où l'Etat successeur n'est pas tenu par le droit international objectif de continuer de respecter les traités des Etats qui l'ont précédé sur son territoire, mais où il a le droit, selon la règle, de se considérer comme partie aux traités en son nom propre.

116. De ce point de vue, la question qui se pose est celle de savoir si la «notification de succession» est, par elle-même, l'expression en bonne et due forme de la volonté d'être lié par un traité. Elle est légitime à un double titre:

- i) à cause du lien qui existe entre les règles de succession en matière de traités internationaux et celles du droit des traités,
- ii) à cause de la signification de l'instrument de «notification de succession».

Il est tout naturel que la succession d'Etats en matière de traités ait les liens les plus étroits avec le droit des traités lui-même et qu'on puisse la considérer comme réglant certains aspects de la conclusion et de l'exécution des traités et de la participation à ceux-ci.

Humphrey Waldock, rapporteur spécial, décrit ces liens en ces termes:

«la 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 ... 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.»<sup>198</sup>

Ou, comme le dit encore O'Connell:

«L'effet qu'a sur les traités le changement de souveraineté n'est pas la manifestation de quelque principe général ni de quelque règle de la succession d'Etats; il ressortit plutôt au droit des traités et à leur interprétation.»<sup>199</sup>

La définition de la «notification de succession» qui est donnée au paragraphe g) de l'article 2 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités et la pratique suivie par les Etats dans ce domaine font sérieusement douter du fait qu'une «notification de succession» soit, en tant qu'instrument, un moyen de consentir à être lié par un traité.

La convention sur le droit des traités de 1969 précise dans son article 11 («Moyens d'expression du consentement à être lié par un traité»):

«Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un

<sup>197</sup> Paragraphe g) de l'article 2 de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités (les italiques sont de moi).

<sup>198</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 135, par. 52.

<sup>199</sup> D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.

traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.»

La façon dont l'article 11 est formulé n'exclut pas la *possibilité* que la notification de succession soit pour l'Etat un moyen d'exprimer son consentement à être lié par un traité. La réalisation de cette possibilité suppose cependant l'accord des parties car, selon le droit des traités tel que l'illustre l'article 11 de la convention, la «notification de succession» est indubitablement un «*autre moyen*» d'exprimer son consentement à être lié par un traité, subordonné cependant à la condition qu'exprime le qualificatif «convenu». De ce point de vue, «*la notification de succession*», en tant qu'acte unilatéral de l'Etat, constitue la base d'un accord accessoire en forme simplifiée entre le nouvel Etat et chacune des parties aux traités qui liaient l'Etat prédécesseur. Ainsi donc, la «notification de succession» représente en fait un mode abstrait, générique, de la volonté du nouvel Etat d'être lié par les traités signés par l'Etat prédécesseur, une forme de consentement qui répond, dans chaque cas particulier, à la règle générale du droit des traités sur la manifestation de la volonté que fixe l'article 11 de la convention et aux modalités que prescrivent les dispositions pertinentes du traité considéré.

On peut imaginer une exception à la règle générale qui veut que le consentement de l'Etat successeur à être lié par un traité s'exprime *ad casum* en conformité avec l'article 11 de la convention sur le droit des traités: à savoir l'hypothèse où, en dehors et indépendamment de la convention, il existerait une règle généralement acceptée qui ferait de la «notification de succession» un moyen particulier de lier les nouveaux Etats par un traité. L'article 73 de la convention fournit d'ailleurs les motifs qui justifient une telle interprétation: «Les dispositions de la présente convention ne préjugent aucune question qui pourrait apparaître se poser à propos d'un traité du fait d'une succession d'Etats...»

Rien n'indique vraiment qu'une telle règle existe. La convention sur le droit des traités, qui est par nature la résultante de la codification et du développement progressif du droit, ne prévoit rien en son article 11, relatif aux modes d'expression du consentement à être lié par un traité, qui ferait de la «notification de succession» l'un de ces modes d'expression. Cela est d'autant plus frappant que cet article 11 repose sur la simplification des modalités de l'expression du consentement. Etat de chose qui s'explique à mon avis par le fait que des questions fondamentales restent à résoudre dans le domaine de la succession d'Etats en matière de traités.

Le terme «notification de succession» ne peut avoir que deux sens fondamentaux:

- a) soit il désigne l'acte de confirmation du fait que le nouvel Etat est lié par traité et, en tel cas, la «notification» n'a qu'un effet déclaratoire;
- b) soit il désigne un instrument, quel qu'en soit le libellé et quelle qu'en soit la désignation, dans lequel s'exprime le consentement de l'Etat successeur à être lié par un traité.

Au sens *a)*, la règle fondamentale de la succession d'Etats en matière de traités est celle de la succession automatique: les droits et les devoirs qui découlent des traités sont *ipso jure* transférés de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur par le fait même du changement territorial. Dans ce cas, la «notification de succession» n'est pas fondamentalement indispensable. Elle ne fait qu'annoncer s'il y a un changement de territoire et qu'en conséquence la règle du transfert automatique des droits et des devoirs découlant des traités a pris effet.

Au sens *b)*, la «notification de succession» est un moyen d'exprimer le consentement à être lié par un traité. Comme la succession n'est pas et ne peut être un moyen indépendant d'exprimer la volonté d'être lié par un traité, sauf dans l'hypothèse de la succession automatique, le terme «notification de succession» n'a qu'une valeur descriptive, ce n'est qu'une rubrique couvrant les diverses voies par lesquelles un Etat nouveau peut faire reconnaître son consentement à être lié par un traité.

La pratique de la succession en matière de traités concerne surtout l'accession d'anciennes colonies à l'indépendance par rapport à leur métropole. Elle se caractérise par sa diversité et par l'absence de règles claires et précises. Si l'on peut discerner une tendance plus marquée que les autres, c'est qu'«un grand nombre de nouveaux Etats se répartissent en diverses catégories correspondant à des solutions «au choix»<sup>200</sup>, tendance proche de la «table rase». Pourtant, qu'ils aient accepté la formule Nyerere et fixé une période déterminée pour reconsidérer les traités, période qui expirerait automatiquement si elle n'était pas mise à profit par le nouvel Etat avant son échéance, ou qu'ils aient accepté la formule zambienne, qui postule la continuité d'application de beaucoup de traités antérieurs à l'indépendance mais ne limite pas les délais dans lesquels les traités doivent être déclarés caducs ou adoptés en pratique s'ils paraissent convenir, les nouveaux Etats ont souscrit aux traités en adressant les notifications voulues à leur dépositaire. Leur position à l'égard de tel ou tel traité s'est exprimée par «acceptation», «accession», etc.<sup>201</sup> Il n'y a pas beaucoup d'exemples d'un Etat successeur acceptant un traité par la voie d'un instrument que l'on pourrait appeler «notification de succession». Le terme «notification de succession» est plutôt une expression synthétique, collective, désignant les diverses modalités par lesquelles les nouveaux Etats se lient aux traités signés par l'Etat prédécesseur. La notion s'est essentiellement développée dans la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire des traités multilatéraux. Elle suppose l'existence d'une règle de droit international général prévoyant la dévolution à l'Etat successeur des droits et des devoirs découlant des traités multilatéraux auxquels l'Etat prédécesseur était partie, ce qui ne correspond pas à la réalité des choses, puisque:

<sup>200</sup> Kearney, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, p. 140.

<sup>201</sup> Voir *Série législative des Nations Unies*, documentation concernant la succession d'Etats, ST/LEG/SER.B/14, 1967, p. 42, par. 11, p. 181 et 224-229.

«Malgré certaines preuves qui attestent du contraire mais qui émanent surtout de sources plutôt diplomatiques que juridiques, on peut soutenir que le principe général est que les Etats nouvellement créés qui ne sont pas le résultat d'un démembrement politique, et dont on ne peut dire objectivement qu'ils assurent la continuité politique d'un prédécesseur quelconque, naissent vierges de toute obligation conventionnelle, sauf les obligations qu'ils auraient contractées en échange de la reconnaissance de leur qualité d'Etat ou pour toute autre raison et sauf les obligations purement locales ou «réelles» de l'Etat qui exerçait antérieurement la souveraineté sur le territoire du nouvel Etat.»<sup>202</sup>

La pratique des nouveaux Etats après l'adoption de la convention sur la succession d'Etats en matière de traités n'est peut-être pas homogène, mais elle ne s'oriente pas du tout vers le choix de la «notification de succession» comme moyen spécial d'acceptation des traités conclus par l'Etat prédécesseur.

117. L'article XI de la convention sur le génocide est ainsi conçu :

«La présente convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet.

La présente convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée.

Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.»

Cet article signifie incontestablement que la ratification et l'adhésion sont les moyens par lesquels les Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par la convention sur le génocide. Dans sa notification de succession du 29 décembre 1992, la Bosnie-Herzégovine déclare ce qui suit :

«Le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, ayant examiné la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, à laquelle l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie était partie, *souhaite être le successeur de cette dernière* et s'engage à respecter et exécuter scrupuleusement toutes les clauses figurant dans ladite convention,

<sup>202</sup> McNair, *Law of Treaties*, 1961, p. 601.

avec effet à compter du 6 mars 1992, date à laquelle la Bosnie-Herzégovine est devenue indépendante.» (Les italiques sont de moi.)

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, agissant en sa qualité de dépositaire, a fait la communication suivante :

«Le 29 décembre 1992, la *notification de succession* du Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine à la convention [sur le génocide] a été déposée auprès du Secrétaire général, avec effet au 6 mars 1992, date à laquelle la Bosnie-Herzégovine a assumé la responsabilité de ses relations internationales.»<sup>203</sup>

Le 15 juin 1993 le Secrétaire général a reçu du Gouvernement yougoslave la communication suivante :

«Considérant que la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international, le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie déclare par la présente qu'il ne considère pas que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine est partie à [ladite convention] et qu'il considère que la prétendue République de Bosnie-Herzégovine est tenue de l'obligation de respecter les règles de prévention et de répression du crime de génocide conformément au droit international général, indépendamment de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide.»

118. On peut à mon avis tirer de ces considérations générales et de celles qui portent directement sur la «notification de succession» de la Bosnie-Herzégovine, les conclusions suivantes :

La «notification de succession» de la Bosnie-Herzégovine n'est pas entièrement conforme à la pratique des Etats telle qu'elle est consacrée dans la convention sur la succession d'Etats en matière de traités. Pour être plus précis, le mécanisme de la «notification de succession» s'est développé dans le contexte spécial de la décolonisation.

(L'expression elle-même est assez imprécise. Dans la pratique des Nations Unies, ces notifications sont appelées «déclarations» (voir l'introduction au document «Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général — Etat au 31 décembre 1991», note 4, cité par la Cour au paragraphe 6 de son ordonnance du 8 avril 1993). La «notification» d'un acte est une manière assez floue de qualifier la pratique des Etats, qui consiste en une «note» — sans le complément «de succession» (voir *Série législative des Nations Unies* — Documentation concernant la succession d'Etats, ST/LEG/SER.B/14, 1967,

<sup>203</sup> Communication du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en date du 18 mars 1993, C.N.451.1992. *Treaties-5 (Depositary Notification)*, sous le titre «Succession by Bosnia and Herzegovina» (les italiques sont de moi).

p. 225-228) — dans laquelle ils se déclarent liés de manière continue par les traités multilatéraux conclus en leur nom par l'Etat dont ils sont issus avant leur propre accession à la pleine souveraineté, ou sous le couvert de laquelle ils déposent leur instrument d'adhésion aux traités en question, cette adhésion prenant effet à la date du dépôt de cet instrument. Il vaudrait donc mieux parler d'une «déclaration d'acceptation d'un traité». De surcroît, les «notes» dont on vient de parler représentent en règle générale une façon d'accomplir les obligations conventionnelles découlant des «accords de dévolution».)

La convention sur le génocide ne prévoit pas la «notification de succession» parmi les moyens d'exprimer un consentement. Ainsi, dans le cas concret qui nous occupe, il faudrait qu'il y ait accord entre la Bosnie-Herzégovine et chacune des parties à la convention quant à la recevabilité d'une «notification de succession» pour que ce consentement soit exprimé<sup>204</sup>. La Yougoslavie, partie à la convention, a fait une réserve dans laquelle elle a déclaré qu'elle ne considérait pas «la prétendue République de Bosnie-Herzégovine comme partie [à ladite convention]» parce que «la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international». En faisant cette réserve, la Yougoslavie a contesté le statut d'Etat successeur de la Bosnie-Herzégovine parce que «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité...» n'est qu'un aspect, l'aspect factuel, de la succession ou, pour être plus précis, n'est qu'un changement territorial qui fait naître la question juridique de la succession. D'où l'on conclut qu'il n'y a eu aucun accord accessoire entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie et que la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine n'a pas, à l'égard de la Yougoslavie, l'effet juridique d'un consentement à être lié par la convention sur le génocide. Cela rejoint une observation présentée par Tabibi à la 966<sup>e</sup> séance de la Commission du droit international: «Il ne peut y avoir de succession en matière de traités en l'absence d'une disposition expresse du traité lui-même ou sans le consentement exprès de l'autre partie.»<sup>205</sup>

119. La Cour adopte implicitement le point de vue selon lequel la convention est devenue applicable entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sur la base des accords de Dayton. C'est ce qui découle de son affirmation :

«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-

<sup>204</sup> «En l'absence de dispositions fixant des conditions particulières de succession ou restreignant autrement le mécanisme de la succession, le Secrétaire général s'inspire des clauses d'acceptation des traités et des principes généraux qui régissent la participation des Etats.» («Précis de la pratique du Secrétaire général dépositaire de traités multilatéraux», ST/LEG.8, p. 89, par. 297.)

<sup>205</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1968, vol. I, p. 136, par. 64.

Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *ratione personae*» (arrêt, par. 26).

Cette interprétation est à mon avis indéfendable.

La Yougoslavie a soutenu que «la convention sur le génocide est applicable entre les Parties au présent litige à compter de la signature des accords de Dayton de 1995» et que «ce n'est que dans ces accords de Dayton (notamment l'annexe 6...) que les Parties au présent litige ont admis l'applicabilité de la convention sur le génocide»<sup>206</sup>. En fait, sans acte de reconnaissance, le lien contractuel entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie ne pouvait être établi en ce qui concerne la convention sur le génocide. Cet acte de reconnaissance réciproque est une condition préalable générale à l'instauration entre deux Etats d'un lien contractuel bilatéral, puisqu'un rapport contractuel entre Etats est une relation *intuitu personae*.

La Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine se sont reconnues l'une et l'autre réciproquement aux termes de l'article X de l'accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine<sup>207</sup>. Cet article X dispose notamment :

«La République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine se reconnaissent l'une l'autre comme Etats indépendants souverains à l'intérieur de leurs frontières internationales.»

Dans des circonstances normales, la reconnaissance mutuelle a en elle-même pour effet d'établir un *nexus* contractuel dans le contexte d'un accord multilatéral entre des pays qui se reconnaissent l'un l'autre, entre l'Etat qui reconnaît et l'Etat qui est reconnu. En général, le premier fait des réserves sur la participation de l'autre quand il ne reconnaît pas pour éviter que ne s'institue tacitement entre eux un accord accessoire qui constituerait en lui-même une reconnaissance *de facto*.

Mais les circonstances de l'affaire ne peuvent être qualifiées de normales. Dans la notification qu'elle a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 15 juin 1993, la Yougoslavie a souligné qu'elle «ne considérait pas la prétendue Bosnie-Herzégovine comme étant partie à [la] convention [sur le génocide]» car, à son avis,

«la substitution de souveraineté sur la partie du territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui constituait antérieurement la République de Bosnie-Herzégovine s'est effectuée en violation des règles du droit international.»

En d'autres termes, la Yougoslavie conteste par cette notification la légitimité de la naissance de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat. On pourrait dire bien entendu qu'en règle générale un acte de reconnaissance

<sup>206</sup> CR 96/6, p. 23.

<sup>207</sup> Doc. A/50/790, S/1995/999, 30 novembre 1995, p. 4.

remède au vice de la naissance d'un Etat. C'est l'essence même de la reconnaissance d'un Etat nouveau: «Reconnaître la qualité d'Etat à une communauté politique c'est déclarer qu'elle répond aux conditions qui définissent la qualité d'Etat en droit international.»<sup>208</sup> La présente affaire pourrait être considérée comme faisant exception à cette règle générale, et ce pour deux raisons fondamentales:

*Primo*, la Yougoslavie n'a cessé de soutenir, même après la signature des accords de Dayton, que la Bosnie-Herzégovine avait été instituée de manière illégale, ce qu'atteste de manière patente et incontestable la troisième exception préliminaire. Le fait que la Yougoslavie ait renoncé, au cours de la procédure, à soulever sa quatrième exception, dans laquelle elle alléguait l'inexistence de fait de la Bosnie-Herzégovine dans les limites administratives de l'ancienne entité fédérale, tout en continuant d'affirmer que la Bosnie-Herzégovine s'était constituée *contra legem*, amène à conclure que la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine par la Yougoslavie dans les accords de Dayton n'avait d'autre but que de reconnaître

«en tant que fait ... l'indépendance de l'entité prétendant être un Etat et ... de faire connaître la volonté de l'Etat accordant sa reconnaissance d'accepter les conséquences normales de ce fait, à savoir les égards d'usage dans les relations internationales»<sup>209</sup>,

sans que la Yougoslavie renonce pour autant à sa position sur l'illégalité de la constitution de la Bosnie-Herzégovine en Etat indépendant.

*Secundo*, dans sa troisième exception préliminaire, la Yougoslavie a notamment soutenu que le principe de «l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes» était une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Si la valeur de cet argument pouvait être établie, la reconnaissance, même conçue et réalisée comme un acte de validation à posteriori, serait sans effet juridique, puisqu'on ne peut déroger par convention *inter se* aux normes de *jus cogens*, qui sont des impératifs absolus et inconditionnels.

Hormis le domaine de la reconnaissance, les accords de Dayton ne disent rien des relations entre la République fédérative de Yougoslavie et la République de Bosnie-Herzégovine en tant que parties à la convention sur le génocide. L'allégation selon laquelle «dans [les] accords ... (notamment l'annexe 6...) ... les Parties au présent litige ont admis l'applicabilité de la convention sur le génocide»<sup>210</sup> ne s'appuie sur rien dans le texte des accords.

L'annexe 6 des accords de Dayton, ici invoquée comme base de l'applicabilité de la convention sur le génocide, contient en fait un «accord relatif aux droits de l'homme» auquel sont parties la République de Bosnie-

<sup>208</sup> H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 6.

<sup>209</sup> L. Brierly, *The Law of Nations*, 1963, p. 138.

<sup>210</sup> CR 96/6, p. 24.

Herzégovine, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska. Le seul rapport qu'il y a entre cette annexe 6 et la Yougoslavie est que celle-ci, comme la République de Croatie et la République de Bosnie-Herzégovine, s'est engagée aux termes de l'article VII de l'accord-cadre général, à

«appliqu[er] entièrement les dispositions relatives aux droits de l'homme énoncées au titre premier de l'annexe 6, ainsi que les dispositions relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées énoncées au titre premier de l'annexe 7».

Le titre premier de l'accord relatif aux droits de l'homme énumère des libertés et des droits personnels et politiques essentiellement classiques que les «parties [la République de Bosnie-Herzégovine, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska] garantissent à toutes les personnes placées sous leur juridiction» (article premier de l'accord). L'article VII de l'accord-cadre est la confirmation contractuelle, formulée en termes généraux, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux énumérés à l'article premier de l'accord relatif aux droits de l'homme, que les parties à cet accord-cadre sont tenues de respecter parce qu'elles sont parties aux instruments qui consacrent ces droits, et parce qu'il s'agit dans certains cas de principes impératifs qui s'imposent d'eux-mêmes. Ainsi donc, l'objet de l'article VII de l'accord-cadre relève de la logique politique, dont la prémisse est la nécessité de faire participer des sujets qui ne se trouvent pas en Bosnie-Herzégovine à l'exécution des accords de Dayton, plutôt qu'il ne vise à imposer des obligations concrètes à l'égard des droits énumérés au titre premier de l'accord relatif aux droits de l'homme.

Je dirai en d'autres termes que la reconnaissance, condition préalable générale à la création du *nexus* contractuel bilatéral, n'est pas suffisante dans ce cas précis pour me faire admettre que la convention sur le génocide s'applique aux relations entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine. Les circonstances de l'affaire m'amènent à conclure qu'il faudrait aussi pour cela que soit satisfaite une condition qualificative, celle de l'inexistence de la notification adressée par la Yougoslavie au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le 15 juin 1993. Par son contenu, cette notification est en effet une réserve que fait la Yougoslavie pour empêcher que ne s'établisse le *nexus* dont je parlais, et ce en l'absence de la quatrième exception préliminaire relative à la légalité de la création de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'Etat. La reconnaissance mutuelle formalisée par l'article VII de l'accord-cadre peut donc être qualifiée de reconnaissance de la création de la Bosnie-Herzégovine au sens factuel du terme, assortie cependant d'une réserve quant à la légalité de cette création. Pour ce qui est de la réalisation de la condition qualificative des relations entre la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine, la disposition qui figure *in fine* à l'article X de l'accord est ici pertinente: «Les autres aspects de leur reconnaissance réciproque feront l'objet de nouveaux pourparlers.»

## SEPTIÈME EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

120. La position de la Cour quant à sa compétence *ratione temporis* se trouve résumée dans le passage suivant du paragraphe 34 de l'arrêt :

« 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 ... 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. »

Pour ce qui est de la compétence *ratione temporis* de la Cour, la situation est à mes yeux fort claire, au regard de la règle de droit international général consacrée au paragraphe 3 de l'article 24 (« Entrée en vigueur ») de la convention sur le droit des traités :

« Lorsque le consentement d'un Etat à être lié par un traité est établi à une date postérieure à l'entrée en vigueur dudit traité, celui-ci, à moins qu'il n'en dispose autrement, entre en vigueur à l'égard de cet Etat à cette date. »

L'article IX de la convention sur le génocide est une disposition de procédure et, faisant partie intégrante de la convention, partage le sort de celle-ci ou, pour être plus précis, le sort de ses dispositions contractuelles. Par conséquent, si la convention n'a pas d'effet rétroactif — elle n'en a pas, cela va sans dire —, l'article IX n'a pas non plus d'effet rétroactif. Ainsi, en vertu du principe général de non-rétroactivité, la convention ne s'applique qu'aux événements et aux situations qui se sont produits après qu'elle est entrée en vigueur à l'égard de la Bosnie-Herzégovine ou, dans les circonstances de la présente affaire, après qu'elle est devenue applicable entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie.

L'analogie que la Cour a établie entre la présente affaire et celle des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (arrêt, par. 26) ne me semble pas convaincante. S'il y a une analogie, c'est plutôt avec l'affaire *Ambatielos* :

« Accepter cette théorie serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulières appelant une interprétation rétroactive. Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ni de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doive être considérée comme ayant été en vigueur à une date antérieure. »<sup>211</sup>

<sup>211</sup> *Ambatielos, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 40* (les italiques sont de moi).

Car, comme il est dit sans ambiguïté dans le commentaire relatif à l'article 24 de la convention sur le droit des traités:

*«lorsqu'une clause juridictionnelle se trouve incluse dans les clauses de fond d'un traité, dont elle a pour objet de garantir l'exécution, le principe de la non-rétroactivité peut avoir pour effet de limiter ratione temporis l'application de la clause juridictionnelle. Ainsi, dans de nombreuses affaires relevant de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Commission européenne des droits de l'homme s'est déclarée incompétente pour connaître des requêtes concernant de prétendues violations des droits de l'homme qui auraient été commises avant que la convention n'entre en vigueur à l'égard de l'Etat mis en cause.»<sup>212</sup>*

\* \* \*

En considération de ce qui précède, je me permets de conclure que ni les conditions de compétence ni les conditions de recevabilité qui auraient dû être remplies pour que la Cour puisse connaître de l'affaire n'ont été à mon avis satisfaites.

(Signé) Milenko KREČA.

---

<sup>212</sup> Projet d'articles sur le droit des traités, avec commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, Nations Unies, *Documents officiels de la conférence sur le droit des traités, première et deuxième session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, p. 35, par. 2.