

DÉCLARATION DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

Défaut de compétence — Défaut d'accès du défendeur à la Cour à la date de l'introduction de l'instance — Pertinence des arrêts de 2004 relatifs à la Licéité de l'emploi de la force — Question de l'accès à la Cour non tranchée dans l'arrêt de 1996 — Caractère non absolu et non exhaustif du principe de l'autorité de la chose jugée dans le cadre d'une procédure incidente.

Absence dans la convention sur le génocide d'une obligation implicite faite aux Etats de ne pas commettre le génocide — Pareille obligation inexprimée non nécessaire pour engager la responsabilité de l'Etat pour génocide — Responsabilité de l'Etat engagée dès lors qu'une personne dont les actes lui sont attribuables commet le crime de génocide — Cour non investie de la compétence pénale nécessaire pour établir si des personnes ont commis le génocide — Décisions des juridictions investies de cette compétence pénale pouvant constituer une base pour conclure à la responsabilité de l'Etat pour génocide si elles sont conformes aux exigences de la convention sur le génocide — Décisions rendues par le TPIY dans les affaires Krstić et Blagojević non conformes à la Convention puisque basées sur le crime d'« aide et d'encouragement » et comprenant des conclusions relatives à l'état d'esprit de personnes non présentes devant le TPIY — Commission du génocide à Srebrenica non établie de manière suffisante.

Interprétation trop large de l'obligation de prévention — Obligation applicable uniquement au sein du territoire relevant de la juridiction ou du contrôle de l'Etat — Devoir de prévention constituant une obligation de résultat et non de comportement.

COMPÉTENCE

Dans les affaires de 2004 relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a reconnu une certaine réalité juridique, qui existe indépendamment de ses vœux ou de ceux des Parties et qui ne saurait être différente en la présente affaire: la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, partie au Statut de la Cour avant d'être admise à l'Organisation le 1^{er} novembre 2000 en qualité de nouveau Membre au titre de l'article 4 de la Charte des Nations Unies (voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 314-315, par. 91). Sur cette base, la Cour a, dans les affaires précitées, conclu qu'elle n'était pas ouverte à la Serbie-et-Monténégro à la date de l'introduction de l'instance et que, pour cette raison, elle n'avait pas compétence pour connaître de celles-ci (*ibid.*, p. 327-328, par. 127 et 129).

Or, du raisonnement suivi par la Cour dans la présente affaire il ressort qu'elle peut, en appliquant le principe de l'autorité de la chose jugée à une procédure incidente, créer deux réalités parallèles: ainsi, dans la pré-

sente affaire, et contrairement à ce qui avait été le cas dans celles relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, elle serait ouverte au défendeur en vertu de la conclusion sur la compétence à laquelle elle était parvenue dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 595).

La thèse selon laquelle la question de l'accès du défendeur à la Cour au titre du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut doit être considérée comme ayant été réglée dans l'arrêt de 1996, alors que tel n'est assurément pas le cas, porte un nouveau coup à la réalité qui, suivant l'arrêt, peut être altérée «en toute logique» si l'intégrité du principe de l'autorité de la chose jugée l'exige :

«[L]es difficultés juridiques soulevées par la situation du défendeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies n'étaient pas expressément mentionnées dans l'arrêt de 1996. La Cour a déclaré ... que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17) et a conclu qu'«elle a[avait] compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» (*ibid.*, p. 623, par. 47, point 2), al. a)). Etant donné que ... la question de la capacité d'un Etat à être partie à une procédure est une question qui se pose avant celle de la compétence *ratione materiae* et que la Cour doit, au besoin, soulever d'office ..., cette conclusion doit nécessairement s'interpréter comme signifiant en toute logique que la Cour estimait à l'époque que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence, avec l'autorité de la chose jugée. Point n'est besoin pour elle, aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue. Que les Parties considèrent la question comme relevant de l'«accès à la Cour» ou de la «compétence *ratione personae*», le fait est que la Cour n'aurait pu trancher l'affaire au fond si le défendeur n'avait pas la capacité, en vertu du Statut, d'être partie à une procédure devant la Cour.» (Arrêt, par. 132.)

«Que la RFY avait la capacité de se présenter devant la Cour en vertu du Statut constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci.» (*Ibid.*, par. 135.)

Il est évident que l'idée d'un «élément inexprimé du raisonnement» n'est pas compatible avec l'article 56 du Statut, aux termes duquel «[l']arrêt est motivé».

Il convient également de noter que la partie de l'arrêt de 1996 consacrée à la compétence *ratione personae* se rapportait uniquement à la question de savoir si le demandeur et le défendeur étaient parties à la convention sur le génocide, et le postulat adopté dans cet arrêt était que la convention satisfaisait à l'exigence dictée au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, constituant donc une base indépendante et suffisante pour ouvrir la Cour au défendeur. La Cour s'en était ainsi tenue au point de vue qu'elle avait adopté à titre provisoire dans son ordonnance de 1993 indiquant des mesures conservatoires :

«une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946)» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19).

Voilà pourquoi la Cour n'a, ni en 1993 ni en 1996, examiné la question incertaine et contradictoire de savoir si elle était ouverte au défendeur en vertu du paragraphe 1 de l'article 35. Dans les arrêts de 2004 relatifs à la *Licéité de l'emploi de la force*, en revanche, la Cour a examiné la question de l'accès tant au regard du paragraphe 1 qu'au regard du paragraphe 2 de l'article 35, pour déclarer que la disposition relative aux «traités en vigueur» figurant au paragraphe 2 concernait uniquement les traités en vigueur à la date d'entrée en vigueur du Statut (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 323-324, par. 113).

L'idée que la réalité parallèle, créée par la Cour, est aussi solide que celle existant indépendamment est exprimée sans ambages dans l'arrêt :

«Aussi fondamentale qu'elle puisse être, la question de la capacité des Etats à être parties à des affaires devant la Cour reste une question que la Cour doit trancher conformément au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut et, dès lors qu'une conclusion favorable à la compétence a été énoncée avec l'autorité de la chose jugée, elle ne peut plus être remise en question ou réexaminée, si ce n'est par le biais de la procédure en révision prévue à l'article 61 du Statut. Il est donc impossible, *juridiquement*, que la Cour puisse «rendre une décision finale envers une partie à l'égard de laquelle elle ne peut pas exercer sa fonction judiciaire», parce que la question de savoir si un Etat est ou non une partie à l'égard de laquelle la Cour a compétence est de celles que seule la Cour a le pouvoir de trancher.» (Arrêt, par. 138.)

La Cour affirme ensuite ne pas excéder son pouvoir en établissant, par application du principe de l'autorité de la chose jugée, sa propre réalité parallèle :

«l'application «des prescriptions impératives du Statut» relève de la décision de la Cour dans chaque affaire qui lui est soumise et, lorsque la Cour s'est déclarée compétente avec l'autorité de la chose jugée, il ne peut y avoir excès de pouvoir aux fins de cette affaire, la Cour étant seule compétente pour se prononcer sur de telles questions en vertu de son Statut» (arrêt, par. 139).

Le raisonnement de la Cour repose sur l'idée qu'une conclusion générale sur la compétence qui a été rendue dans le cadre d'une procédure incidente revêt un caractère absolu et exhaustif (il va sans dire que les décisions rendues par la Cour sur telle ou telle exception préliminaire ont pleinement autorité de chose jugée).

Pourtant, telle n'était manifestement pas l'opinion de la Cour lorsqu'elle a autorisé le greffier à informer le défendeur que

«[e]n outre, comme l'a en fait relevé la Serbie-et-Monténégro dans l'«Initiative» et comme elle l'a elle-même souligné dans le passé, la Cour est autorisée à examiner des questions de compétence *proprio motu*, et doit «toujours s'assurer de sa compétence» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52). Il va donc sans dire que la Cour ne se prononcera sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a compétence; si la Serbie-et-Monténégro souhaite présenter à la Cour des arguments supplémentaires sur les questions de compétence lors de la procédure orale au fond, elle est libre de le faire.» (Lettre du 12 juin 2003.)

La teneur de cette lettre indiquait clairement aux Parties qu'aucune décision définitive n'avait été prise sur la compétence — il aurait en effet été inconcevable que la Cour fasse savoir au défendeur qu'il était libre de lui présenter des arguments supplémentaires sur des questions de compétence alors qu'elle n'envisageait pas la possibilité d'y souscrire, qu'elle évoque une action *proprio motu* sans envisager la possibilité d'y avoir recours ni celle, qui en découle, que cette action puisse l'amener à une conclusion négative sur la compétence. L'invitation faite à la Serbie-et-Monténégro de soulever des questions de compétence au stade du fond aurait sinon été sans objet.

La lettre de juin 2003 impliquait la recevabilité des objections du défendeur à l'application de l'article 35 du Statut. En effet, ces exceptions à la compétence de la Cour ont été formulées dans le cadre des conclusions finales et rejetées par la Cour dans le dispositif du présent arrêt.

La position de la Cour consiste à interpréter le principe de l'autorité de la chose jugée comme revêtant un caractère absolu et exhaustif dans le cadre d'une procédure incidente. Cette interprétation s'écarte radicalement de la position plus prudente et plus nuancée que la Cour avait adoptée plus tôt à ce sujet. Elle va à l'encontre du «caractère non exhaustif de la phase

consacrée aux exceptions préliminaires» (en vertu duquel, «[q]ue des questions de compétence aient ou non été soulevées au stade des exceptions préliminaires, elles peuvent toujours l'être ultérieurement, même par la Cour *proprio motu*» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol. II, p. 876, par. II.229)). Elle limite le droit et le devoir qu'a la Cour d'agir de sa propre initiative pour s'assurer qu'elle a bien compétence à tous les stades de la procédure. Elle peut enfin, comme en l'espèce, amener la Cour à contredire des faits juridiques émanant d'autres entités qu'elle-même, ainsi que ses propres conclusions sur les mêmes faits dans une autre affaire. Le raisonnement de la Cour dénote également une idée d'inafaillibilité de sa part qu'il m'est difficile d'accepter.

Pour les raisons qui précèdent, je n'ai pu adhérer à la conclusion de la Cour qui figure au paragraphe 1 du dispositif de l'arrêt.

FOND

Aux termes de l'article IX de la convention sur le génocide, la Cour est chargée de régler les différends entre les parties contractantes, «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». La logique qui sous-tend l'arrêt est qu'aucun Etat ne peut être tenu pour responsable d'un génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, sauf à ce que la convention sur le génocide impose aux parties contractantes une obligation de ne pas commettre elles-mêmes le génocide ou les autres actes énumérés à l'article III de la Convention.

Dans son arrêt, la Cour déclare que, «[l']article IX étant essentiellement une clause de compétence, [elle] estime devoir d'abord rechercher si l'obligation de nature substantielle pour les Etats de ne pas commettre de génocide peut découler des autres dispositions de la Convention» (arrêt, par. 166). Elle reconnaît qu'«une telle obligation n'est pas expressément imposée par les termes mêmes de la Convention» (*ibid.*). Dès lors, suivant la logique de l'arrêt, cette obligation doit être considérée comme sous-entendue dans l'article premier: «l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre» (*ibid.*). La Cour conclut également que l'obligation qu'ont les Etats de ne pas commettre eux-mêmes le génocide est applicable aux autres actes énumérés à l'article III (arrêt, par. 167).

Cette interprétation me semble pécher pour les raisons suivantes.

Premièrement, l'idée même d'une obligation inexprimée est contestable d'une manière générale.

Deuxièmement, cette «obligation inexprimée» s'inscrit mal dans la Convention. Les dispositions substantielles de celle-ci portent sur la responsabilité pénale individuelle. La Cour aborde cet aspect dans son arrêt et tente de le concilier avec l'idée d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre lui-même les actes criminels qu'il s'engage à prévenir et à

réprimer. Cette tentative n'est toutefois pas convaincante. Et elle ne peut pas l'être, puisque ce n'est tout simplement pas ce qui figure dans la Convention.

Troisièmement, l'idée d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide ni les autres actes énumérés à l'article III va à l'encontre des fondements mêmes de la convention sur le génocide, étant donné que, dans celle-ci, le génocide (ou chacun des autres actes visés à l'article III) constitue nécessairement un crime. Or, il est généralement reconnu qu'il n'existe pas de responsabilité pénale des Etats. La Cour, les Parties, la Commission du droit international (la CDI) s'accordent toutes sur le fait que les Etats ne commettent pas de crimes. Dès lors, introduire l'idée d'un Etat commettant lui-même le génocide revient à dépénaliser ce crime, qui se trouve ainsi transformé en fait internationalement illicite. Cette transformation est aussi étonnante qu'impossible au regard de la convention sur le génocide.

La Cour, tout en concluant que «les parties contractantes à la Convention sont tenues de ne pas commettre de génocide», précise cependant que les parties sont tenues de ne pas le faire «à travers les actes de leurs organes ou des personnes ou groupes dont les actes leur sont attribuables» (arrêt, par. 167).

La Cour déclare que, «si un organe de l'Etat ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes sont juridiquement attribuables à l'Etat en question commet l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée» (arrêt, par. 179). C'est absolument exact. La responsabilité d'un Etat est engagée lorsqu'une personne dont les actes lui sont juridiquement attribuables commet un crime de génocide. Aucune «obligation inexprimée» interdisant aux Etats de commettre eux-mêmes le génocide n'est nécessaire pour que cette responsabilité soit engagée par voie d'attribution.

Je ne puis donc m'associer au raisonnement de la Cour voulant que, à moins de lire dans la Convention une obligation propre aux Etats parties de ne pas commettre de génocide, il ne leur serait pas «interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international» (arrêt, par. 166). La Commission du droit international a rappelé l'évidence lorsqu'elle a déclaré :

«L'Etat est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'Etat comme tel n'est pas capable d'agir. Un «fait de l'Etat» met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe : «Les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants.»» (Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs (2001), p. 71.)

Il serait en effet extraordinaire d'interpréter la convention sur le génocide comme permettant aux Etats «en tant que tels» de commettre le génocide, ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, car leur responsabilité est de toute manière engagée dès lors qu'un crime de génocide est commis par des personnes susceptibles de l'engager. Généralement, par principe, lorsqu'un acte condamné par le droit international est commis par une personne susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, celui-ci peut être tenu pour responsable. Le fait que des conventions internationales condamnant certains actes renferment des «clauses échappatoires», comme tel est le cas de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, qui soustraient à leur champ d'application les forces armées en temps de conflit armé¹, confirme tout bonnement ce principe. Celui-ci est définitivement consacré par la convention sur le génocide qui, tout d'abord, vise expressément en son article IX la responsabilité d'un Etat pour génocide, un crime que ses dispositions substantielles définissent comme étant commis par des personnes, et, ensuite, traduit l'interdiction absolue du génocide en droit international général². L'idée, artificielle, d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide qui serait contenue dans la convention sur le génocide ne renforce en rien cette interdiction catégorique.

Les Parties se sont accordées dans une certaine mesure sur ce point. D'après le défendeur,

«pour qu'un Etat soit responsable, en vertu de la convention sur le génocide, il faut d'abord que les faits soient établis. Or, le génocide étant un crime, il ne peut être établi que conformément aux règles du droit pénal, qui requièrent d'abord une responsabilité individuelle. La responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que lorsque l'existence du génocide a été établie au-delà de tout doute raisonnable. Ensuite, il faut encore que la personne qui a commis le génocide puisse engager la responsabilité de l'Etat.» (CR 2006/18, p. 20, par. 38.)

Selon le demandeur,

«le génocide est, dans la pleine acception que cette expression revêt,

¹ Voir la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée le 15 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, art. 19, par. 2, et la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, adoptée le 13 avril 2005 par l'Assemblée générale des Nations Unies, art. 4, par. 2.

² Le fait que l'article IX fasse l'objet de réserves de la part d'un certain nombre d'Etats parties n'enlève rien au caractère absolu de l'interdiction du génocide exprimée dans la convention sur le génocide. Une réserve à l'article IX n'absout pas un Etat de toute responsabilité pour génocide, elle empêche seulement la Cour de régler un différend relatif à cette responsabilité.

un crime international qui engage non seulement la responsabilité pénale des individus qui le commettent mais également celle de l'Etat auquel peuvent être attribués les actes commis par des individus, agissant *de jure* ou *de facto* pour son compte» (CR 2006/33, p. 31, par. 44).

Si la Cour s'en était tenue à la position selon laquelle la responsabilité de l'Etat est engagée dès lors que le crime de génocide ou les autres actes visés à l'article III sont commis par des individus susceptibles de l'engager, elle serait restée dans le cadre sûr de la Convention et aurait été parfaitement à même de rendre la décision requise par l'article IX quant à «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III».

L'article IX étend la portée du règlement des différends au-delà des questions classiques «d'interprétation et d'application» (l'ajout du terme «exécution» n'est pas particulièrement significatif) pour y inclure la responsabilité de l'Etat à raison du génocide et des autres actes énumérés à l'article III.

Cela étant, rien n'indique dans cet article que la Cour ait le pouvoir d'aller au-delà du règlement des différends relatifs à la responsabilité de l'Etat pour se livrer en fait à une enquête et déterminer si le crime de génocide a ou non été commis.

La Cour ne peut tout simplement pas, faute de compétence pénale, établir si des personnes susceptibles d'engager la responsabilité d'un Etat sont coupables du crime de génocide.

En particulier, ce défaut de compétence pénale empêche la Cour d'établir l'existence ou l'absence d'une intention génocide, puisque rien dans la convention sur le génocide n'indique qu'une telle intention y soit envisagée autrement qu'en tant qu'élément nécessaire, qu'élément moral du crime de génocide.

Ce que la Cour peut et doit faire, c'est statuer sur la question de savoir s'il a été suffisamment établi qu'un génocide avait été commis.

Pour ce faire, il lui aurait suffi en l'espèce de s'appuyer sur les conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le TPIY), pour autant qu'elles soient conformes à la convention sur le génocide, qui est la seule base de compétence de la Cour dans la présente affaire.

Au lieu de cela, la Cour a pris pour position qu'il lui était loisible de déterminer elle-même si le génocide avait ou non été commis, sans s'appuyer sur une décision émanant d'une juridiction exerçant une compétence pénale. Dans son arrêt, la Cour s'abstient d'exposer le fondement juridique de cette position, se déclarant plutôt «habilitée» à agir ainsi (arrêt, par. 181), ce qui ne découle d'aucune partie de la convention sur le génocide.

La Cour affirme:

«Toute autre interprétation signifierait que la Convention n'aurait prévu aucune voie de droit dans des cas que l'on n'aura aucune peine

à se figurer : celui de dirigeants d'un Etat ayant commis un génocide sur le territoire de celui-ci et qui ne seraient pas traduits en justice parce qu'ils continueraient, par exemple, à exercer un contrôle important sur les organes de l'Etat, notamment la police, le ministère public et les tribunaux et parce qu'il n'existerait pas de juridiction pénale internationale ayant compétence pour connaître des crimes allégués ; ou celui d'un Etat responsable qui aurait reconnu la violation.» (Arrêt, par. 182.)

Toutefois, le fait d'invoquer l'absence de voies de droit dans certaines circonstances comme un argument *a contrario* ne conforte ni n'éclaircit la position de la Cour. Aucune voie de droit ne serait ouverte lorsque, par exemple, l'Etat en question aurait formulé une réserve à l'article IX. Quant à l'exemple ci-dessus relatif aux dirigeants d'un Etat continuant de contrôler leur pays, des voies de droit resteraient au contraire disponibles si la Cour était dûment saisie ; en outre, après avoir établi sa compétence *prima facie*, la Cour peut, si elle en est priée, indiquer des mesures conservatoires revêtant une force obligatoire. Qui plus est, pour répondre immédiatement à de telles circonstances, une action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, au sens du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, serait probablement requise. En ce qui concerne l'absence éventuelle de juridiction pénale internationale, le Conseil de sécurité peut établir un tribunal pénal *ad hoc* si l'Etat en question n'est pas partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ouvert à la signature le 17 juillet 1998. Et, bien entendu, si un Etat devait reconnaître sa responsabilité pour génocide devant la Cour, il n'y aurait tout simplement lieu d'établir ni la commission du génocide, ni la responsabilité du défendeur, ce qui permettrait à la Cour de passer directement à la question des réparations.

La conception voulant que la Cour non seulement détermine la responsabilité d'un Etat pour génocide, mais établisse également si le génocide a ou non été commis, découle naturellement de la thèse selon laquelle il existerait une obligation de l'Etat de ne pas commettre lui-même le génocide, obligation que la Cour infère de la Convention. Suivant une telle interprétation, la Cour déterminerait simplement si cette « obligation conventionnelle » a été violée. Ainsi, dans cette logique, le défaut de compétence pénale ne constitue absolument pas un obstacle, puisque la Cour n'envisage pas le génocide en tant que crime, ce qu'il est bien entendu incontestablement au regard de la convention sur le génocide. Cette approche n'est conforme ni à la convention sur le génocide ni au Statut de la Cour.

Ayant déclaré qu'elle devait « déterminer elle-même les faits qui sont pertinents au regard des règles de droit que, selon le demandeur, le défendeur aurait transgressées », la Cour reconnaît qu'« [u]n grand nombre des allégations présentées à [elle] ont déjà fait l'objet d'instances devant le TPIY et de décisions rendues par ce dernier » (arrêt, par. 212), avant de conclure qu'elle

«doit en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel. Pour les mêmes raisons, il convient également de donner dûment poids à toute appréciation du Tribunal fondée sur les faits ainsi établis, concernant par exemple l'existence de l'intention requise.» (Arrêt, par. 223.)

Après avoir ainsi établi en principe qu'elle pouvait parvenir à des conclusions différentes de celles de ce tribunal pénal quant à l'existence du génocide, la Cour a poursuivi en examinant des allégations qui avaient déjà été considérées et jugées par le TPIY, au risque d'entrer ainsi directement en conflit avec ce dernier.

Pareil conflit n'a évidemment pas eu lieu dans la pratique. Cela étant, la Cour n'en a pas moins échoué à trouver, dans le cadre de la convention sur le génocide, un juste équilibre entre sa propre compétence et celle d'un tribunal pénal.

Par ailleurs, une distinction claire doit être opérée entre mener sa propre enquête et parvenir à des conclusions juridiquement obligatoires sur le point de savoir si le génocide a été commis, ce que la Cour ne peut faire, et appliquer le critère de la convention sur le génocide aux décisions du TPIY sur le génocide, ce que la Cour devait faire, sa compétence étant fondée uniquement sur cette convention et le Tribunal tenant la sienne de son Statut. Le critère en question consistait à déterminer si les décisions du TPIY étaient conformes à la convention sur le génocide. Si une conclusion particulière du TPIY ne satisfaisait pas à ce critère, la Cour devait l'écartier dans le cadre de son examen de l'affaire portée devant elle.

Malheureusement, si elle a certes appliqué le critère de la convention sur le génocide aux décisions du TPIY, la Cour ne l'a toutefois pas fait dans la mesure nécessaire.

La Cour a conclu que des actes de génocide avaient été commis par «des membres de la VRS [l'armée de la Republika Srpska] à Srebrenica et à proximité à partir du 13 juillet 1995» (arrêt, par. 297). Elle s'est pour cela appuyée sur les conclusions formulées par le TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* (*Krstić*, IT-98-33-A, Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004 (ci-après dénommée l'affaire «*Krstić*»); *Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, Chambre de première instance I, jugement du 17 janvier 2005 (ci-après dénommée l'affaire «*Blagojević*»)).

Les deux intéressés (seule la condamnation de Krstić n'est plus susceptible d'appel) ont été déclarés coupables d'un crime établi par le Statut du Tribunal (art. 7, par. 1) mais non reconnu par la convention sur le génocide, à savoir l'aide et l'encouragement à la commission du génocide. Comme l'a conclu le TPIY, ni Krstić ni Blagojević n'avaient eu d'intention génocidaire («[l]a Chambre de première instance n'a, à l'évidence, pas suffisamment démontré que Radislav Krstić était animé d'une intention génocidaire» (*Krstić*, par. 134)). Le Tribunal, se fondant sur son Sta-

tut, a dit que les personnes ayant prêté une aide et une assistance pouvaient être déclarées coupables d'avoir aidé et encouragé à perpétrer un génocide sans avoir d'intention génocidaire. La convention sur le génocide exige en revanche l'existence d'une intention génocidaire pour chacun des actes proscrits qu'elle énumère, ce que le TPIY a lui-même reconnu (*Krstić*, par. 142) et que les Parties n'ont pas contesté.

En conséquence, ces deux condamnations pour des chefs d'accusation liés au génocide — qui sont jusqu'ici les seules — ne pouvaient être prises en considération par la Cour puisque sa compétence était, contrairement à ces condamnations, uniquement fondée sur la convention sur le génocide.

Ces deux décisions n'en étaient pas moins pertinentes aux fins de l'affaire portée devant la Cour dans la mesure où elles indiquent qu'un génocide a eu lieu à Srebrenica. D'ailleurs, en dernière analyse, le raisonnement suivi dans le présent arrêt repose entièrement sur cette conclusion particulière du TPIY.

Se pose toutefois la question de savoir si cette conclusion s'inscrit ou non dans le cadre spécifique de la convention sur le génocide.

La manière dont le TPIY a traité la question de l'intention génocidaire, entre autres, suggère une réponse négative. Dans l'affaire *Blagojević*, la Chambre de première instance a conclu que des forces serbes de Bosnie avaient eu l'intention de détruire la population musulmane de Srebrenica (*Blagojević*, par. 677). Dans l'affaire *Krstić*, le TPIY a visé un peu plus précisément certains membres de l'état-major principal de la VRS. La Chambre d'appel a déclaré que, en concluant que certains membres (non désignés ou inconnus) de l'état-major principal de la VRS avaient eu l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie présents à Srebrenica, la Chambre de première instance « n'a[vait] pas contrevenu aux exigences juridiques qui s'attachent au génocide » (*Krstić*, par. 38).

De manière révélatrice, la Chambre d'appel n'a pas déclaré que la Chambre de première instance n'avait pas contrevenu aux exigences juridiques de la convention sur le génocide, car, par exemple, je doute fort que, d'après la Convention, l'intention génocidaire, qui est un élément moral à établir dans le cadre d'une procédure pénale, puisse être démontrée sans que celui ou ceux qui en étaient animés soient jugés (ou, à tout le moins, désignés avec les preuves nécessaires à l'appui). En fait, le Tribunal a lui-même reconnu la nécessité de disposer d'informations sur l'état d'esprit des auteurs présumés pour déduire que ceux-ci étaient mus par l'intention génocidaire.

Dans l'affaire *Stakić*, il a déclaré :

« A la lumière de tous les témoignages présentés, la Chambre de première instance estime qu'on ne lui a pas fourni les informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés qui se situaient au-dessus de Milomir Stakić dans la structure politique pour lui permettre de conclure que ces derniers étaient mus par l'intention spécifique au génocide. » (IT-97-24-T, jugement du 31 juillet 2003, par. 547.)

Il est très difficile de concilier cette exigence relative aux « informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés », qui est pleinement compatible avec la convention sur le génocide, et le raisonnement suivi par le TPIY dans l'affaire *Krstić* :

« On peut aussi conclure qu'une atrocité particulière a été commise avec une intention génocidaire même lorsque les individus auxquels cette intention peut être prêtée ne sont pas précisément identifiés. » (*Krstić*, par. 34.)

Non seulement ce raisonnement ne semble pas conforme aux exigences de la convention sur le génocide, mais il soulève également certaines questions quant à l'équité de la procédure pénale et à l'exactitude des conclusions auxquelles elle a donné lieu. Qu'advierait-il si, par exemple, à un stade ultérieur, lors d'un éventuel procès de membres de l'état-major principal de la VRS non désignés jusqu'ici, le Tribunal, après avoir obtenu les « informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés », concluait que ceux-ci n'étaient pas animés de l'intention génocidaire ? A moins que ces personnes soient coupables avant même d'avoir été jugées ? Et, puisque tel n'est pas le cas, se pose toujours la question de savoir si le massacre de Srebrenica peut être qualifié de génocide.

Dans ces conditions, la Cour aurait dû conclure que la commission à Srebrenica du génocide ou des autres actes énumérés à l'article III n'avait pas été suffisamment établie.

En dépit des difficultés que j'éprouve face à la manière dont la Cour a interprété la convention sur le génocide, comme je l'ai indiqué plus tôt, ainsi que, par suite, face au libellé des paragraphes 2, 3 et 4 du dispositif de l'arrêt, il m'a été possible de voter en faveur de ces paragraphes puisque, en substance, ils répondent bien à la question fondamentale en l'affaire : le défendeur n'est pas responsable du génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. Mon adhésion à ces paragraphes ne change rien à ma position, à savoir qu'il n'a pas été suffisamment établi que le massacre de Srebrenica pouvait être qualifié de génocide.

L'autre difficulté que j'éprouve concerne la manière dont la Cour a appréhendé l'obligation de prévention figurant dans la convention sur le génocide, qui me semble extraordinairement large.

Les vues formulées par le demandeur au sujet de la prévention étaient tout à fait raisonnables :

« Cette obligation est formulée d'une manière très générale et, pour ainsi dire, introductive à l'article I, qui reprend de près le titre de la Convention. Des dispositions ultérieures, que l'on trouve aux articles IV à VIII, viennent apporter toute une série de spécifications et de précisions indispensables aux fins de sa mise en œuvre. Ces autres dispositions, cependant, sont surtout centrées sur la répression, alors que la prévention fait l'objet d'une réglementation bien peu développée. »

Il est vrai cependant qu'aucune frontière précise ne saurait être établie entre prévention et répression. En effet, d'une part, un appareil répressif bien organisé et en mesure d'infliger des sanctions appropriées par rapport à la gravité du crime joue — on le sait bien — un rôle préventif très important; et, d'autre part, une prévention efficace requiert la répression d'éventuels actes préparatoires du génocide (comme l'entente en vue de commettre le génocide ou la tentative de génocide), ou encore d'actes constitutifs de l'incitation à commettre le génocide. Autrement dit, la punition de la plupart des actes dits «ancillaires» qu'identifie l'article III de la Convention ... joue un rôle certain en matière préventive, sans évidemment épuiser le champ des mesures de prévention.» (CR 2006/11, p. 16, par. 1-2.)

«L'absence de limitations territoriales de l'obligation de prévenir et réprimer le crime de génocide, que [la Cour a] mise en évidence en 1996, signifie donc qu'un Etat partie à la Convention doit s'acquitter de cette obligation même en dehors de sa sphère de souveraineté territoriale quand il exerce — que ce soit légalement ou illégalement — un contrôle effectif sur un territoire extérieur à ses frontières en y assumant des prérogatives de la puissance publique.» (*Ibid.*, p. 20, par. 12.)

Le défendeur n'a pas contesté cette approche. Pour sa part, il a indiqué que «[l]es mesures de prévention seraient les actes législatifs incriminant le génocide» (CR 2006/20, p. 21, par. 343) et que

«la convention sur le génocide ne peut s'appliquer que lorsque l'Etat concerné exerce une compétence territoriale dans les régions où les violations de la Convention se seraient produites» (CR 2006/16, p. 15, par. 20).

Les Parties n'étaient donc pas divisées sur l'interprétation de l'obligation de prévention. Pourtant, la Cour a choisi de se prononcer sur le sujet en déclarant que «le devoir de prévention met à la charge des Etats des obligations positives — faire de leur mieux pour que ces actes ne se produisent pas» (arrêt, par. 432), avant d'ajouter que

«un Etat peut être considéré comme ayant violé son obligation de prévention même s'il n'avait pas acquis la certitude, au moment où il aurait dû agir mais s'en est abstenu, qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis: il suffit ... qu'il ait eu connaissance, ou eût dû normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'actes de génocide» (arrêt, par. 432).

La Cour assimile ainsi la notion de «due diligence» à l'obligation de prévention dictée par la convention sur le génocide et l'applique à la scène internationale, dans laquelle des Etats différents ayant des capacités différentes «à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de

commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide» (arrêt, par. 430) doivent, chacun dans la mesure de sa capacité «à influencer», faire de leur mieux pour faire en sorte que des actes de génocide n'aient pas lieu.

L'on peut certes voir là un appel louable aux nations du monde afin qu'elles fassent tout leur possible pour prévenir le génocide, mais il ne s'agit pas de la juste interprétation de la Convention en vertu du droit international coutumier, tel qu'il est exprimé aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Le contenu que la Cour donne à l'obligation de prévenir (au lieu de l'interpréter) représente une déclaration d'ordre politique qui excède manifestement le cadre spécifique de la convention sur le génocide.

Voici ce que la Cour aurait selon moi dû déclarer sur le sujet : un Etat manque à son obligation de prévention au regard de la convention sur le génocide dès lors qu'un génocide est commis sur le territoire à l'égard duquel il exerce sa juridiction ou qui se trouve sous son contrôle. Même si les auteurs du crime ne font pas partie de ses organes ou des personnes susceptibles d'engager sa responsabilité en vertu du droit international coutumier, ce manquement demeure. Même s'il prend les mesures exhaustives qui sont requises par la Convention, comme les mesures législatives pertinentes, l'Etat en question manque toujours à son obligation de prévention si un génocide a lieu sur le territoire qui relève de sa juridiction ou de son contrôle. Le devoir de prévention constitue une obligation de résultat, non de comportement.

Au lieu de cela, la Cour a introduit une conception de l'obligation de prévention qui est certes séduisante du point de vue politique, mais vague sur le plan juridique, et même difficile à apprécier en droit, le facteur essentiel du contrôle étant remplacé par une notion fort subjective d'influence. Je ne pense pas que, en interprétant l'obligation de prévention comme une obligation de comportement et non de résultat (arrêt, par. 430), ce qui constitue un élément logique de la conception exposée ci-dessus, la Cour ait servi la cause de la prévention du génocide.

Dès lors, je n'ai pu m'associer à la conclusion de la Cour figurant au paragraphe 5 du dispositif. En outre, mon vote négatif sur ce paragraphe reflète également ma position, que j'ai exposée plus haut, à savoir qu'il n'a pas été suffisamment établi que le massacre de Srebrenica pouvait être qualifié de génocide.

Pour cette dernière raison, je n'ai pu souscrire à la conclusion formulée par la Cour au paragraphe 7 du dispositif quant au non-respect, par le défendeur, des mesures conservatoires qu'elle avait indiquées le 8 avril et le 13 septembre 1993. J'estime tout de même que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie n'ont pas donné la suite qui convenait à ces ordonnances. Si elles l'avaient fait, il aurait peut-être été possible d'éviter ainsi un grand nombre des atrocités qui ne relèvent pas du génocide. Le défendeur n'a pas nié que ces atrocités avaient eu lieu en Bosnie-Herzégovine pendant la période pertinente.

J'ai adhéré à la conclusion contenue au paragraphe 6 puisque le défen-

deur n'a pas indiqué clairement à la Cour qu'il avait fait tout ce qui était en son pouvoir en vue d'arrêter et de transférer Ratko Mladić, accusé de génocide et de complicité de génocide, au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie afin qu'il y soit jugé.

J'approuve la décision formulée par la Cour au paragraphe 8 du dispositif quant à l'obligation du défendeur de coopérer avec ce tribunal concernant les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes proscrits par l'article III de la Convention.

(Signé) Leonid SKOTNIKOV.
