

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE *AD HOC* KREĆA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
PARTIE I. QUESTIONS DE COMPÉTENCE	1-78
I. Considérations générales relatives à la règle de la <i>res judicata</i>	1-6
II. Le principe de la <i>res judicata</i> en ce qui concerne les décisions sur la compétence	7-19
III. Application de la règle de la <i>res judicata</i> à l'arrêt de 1996	20-78
1. Conception de la règle de la <i>res judicata</i>	21-26
2. Appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente affaire	27-29
3. Le <i>jus standi</i> en tant que condition processuelle autonome	30-31
3.1. La force juridique de la règle du <i>jus standi</i>	32-33
3.2. <i>Differentia specifica</i> entre <i>jus standi</i> et compétence de la Cour <i>ratione personae</i>	34-36
4. Appréciation, par la majorité, de la qualité pour agir du défendeur (<i>jus standi</i>)	37-47
5. Les effets de l'arrêt de 2004	47-60
6. La déclaration de 1992	61-74
7. La question de la partie défenderesse	75-78
PARTIE II. QUESTIONS DE FOND	79-153
I. La convention sur le génocide en tant que droit applicable	79-105
1. L'intention génocidaire est une condition <i>sine qua non</i> du crime de génocide	79-82
2. Degré de l'intention	83
3. La destruction	84-98
3.1. L'ampleur de la destruction	90
3.2. L'objet de la destruction	91-98
4. «Comme tel»	99-100
5. Le nettoyage ethnique au sens de la Convention	101-105
II. L'application de la convention sur le génocide en la présente affaire	106-137
1. Observations générales sur les possibilités qui s'offraient à la Cour en la présente affaire	107-110
2. L'interprétation des obligations des parties contractantes sur le fondement de la convention sur le génocide	111-130
2.1. L'obligation de prévention	113-119
2.2. Le devoir corollaire d'agir	120-125

APPLICATION DE CONVENTION GÉNOCIDIE (OP. IND. KREČA)	458
2.2.1. L'application de l'obligation de prévention en l'espèce	123-125
2.3. L'obligation de ne pas commettre de génocide	126-129
2.4. L'obligation de punir	130
3. La question de la responsabilité	131-137
3.1. La Convention et la question de la responsabilité	131-137
III. La qualification juridique du massacre de Srebrenica	138-153
1. Les éléments de l'intention génocidaire	138-153
1.1. Le degré d'intention	138-139
1.2. Le type de destruction	140
1.3. Le groupe visé	141
1.4. En tout ou en partie	142-144
1.5. Comment conclure à l'intention de détruire	145-150
1.6. Le véritable sens juridique des décisions du TPIY dans les affaires <i>Blagojević</i> et <i>Krstić</i>	151-153

PARTIE I. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

I. *Considérations générales relatives à la règle de la res judicata*

1. L'expression *res judicata* revêt plus d'un sens. Elle est employée au sens d'une question tranchée par une décision judiciaire, à savoir une décision qui ne saurait être contestée par des moyens juridiques ordinaires et, également, au sens d'une décision qui est immuable et irrévocable.

L'utilisation très large qui est faite de cette expression peut s'expliquer par une certaine confusion quant à la nature même des décisions judiciaires et de leurs effets tant subjectifs qu'objectifs. Parfois, et tout particulièrement en ce qui concerne certains types de décisions, il n'est pas tenu compte de la différence qui existe entre caractère irréfutable et caractère irrévocable. Etant donné qu'il n'existe, dans le Statut et le Règlement de la Cour, aucun moyen juridique ordinaire permettant à une partie non satisfaite d'obtenir la réformation d'un arrêt, on peut dire que les arrêts de la Cour sont en principe irréfutables. On ne saurait toutefois dire qu'ils sont également irrévocables, en raison non seulement de la possibilité de révision prévue à l'article 61 du Statut en tant que moyen juridique extraordinaire, mais aussi de l'existence d'autres moyens judiciaires figurant dans les règles qu'applique la Cour, tel le principe de la «compétence de la compétence» en ce qui concerne les questions de compétence, et les exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour.

2. On peut distinguer deux aspects de la *res judicata*, telle qu'énoncée dans le Statut de la Cour:

- i) un aspect procédural qui veut que «[l']arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie» (art. 60); et
- ii) un aspect substantiel qui veut que «[l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé» (art. 59).

3. L'effet principal de la règle de la *res judicata*, au sens procédural, consiste à faire obstacle à toute contestation — c'est-à-dire qu'il est impossible d'engager une nouvelle action judiciaire pour le même motif (*non bis in idem*), tandis que son effet substantiel est principalement lié à la validité juridique de la décision de la Cour en tant qu'application du droit objectif à une question concrète particulière — *pro veritate accipitur* — et, également, à l'impossibilité d'appliquer le principe *stare decisis*.

4. Ces deux aspects de la *res judicata* — aspect procédural et aspect substantiel — ne se retrouvent pas nécessairement ensemble dans une affaire donnée. Bien que chaque décision de la Cour — qu'il s'agisse d'un arrêt ou d'une ordonnance — soit obligatoire à l'égard des parties, même si ce n'est pas de la même manière, il ne s'ensuit pas nécessairement que chaque décision de la Cour revêt un caractère définitif.

La relation entre ces deux aspects de la *res judicata* n'est ni intangible ni définie à priori, dans la mesure où elle est le reflet de l'équilibre entre les considérations qui sous-tendent chacun de ces aspects.

Les considérations qui sous-tendent l'aspect substantiel de la *res judicata* servent essentiellement à protéger l'autorité de la Cour en tant qu'organe judiciaire et la légitimité de ses décisions. Il est dès lors possible de dire que la force obligatoire des décisions de la Cour découle de la nature même de sa fonction judiciaire, indépendamment du contenu de ses décisions. Ainsi que la Cour l'a établi dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (C.I.J. Recueil 1963, p. 38), l'arrêt par lequel elle dit qu'il est impossible de changer la situation juridique créée est également revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Les considérations qui sous-tendent la *res judicata* au sens procédural sont, en fait, des considérations de sécurité et de prévisibilité juridiques conjuguées à une bonne administration de la justice.

5. La distinction entre la nature d'une décision judiciaire et l'effet de celle-ci découle de la différence existant entre la *res judicata*, au sens normatif abstrait de l'expression, et sa mise en œuvre dans le cadre du droit régissant l'activité judiciaire de la Cour, c'est-à-dire son sens juridique dans le cas d'espèce.

Bien que cette règle revête une importance fondamentale, puisqu'elle fait partie du système juridique de toutes les nations civilisées, la *res judicata* n'est certainement ni intangible ni considérée comme un *deus ex machina* par les juridictions, y compris la Cour internationale de Justice.

La règle de la *res judicata* est mise en œuvre dans le cadre du droit que la Cour applique de pair avec d'autres règles de caractère objectif. Autrement dit, la règle de la *res judicata*, à l'instar d'autres règles fondamentales régissant l'activité judiciaire de la Cour, ne constitue qu'une partie — aussi importante soit-elle — du cadre normatif dans lequel la Cour exerce sa fonction et qui, dans son ensemble, détermine l'effet de ses décisions. L'un des effets que les autres règles de caractère objectif peuvent avoir sur celle de la *res judicata* peut se résumer comme suit : «le caractère définitif lui-même de la décision ... est plutôt une expression flexible qui n'impose pas l'interdiction d'un réexamen»¹. Il semble clair que la révision faite dans les conditions énoncées à l'article 61 du Statut «constitue une exception directe au principe de la *res judicata*, exception qui affecte la validité de l'arrêt définitif»². Il semble également vrai que la mise en œuvre du principe de «la compétence de la compétence» et la présentation d'exceptions non préliminaires à l'égard d'un arrêt par lequel la Cour se déclare compétente peuvent entraîner la réformation d'un certain type d'arrêts de la Cour, à savoir ceux portant sur les exceptions préliminaires.

¹ M. Reisman, *Nullity and Revision*, 1971, p. 341.

² B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 372.

6. A cet égard, aucun des moyens juridiques conçus ou susceptibles d'être utilisés pour contester une question d'ores et déjà tranchée ne porte atteinte à l'existence de la *res judicata* en tant que telle, car ces moyens sont fondés sur l'autorité du droit que la Cour applique dans son ensemble et ce, par le biais d'une décision obligatoire pour les parties, par laquelle la décision antérieure de la Cour est réformée — *judicium posterior derogat priori*. Etant donné que les effets de la *res judicata* s'attachent uniquement aux décisions rendues *lege artis*, conformément aux règles de procédure et de fond du droit appliqué par la Cour, l'on pourrait dire que les exceptions au caractère définitif d'un arrêt de cette dernière font partie intégrante de la règle de la *res judicata*.

En conséquence, dans le cadre du droit appliqué par la Cour, le caractère définitif de ses arrêts peut être relatif ou absolu. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que l'on peut considérer que le caractère définitif est l'équivalent de la *res judicata* pour ce qui concerne l'irrévocabilité.

L'arrêt (*sententia*) et la *res judicata*, au sens de décision définitive et irrévocable de la Cour, ne sont manifestement pas des notions identiques. L'arrêt en tant que tel est *res judicans*, alors que la *res judicata* est *causa sine finem controversiae acceptit*.

En tant qu'acte judiciaire, tout arrêt rendu par une juridiction peut potentiellement être revêtu de l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il peut ou non devenir irrévocable, selon le résultat des procédures et moyens conçus pour contester les décisions rendues par ladite juridiction. Ainsi, le caractère intrinsèque de la *res judicata* constitue, en réalité, l'aboutissement de l'autorité inhérente à toute décision de justice, le moment où le «jugement passe en force de chose jugée» et devient exécutoire.

II. Le principe de la *res judicata* en ce qui concerne les décisions sur la compétence

7. Le plein effet de la règle de la *res judicata* est, en principe, attaché à «une décision définitive d'un tribunal international» (Cour permanente d'arbitrage, affaire de la *Fonderie de Trail*, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. 3, p. 1950-1951). Dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, le juge Waldock a déclaré que, «[a]ux termes de l'article 60 du Statut, l'arrêt est «définitif et sans recours». Il tranche donc de façon définitive l'affaire portée devant la Cour par la requête du 14 avril 1972» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 125, par. 46)³.

Il ne s'ensuit toutefois pas, *a contrario*, que les arrêts de la Cour sur les exceptions préliminaires sont exclus du champ d'application

³ A. V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, p. 975; B. Cheng, *op. cit.*, 1953, p. 337; Schwarzenberger, *International Law*, I, 1949, p. 454-455.

des articles 59 et 60 de son Statut. Pareille interprétation serait manifestement contraire à la solution générale retenue dans lesdits articles.

8. Il semble que les effets des arrêts sur les exceptions préliminaires ou, tout au moins, de certains types d'arrêts sur lesdites exceptions revêtent — tant en ce qui concerne la force obligatoire que le caractère définitif de la décision — un caractère particulier qui, dans une certaine mesure, diffère des effets des arrêts rendus au fond.

Appliqué à un arrêt sur des exceptions préliminaires, le qualificatif « définitif » signifie seulement que, une fois que cet arrêt est rendu, les parties sont dans l'impossibilité de soulever des exceptions préliminaires de quelque nature que ce soit qui conduiraient à la réactivation ou au déclenchement de la procédure sur les exceptions préliminaires, telle que visée à l'article 79 du Règlement de la Cour.

Les exceptions préliminaires ne constituent cependant pas, en tant que telles, le seul moyen juridique existant dans le droit qu'applique la Cour pour contester ses décisions. Il est par conséquent difficile de dire que la décision rendue sur les exceptions préliminaires soulevées par l'une des parties à un différend devant la Cour met un point final à la question de la compétence, de sorte que celle-ci ne pourrait plus être soulevée. Dans la jurisprudence de la Cour, et sur la base du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement, s'est développée la notion d'exception non préliminaire à la compétence de la Cour, ce qui prouve, en soi, que la notion d'exception à la compétence est plus large que celle d'exception préliminaire. Il peut également être procédé au réexamen d'une décision sur la compétence en vertu du principe fondamental de « la compétence de la compétence ».

Tant qu'elle n'est pas *functus officio* dans une affaire, la Cour, en tant que juridiction, a le pouvoir inhérent de rouvrir et de réexaminer toute question de droit ou de fait déjà tranchée. Or, ce pouvoir serait privé de toute substance s'il ne s'accompagnait pas du pouvoir de réformer, dans certaines conditions, une décision juridictionnelle antérieure.

9. Le fait d'attribuer, sans discernement, un caractère immuable à tout arrêt relève de l'obsession et n'existe que dans certaines décisions caduques de longue date et rendues du temps du droit langobarde⁴. Depuis le droit romain (en droit romain, le caractère de *res judicata* ne peut être conféré qu'aux décisions définitives rendues au fond⁵), la solution adoptée est que, en principe, seules les décisions rendues sur le fond d'une affaire sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. Par exemple, en droit français, les décisions rendues sur des questions incidentes ne sauraient

⁴ Le Capitula 370 Edictum Langobardorum disposait que les affaires jugées étaient *semper in eadem deliberatione debeant permanere*, même si la décision pouvait être réformée par une instance supérieure — Pugliese, *Giudicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969, p. 158.

⁵ Pugliese, *op. cit.*, 752; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, MCMLXVI, p. 504.

acquérir l'«autorité de la chose jugée», à moins que cela ne soit indispensable pour l'interprétation du dispositif de la décision au fond ou qu'elles constituent le «soutien nécessaire»⁶. En Italie, le pouvoir judiciaire tend également à concevoir la *res judicata* comme s'attachant à la solution du différend que les parties ont porté devant la juridiction concernée⁷. En Allemagne, le paragraphe 322 du *Zivilprozessrechnung (Materielle Rechtskraft)* dispose que seules peuvent produire effet les décisions portant sur une demande (*Auspruch*) formulée dans l'accusation ou la contre-accusation.

En droit anglais également, la *res judicata* désigne la décision judiciaire définitive rendue par la juridiction compétente en l'affaire, ou sur la question en litige⁸. En outre, le fait que la juridiction soit compétente est considéré comme une condition de la validité de toute *res judicata*⁹.

Dès lors, dans le droit des nations civilisées, prédomine l'idée que l'application du principe de la *res judicata* est objectivement limitée aux questions tranchées par une décision judiciaire définitive.

10. A cet égard, l'on peut considérer que les décisions sur les exceptions préliminaires sont de trois types :

- la décision par laquelle une exception préliminaire, indépendamment de sa nature, est retenue et le différend prend fin *ipso facto* ;
- la décision par laquelle une exception préliminaire est rejetée et la Cour se déclare compétente pour connaître du fond de l'affaire ; et
- la décision par laquelle une exception préliminaire est considérée comme n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire.

Seules les décisions sur les exceptions préliminaires en vertu desquelles une exception est retenue possèdent les effets de la *res judicata* qui caractérisent une décision rendue sur le fond d'une affaire. Par opposition aux deux autres types de décisions juridictionnelles — qui sont l'une et l'autre en partie constitutives de l'affaire qui nous occupe — ce type de décision juridictionnelle met fin à une affaire, revêtant ainsi le plein effet de la règle de la *res judicata* qui s'attache à la décision définitive rendue dans une affaire donnée. Certaines différences existent en ce qui concerne les effets de la *res judicata* entre les deux derniers types de décisions sur les exceptions préliminaires, d'une part, et les décisions sur le fond, d'autre part.

11. La différence existant entre le caractère définitif des décisions juridictionnelles, d'une part, et celui des décisions sur le fond, d'autre part, est, en principe, de nature quantitative et non qualitative. Le caractère dé-

⁶ Perrot, *Chose jugée, Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1955, I, n^{os} 8, 45, 78-87 ; Vincent, *Procédure civile*, 1978, p. 98, n^o 76.

⁷ Pugliese, *op cit.*, p. 834.

⁸ Bower, Turner et Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 1969, II, p. 1 ; Walker et Walker, *The English Legal System*, 1885, vol. 6, p. 589.

⁹ Bower, Turner et Handley, *op. cit.*, p. 92.

finitif des décisions juridictionnelles est plus relatif en raison du nombre plus important de moyens juridiques par lesquels celles-ci peuvent être contestées. En effet, outre la révision prévue à l'article 61 du Statut, une décision juridictionnelle peut également être contestée, en cours de procédure, par le biais d'une exception non préliminaire, à savoir, par une exception à la compétence¹⁰ de la Cour soulevée après que la procédure sur les exceptions préliminaires a pris fin par le prononcé d'un arrêt.

Dans la pratique des instances internationales, en particulier celle de la Cour internationale de Justice, cette différence revêt un aspect qualitatif. La possibilité de réformer des décisions sur le fond, par opposition aux décisions juridictionnelles, est inexistante dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, contrairement à celle des tribunaux arbitraux¹¹.

12. La question de savoir si une juridiction se trouve liée de manière irrévocable par la décision qu'elle a rendue sur des exceptions préliminaires a été soulevée pour la première fois dans l'affaire *Tiedemann* (1926) dont a connu le Tribunal arbitral mixte germano-polonais.

Sedes materiae de la question, le tribunal a expliqué de manière succincte et convaincante que :

«[l]e Tribunal estime que, dans l'intérêt de la sécurité du droit, il importe que ce qui a été jugé soit, en principe, tenu pour définitif.

Mais la question se présente sous un aspect tout particulier lorsque le jugement préliminaire rendu est un jugement affirmant la compétence du Tribunal et que celui-ci constate dans la suite, mais avant le jugement au fond, qu'en réalité il est incompétent. En pareil cas, s'il était obligé de se regarder comme lié par sa première décision, il serait amené à statuer sur une matière dont il reconnaît cependant qu'elle échappe à sa juridiction. Et lorsque — comme en l'espèce — il a entre-temps proclamé son incompétence dans des causes identiques, il se mettrait en contradiction irréductible avec lui-même en jugeant néanmoins au fond et il s'exposerait au risque de voir l'Etat défendeur s'autoriser de l'aveu d'incompétence émanant du Tribunal même pour refuser d'exécuter sa sentence.

En d'autres termes, pour rester fidèle au principe du respect de la chose jugée, il devrait commettre un abus manifeste de pouvoir.»¹²

La Cour a également confirmé, dans sa jurisprudence, le principe suivant lequel une juridiction qui connaît d'une affaire après qu'une décision

¹⁰ Le terme «compétence» est employé au sens générique, c'est-à-dire qu'il désigne le *locus standi in judicio* et la juridiction spéciale.

¹¹ J. L. Simpson et M. Fox, *International Arbitration — Law and Practice*, 1959, p. 250 et suiv.

¹² *Von Tiedemann v. Polish State*, *Rec. TAM*, t. VI, p. 997-1003; voir aussi CR 2006/44 (Varady).

a été rendue sur des exceptions préliminaires n'est pas liée de façon irrévocable par ladite décision.

13. Dans l'affaire *Nottebohm* (exception préliminaire), la Cour a rejeté par son arrêt du 18 novembre 1953 l'exception préliminaire d'incompétence soulevée par le Guatemala et a poursuivi la procédure sur le fond (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 124). Le Guatemala a cependant soulevé plusieurs exceptions à la recevabilité, dans son contre-mémoire, puis dans sa réplique et au cours de la procédure orale sur le fond, mais les a considérées comme étant subsidiaires à l'objet du différend. Dans son arrêt du 6 avril 1955, la Cour a retenu l'une de ces exceptions — laquelle avait trait à la recevabilité de la demande du Liechtenstein — au motif que, au moment de la naturalisation, aucun «lien effectif» n'existait entre Nottebohm et le Liechtenstein (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4-65).

L'affaire *Nottebohm* peut être prise pour exemple de la réformation d'un arrêt sur des exceptions préliminaires à la suite d'une exception non préliminaire soulevée par le défendeur.

14. Les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) illustrent, quant à elles, la réformation d'un arrêt sur des exceptions préliminaires à la suite d'une décision *proprio motu* de la Cour.

Lors de la phase relative aux exceptions préliminaires (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 319), la Cour a rejeté quatre exceptions soulevées par l'Afrique du Sud, parmi lesquelles l'exception concernant la qualité du demandeur à ester devant elle (*locus standi*) et le fait qu'il ait un intérêt juridique en cause. L'Afrique du Sud a notamment fait observer que,

«[d]euxièmement, ni le Gouvernement de l'Éthiopie ni le Gouvernement du Libéria ne sont «un autre Membre de la Société des Nations», ainsi que l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain l'exige pour qu'il y ait *locus standi* ; [t]roisièmement, ... plus particulièrement en tant qu'aucun intérêt concret des Gouvernements de l'Éthiopie et/ou du Libéria ... n'est en cause ou n'est affecté en l'espèce» (*ibid.*, p. 327).

Lors de la phase du fond, la Cour est revenue sur la décision prise dans l'arrêt de 1962 et a indiqué que, en réalité, les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 36-38). Plus précisément, dans son arrêt du 21 décembre 1962 sur les exceptions préliminaires, la Cour a notamment dit que

«[l]a portée et l'objet manifestes des dispositions de cet article indiquent en effet qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres»,

et que,

«[i]l va de soi que la protection des intérêts concrets des Membres ou de leurs ressortissants est comprise dans ce cadre, mais le bien-être et

le développement des habitants du territoire sous Mandat ne sont pas moins importants» (Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 343-344; les italiques sont de moi).

La Cour a, pour l'essentiel, justifié être revenue sur sa conclusion antérieure en rappelant la nature de la décision rendue sur les exceptions préliminaires. Elle a notamment déclaré :

«La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divers points qui ont été soulevés au sujet d'une telle forclusion, comme le point de savoir si une décision sur une exception préliminaire a force de chose jugée au sens propre du terme, si elle constitue une «décision» aux fins de l'article 59 du Statut ou si elle est «définitive» au sens de l'article 60. *L'essentiel est qu'en aucun cas une décision sur une exception préliminaire ne saurait empêcher l'examen d'une question relevant du fond, que celle-ci ait été en fait traitée ou non à propos de l'exception préliminaire.*» (C.I.J. Recueil 1966, p. 36-37, par. 59; les italiques sont de moi.)

Toutefois, raisonnant plus avant sur l'effet de forclusion de l'arrêt de 1962, la Cour a défini — bien qu'indirectement — les décisions juridictionnelles de la manière suivante :

«Les *décisions interlocutoires* ne pouvant préjuger les questions de fond, il ne saurait y avoir d'opposition entre la décision admettant que les demandeurs avaient qualité pour invoquer la clause juridictionnelle ... *et la décision d'après laquelle les demandeurs n'ont pas établi la base juridique de leur demande au fond.*» (Ibid., p. 38, par. 61; les italiques sont de moi.)

Lors de la phase du fond, la Cour est revenue sur la décision prise dans l'arrêt de 1962 et a conclu que, en réalité, les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir (C.I.J. Recueil 1966, p. 36-38).

15. Le fondement juridique permettant le réexamen d'une décision sur des exceptions préliminaires et, éventuellement, la réformation d'une déclaration de compétence, repose sur le pouvoir inhérent de la Cour d'établir sa propre compétence (à savoir, le principe de la «compétence de la compétence»), au sens étroit comme au sens large.

Au sens étroit, tel que l'exprime le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, la Cour rend des décisions juridictionnelles en cas de désaccord entre les parties sur sa compétence. Les décisions juridictionnelles qu'elle rend en vertu du paragraphe 6 de l'article 36 sont de deux types : les arrêts sur les exceptions préliminaires soulevées en vertu de l'article 79 du Règlement; et les décisions rendues sur des exceptions non préliminaires. Les décisions sur des exceptions non préliminaires ont pour spécificité d'être prises lors de phases de la procédure autres que celle consacrée aux exceptions préliminaires, généralement lors de la phase qui devrait porter sur le fond et qui, dans la pratique de la Cour, donne lieu à un arrêt sur la compétence (affaire *Nottebohm*) ou simplement à un arrêt sur la deuxième phase (affaires du *Sud-Ouest africain*). Cette dernière expression désigne

en réalité la deuxième phase relative à la compétence, étant donné qu'un arrêt sur les exceptions préliminaires a déjà été rendu.

Toutefois, comme il est fréquemment fait observer, la Cour est tenue de rester attentive à la question de sa compétence indépendamment de l'attitude adoptée par les parties au litige. La Cour se conforme à cette obligation en appliquant le principe de la «compétence de la compétence» sous sa forme la plus large (affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1953, p. 120), en tant que fondement de toute action *proprio motu* de sa part.

Pour la Cour, «rester attentive» sans agir n'a aucun effet concret sur la question fondamentale qui est de savoir si elle est compétente dans le cas d'espèce. Compte tenu de sa compétence *ex officio* à partir du moment où la procédure est introduite jusqu'à ce qu'elle prenne fin, la Cour prend diverses décisions à cet égard. Plus précisément, pour elle, la «compétence de la compétence»:

«n'est pas limitée au fait de vérifier dans chaque affaire si elle peut connaître du fond... En étendant la portée de ce pouvoir [celui de la «compétence de la compétence»] à toutes les questions relevant de sa compétence incidente, la Cour a fait de celui-ci sa fonction la plus nettement pré-préliminaire.»¹³

La saisine de la Cour, en tant que premier acte de nature procédurale, implique la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence» par une action *proprio motu* de la Cour. La nécessité de recourir au principe de la «compétence» découle directement de ce que la saisine de la Cour n'est pas la conséquence automatique de mesures dûment prises par les parties à un différend, et que la saisine de la Cour n'est pas un pur fait, mais un acte judiciaire lié à la compétence de celle-ci (voir *Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 23, par. 43).

Sans la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence» en tant que principe du droit international général, il serait juridiquement impossible d'établir la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires, dès lors que, conformément à l'article 79 du Règlement, les exceptions à sa compétence peuvent être soulevées dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, pour ce qui est du défendeur, et dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure, pour une partie autre que le défendeur. La mise en œuvre du principe aboutit alors à une présomption judiciaire en faveur de la compétence de la Cour, sous forme d'une «compétence *prima facie*» (voir *Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, opinion individuelle du juge Kreča, par. 12).

16. Il apparaît que la particularité d'un arrêt rendu sur une exception

¹³ Shihata, *op. cit.*, p. 41-42; les italiques sont de moi.

préliminaire existe relativement aux deux aspects de la règle de la *res judicata*, à savoir les caractères obligatoire et définitif de celle-ci.

Une impression de relativité particulière des décisions juridictionnelles de la Cour se dégage de l'ensemble du droit régissant l'activité de celle-ci. Les règles relatives aux exceptions préliminaires sont regroupées dans la sous-section 2 de la section D du Règlement de la Cour, intitulée «Procédures incidentes». Le fait que les règles sur les exceptions préliminaires soient ainsi placées dans le Règlement donne à penser, comme la Cour l'a dit dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 38, par. 61), que l'arrêt rendu sur une exception préliminaire est «de caractère interlocutoire», ce qui implique qu'il est provisoire et non définitif. De plus, le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement qui prévoit que «[t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête *ou toute exception* sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive» (les italiques sont de moi) exprime *per se* le caractère définitif relatif de l'arrêt rendu sur des exceptions préliminaires. Cependant, les exceptions préliminaires n'épuisent pas, en tant que telles, les exceptions à la compétence de la Cour. Dès les années quatre-vingt, la jurisprudence de la Cour, étayée par la pratique des Etats, s'est développée à l'effet que la procédure formelle portant sur une exception préliminaire n'épuise pas la question¹⁴, et que les exceptions non préliminaires à la compétence puissent elles aussi entraîner la réformation d'un arrêt rendu sur des exceptions préliminaires, comme l'a démontré l'affaire *Nottebohm*. Les exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour donnent lieu à l'application du principe de la «compétence de la compétence» compris, comme je l'ai indiqué plus haut (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, par. 43-50), dans son sens étroit.

Enfin, le principe de la «compétence de la compétence» compris au sens large de l'expression apparaît dans la disposition de la résolution visant la pratique interne de la Cour en matière judiciaire selon laquelle «la Cour peut procéder à l'examen de l'affaire au fond ou, au cas où ce stade est déjà atteint, sur la question globale de savoir si en définitive la Cour est compétente ou la demande recevable» (art. 8, al. ii), point b); les italiques sont de moi). Il apparaît clairement que la «question globale» est «une question qui se serait normalement posée après que toutes les questions qui la précèdent et le fond ont été débattus (c'est-à-dire que chaque phase a donné lieu à une décision)»¹⁵.

17. S'agissant de la force obligatoire d'un arrêt sur des exceptions préliminaires, il apparaît clairement que pareille décision ne crée pas d'obli-

¹⁴ Voir Shabtai Rosenne, «The Reconceptualization of Objections in the ICJ», *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 735-761.

¹⁵ Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 232; les italiques sont de moi.

gations juridiques *stricto sensu*, obligations que les parties à l'instance seraient tenues de respecter. La partie qui a soulevé une exception préliminaire rejetée par la Cour ne subit aucune conséquence juridique si, par exemple, elle décide de ne pas prendre part à la procédure pour laquelle la Cour s'est déclarée compétente. Un arrêt affirmatif rendu lors de la phase des exceptions préliminaires crée pour la partie en question une charge processuelle et non une obligation juridique *stricto sensu*. Par ailleurs, le demandeur n'a pas non plus d'obligation juridique de continuer à plaider sa cause. Alors qu'une décision juridictionnelle affirmative crée une charge processuelle pour le défendeur, elle ne crée, à l'égard du demandeur, qu'un pur droit processuel qu'il utilise en toute discrétion (*discretio legalis*) sans subir de sanction quelconque dans le cas où il ne se conformerait pas à la lettre de ladite décision.

De fait, un arrêt affirmatif rendu dans la phase des exceptions préliminaires crée un devoir pour la Cour de poursuivre la procédure au fond, mais son action judiciaire à cet égard dépend des propres actions des parties à l'affaire.

Contrairement à un arrêt sur la compétence, un arrêt sur le fond a un effet obligatoire en ce sens qu'il crée des obligations juridiques à l'égard des parties, de sorte qu'«aucune des Parties ne saurait s'affranchir unilatéralement de l'obligation qui lui incombe en vertu du droit international d'exécuter l'arrêt de bonne foi»¹⁶.

18. Plusieurs raisons justifient le caractère plus relatif des décisions juridictionnelles de la Cour par rapport au caractère définitif des arrêts rendus au fond.

Les questions de compétence ne sont pas, en principe, des questions fondamentales des affaires dont la Cour est saisie, ni la raison d'être du recours à celle-ci par les parties à un différend. La seule exception est constituée par des affaires telles que celle de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (C.I.J. Recueil 1972)*, dans lesquelles la Cour agit en tant que juridiction d'appel.

Les parties à un différend saisissent la Cour pour protéger un droit ou un intérêt subjectifs au sens du droit positif, et non en raison de la question de compétence en tant que telle. Un arrêt affirmatif sur les questions de compétence n'est qu'une condition préalable nécessaire pour le règlement de la question principale et il se rapporte au droit positif, en ce sens qu'il confère ou impose aux parties un droit ou une obligation juridique de nature positive ou négative. En ce sens, un arrêt sur les questions juridictionnelles est

«de nature purement déclaratoire, sans pouvoir jamais revêtir le caractère constitutif et attribuer à la Cour elle-même une juridiction qui ne trouverait pas d'appui dans les règles juridiques, soit générales, soit particulières, applicables» (*Certains intérêts allemands en*

¹⁶ *Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 176.*

Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, opinion dissidente du juge Rostworowski, p. 32).

Autrement dit, un arrêt rendu sur des questions juridictionnelles a, par nature, un caractère procédural et non substantiel et, partant, ses effets sont de même nature. Une décision de cette nature ne crée pas de situation juridique nouvelle au sens du droit positif et ne prescrit pas non plus d'agir d'une certaine manière puisqu'elle n'énonce pas la façon dont le droit en litige entre les parties doit être appliqué. (Pour une classification des décisions internationales, voir l'*Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, 1997, p. 33-34.)

Comme l'a indiqué la majorité de la Cour (arrêt, par. 116), la réformation par une juridiction, dans le cadre des prérogatives judiciaires dont elle est investie, d'un arrêt portant sur sa compétence dans une affaire pendante n'affecte pas de manière substantielle — si tant est qu'elle puisse les affecter — la stabilité et la prévisibilité, en tant que principes sur lesquels se fonde le caractère définitif de l'arrêt. Il en est ainsi parce que l'objet de l'arrêt en question n'est pas constitué par les droits et obligations de fond des parties. Etant donné qu'une décision juridictionnelle affirmative habilite simplement à voir une demande examinée et tranchée par la Cour, l'on peut difficilement dire que sa réformation peut avoir pour conséquence de perturber les relations juridiques du droit positif. La seule perturbation dont on pourrait parler en cas de réformation d'une décision juridictionnelle affirmative est celle qui pourrait affecter la relation processuelle établie par la décision juridictionnelle. Une telle perturbation concerne les attentes subjectives des parties à un différend et n'est pas une question d'ordre public sous-tendant l'effet définitif de la décision rendue par la Cour.

Au contraire, si la Cour conclut, après avoir rendu une décision juridictionnelle et avant de rendre sa décision sur le fond, que sa décision était erronée pour quelque motif que ce soit, elle commettrait, en respectant la règle de la *res judicata*, un excès de pouvoir manifeste. Ainsi, plutôt que de renforcer la règle de la *res judicata*, insister sur le caractère définitif des décisions juridictionnelles dans tous les cas porterait préjudice à cette règle, une telle insistance paralysant, voire frappant de nullité, l'activité de la Cour en tant que juridiction qui dit le droit et en tant que tribunal. En effet, outre les éléments intrinsèques de la règle de la *res judicata*, il existe une condition extrinsèque fondamentale qui est que la décision de la Cour doit être valide du point de vue du droit substantiel et du droit procédural.

Enfin, le caractère plus relatif des décisions juridictionnelles, du point de vue de leur caractère définitif, résulte ou peut résulter de la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence». Plus précisément, le principe de la «compétence de la compétence» joue exclusivement pour les questions juridictionnelles.

19. Concrètement, le caractère relatif des décisions juridictionnelles, notamment des arrêts sur les exceptions préliminaires conçus comme un

type formel de décision juridictionnelle, pourrait résulter du rapport entre deux considérations de nature distincte :

- i) des circonstances spéciales qui représentent un élément objectif tenant à la justification légale imposant la réformation de la décision juridictionnelle; et
- ii) un élément subjectif qui implique que la juridiction est disposée à connaître de la question.

En ce qui concerne ce dernier élément, bien que quelque peu excessive, la conception selon laquelle «l'avenir du règlement judiciaire international, si ce n'est la paix dans le monde, peut paradoxalement dépendre de la capacité de notre organe judiciaire suprême de dire qu'il s'est trompé»¹⁷ est juste.

III. Application de la règle de la *res judicata* à l'arrêt de 1996

20. La position adoptée par la majorité quant à l'application de la *res judicata* à l'arrêt rendu par la Cour en 1996 souffre de deux faiblesses fondamentales :

- a) une conception étroite et obsessionnelle de la règle de la *res judicata*;
- b) une appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente espèce.

Il est donc possible de dire que la conception de la règle de la *res judicata* ainsi que son application à l'arrêt de 1996 sont totalement erronées.

1. Conception de la règle de la *res judicata*

21. La majorité a réduit à un seul élément, à savoir sa force obligatoire, la structure binaire, dont les deux éléments sont intrinsèquement liés, de la règle de la *res judicata* telle qu'elle est conçue dans les articles 59 et 60 du Statut, alors même que la question cruciale en l'espèce porte sur le caractère définitif de l'arrêt de 1996. A cet égard, il a été dit que le «Statut ... énonce à son article 60 le principe de l'autorité de la chose jugée sans l'assortir d'aucune exception» (arrêt, par. 119).

Pour l'essentiel, cette conception peut s'énoncer comme suit :

«L'article 59 du Statut, en dépit de sa formulation négative, a pour élément central la proposition positive selon laquelle la décision de la Cour est obligatoire pour les parties dans l'affaire qui a été tranchée. L'article 60 du Statut dispose que l'arrêt est définitif et sans recours; l'article 61 assortit la faculté des parties de demander la révision de l'arrêt de strictes conditions de fond et de délais.» (Arrêt, par. 115; les italiques sont de moi.)

¹⁷ W. M. Reisman, «Revision of West South Africa Cases — An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision», *The Virginia Journal of International Law*, 1966, vol. 7, n° 1, p. 4.

Il y a, semble-t-il, dans ce raisonnement, confusion entre les caractéristiques et les effets de la règle de la *res judicata*.

La force obligatoire de la décision de la Cour constitue incontestablement son aspect de fond. Mais cette caractéristique de la décision de la Cour n'implique pas nécessairement qu'elle est définitive, puisque cela relève des effets procéduraux de la décision de la Cour.

En réalité, toute décision de la Cour, dès lors qu'elle exprime valablement le pouvoir judiciaire, a force obligatoire. Dans la formule *auctoritas res judicata* ou «autorité de la chose jugée», le terme «autorité» ne signifie pas en soi «caractère définitif», mais désigne plutôt le poids ou crédit particulier d'une décision judiciaire qui fonde le caractère définitif de celle-ci. Le caractère définitif n'est jamais un attribut de l'autorité elle-même. Il peut devenir l'attribut de l'autorité de l'arrêt une fois épuisées les voies juridiques, ordinaires ou extraordinaires, par lesquelles il est possible de contester l'arrêt.

22. D'après la majorité, l'arrêt de 1996 aurait un caractère définitif car

«[l]e Statut prévoit, à cette fin, une seule procédure: celle de l'article 61, qui ouvre la possibilité de la révision d'un arrêt» (arrêt, par. 120),

et, en outre,

«[s]ous la *seule* réserve de cette possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, *et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes*» (arrêt, par. 120; les italiques sont de moi).

Cette conception du caractère définitif des arrêts semble par trop restrictive, car elle ne prend, à l'évidence, pas en considération toutes les voies juridiques dont disposent les parties et la Cour elle-même en vue du réexamen de la question de la compétence. Dans le droit qu'applique la Cour, il existe, outre la révision envisagée à l'article 61 du Statut, deux moyens juridiques pertinents. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit du principe de la «compétence de la compétence» — tel que prévu au paragraphe 5 de l'article 36 du Statut et en droit international général (*Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 119-120) — et des exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour.

23. Le principe de la «compétence de la compétence» est «absolument indispensable à l'exécution des obligations»¹⁸ de toute autorité judiciaire. Bien que, contrairement aux exceptions d'incompétence soulevées par les

¹⁸ Commissaire Gore des Etats-Unis dans l'affaire *Betsey* (1797), J. B. Moore (dir. publ.), *International Adjudications, Ancient and Modern History and Documents*, Modern Series, vol. IV, p. 183.

parties, ce principe ne vise pas précisément à contester la compétence de la Cour, son application, *proprio motu* ou à la suite d'une exception soulevée par une partie, a toujours une incidence positive ou négative sur la compétence de la Cour.

La faculté qu'a la Cour d'établir si elle est compétente, faculté qui découle de ce principe de la «compétence de la compétence», est un droit et une obligation inhérents qui ne connaît pas de limite (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série AIB n° 77, opinion dissidente du juge Urrutia, p. 102-103*). La Cour exerce ce pouvoir du début à la fin de la procédure de sorte à établir si elle est compétente ou non dans l'affaire en cause. En réalité, la Cour exerce ce pouvoir de deux façons :

- a) en prenant de manière informelle, et sans en faire état, une décision *prima facie* sur la question de savoir s'il est satisfait aux conditions processuelles de compétence, ce qui revient au fond à une présomption judiciaire de compétence;
- b) en prenant une décision formelle sur la question de la compétence.

En ce sens, la faculté qu'a la Cour d'établir si elle a compétence dans une affaire donnée équivaut semble-t-il à un pouvoir absolu, dans la mesure où, même si elle déclare qu'elle n'est pas compétente en l'affaire en cause, elle exerce ce pouvoir inhérent.

24. En conséquence, l'exercice de ce pouvoir ne saurait être limité *ratione temporis* tant que la Cour n'est pas *functus officio* dans une affaire. Le droit de rouvrir et de réexaminer la question de la compétence, que ce soit *proprio motu* ou à la suite d'une exception d'incompétence soulevée par une partie au différend, est inhérent à la faculté qu'a la Cour d'établir si elle est compétente *ad casum*, comme cela a été clairement démontré en l'affaire *Nottebohm* (par. 13 ci-dessus) et dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (par. 14 ci-dessus).

Cela ne signifie naturellement pas, comme il est à juste titre indiqué dans l'arrêt, que «les décisions portant sur la compétence peuvent être indéfiniment réexaminées» (arrêt, par. 118).

Il existe des limites claires, tant sur le plan temporel que quant au fond, dans lesquelles les décisions sur la compétence peuvent être réexaminées. Pour ce qui est des limites temporelles, une décision juridictionnelle peut être réexaminée jusqu'à ce que la Cour devienne *functus officio* dans une affaire donnée, tandis que les limites de fond ont trait à la nature des circonstances qui justifient le réexamen. Celles-ci doivent revêtir un caractère spécial ayant une incidence sur la légalité, laquelle est l'intérêt principal et l'objectif ultime des décisions judiciaires de toute juridiction, car

«[j]usqu'à ce que ses travaux prennent fin, la Commission est un tribunal siégeant de manière ininterrompue, doté de tous les attributs et fonctions d'une juridiction permanente. Quand la Commission a mal interprété les éléments de preuve ou a fait une erreur dans ses calculs, ou quand sa décision n'est pas compatible avec les résultats

de ses recherches ou encore quand la décision comporte une erreur de droit importante, la Commission a non seulement le pouvoir mais a l'obligation, aux fins d'accomplir correctement sa mission, de rouvrir et de réformer la décision en cause pour la faire correspondre aux faits et aux règles juridiques applicables.» (Commission de réclama-tions mixtes — Etats-Unis d'Amérique et Allemagne, *AJIL*, 1940, vol. 34, n° 1, p. 154.)

Pareil pouvoir inhérent, voire obligation, découle de la nature même de la fonction judiciaire, car, comme l'a dit le commissaire Owen Roberts, «[i]l n'y a pas de tribunal digne de ce nom ou d'un quelconque respect qui puisse permettre que sa décision demeure si de telles allégations sont fon-dées» (*ibid.*, p. 164).

25. Une interprétation abusivement restrictive de la règle de la *res judi-cata* aboutit inévitablement à la conclusion surprenante selon laquelle :

«[s]ous la seule réserve de cette possibilité de revision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, *et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes*» (arrêt, par. 120; les italiques sont de moi).

En considérant que les conclusions de la Cour sont immuables même quand des événements postérieurs font planer des doutes sur leur véra-cité, la majorité ne tient aucun compte de l'aspect de légalité inhérent à la règle de la *res judicata*.

Les événements postérieurs ne pouvant guère être considérés comme un «fait nouveau» au sens de l'article 61 du Statut, il apparaît que la Cour prend, en règle générale, des décisions *ex jure proprio*, sans tenir compte du droit international, de sorte que la situation juridique établie par elle est, *ex definitione*, la véritable situation en droit international.

Une telle conception ne peut que représenter un jusqu'au-boutisme judiciaire qui ne saurait qu'aboutir à des résultats absurdes, ce qu'illustre d'ailleurs bien la présente affaire.

Si les conclusions de la Cour doivent être considérées comme exactes, indépendamment des doutes que des événements postérieurs peuvent faire planer sur elles, la conclusion qui s'impose est que l'Etat défendeur en la présente espèce est la République fédérale de Yougoslavie, puisque la Cour en a décidé ainsi dans son arrêt de 1996, lequel est, d'après les conclusions de la majorité, *res judicata*.

26. Une exception non préliminaire, en tant que moyen permettant de contester un arrêt rendu sur des exceptions préliminaires, met en jeu le principe de la «compétence de la compétence», conformément au para-graphe 6 de l'article 36 du Statut.

Tel est précisément ce qui s'est passé en l'espèce.

En mai 2001, la République fédérale de Yougoslavie a communiqué un

document intitulé «Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» à l'égard de la Yougoslavie, dans lequel elle priait la Cour de dire et juger qu'elle n'était pas compétente *ratione personae* à son égard. L'argument sur lequel reposait cette demande était que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut de la Cour avant son admission à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 et qu'elle n'avait pas été partie à la convention sur le génocide (arrêt, par. 26). En outre, la Yougoslavie demandait à la Cour de surseoir à statuer sur le fond tant qu'elle ne se serait pas prononcée sur l'initiative (*ibid.*).

Dans une lettre en date du 3 décembre 2001, la Bosnie-Herzégovine priait la Cour, notamment, de «répond[re] par la négative à la demande formulée par le biais de cette «Initiative»» (arrêt, par. 28).

Prenant position sur cette question, la Cour a décidé, comme le montre une lettre du greffier en date du 12 juin 2003, qu'elle ne pouvait suspendre la procédure.

En ce qui concerne la question du réexamen de sa compétence en l'affaire, il a notamment été indiqué que:

«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; les italiques sont de moi.)

En résumé, la thèse de la majorité selon laquelle, «sous [la] seule réserve de la possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*» (arrêt, par. 120) apparaît *contra factum proprium*.

2. *Appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente espèce*

27. Les conditions dans lesquelles s'applique la règle de la *res judicata* pourraient se diviser en condition intrinsèque et condition extrinsèque. S'agissant de la condition intrinsèque, suivant la formule classique, la *res judicata* s'applique uniquement lorsqu'il y a identité des parties (*eadem personae*) et identité de la question en cause (*eadem res*). Ce dernier élément est parfois subdivisé en deux, l'objet (*petitum*) et les motifs invoqués (*causa petendi*). Voir, par exemple, *Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt n^o 11, 1927, C.P.J.I. série A n^o 13*, opi-

nion dissidente du juge Anzilotti, p. 23; *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 11*, p. 30.

La condition extrinsèque pour l'application de la règle de la *res judicata*, à supposer que les éléments intrinsèques soient réunis, est constituée par la validité de l'arrêt. Dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, la Cour a clairement énoncé la condition de la validité en interprétant la question que lui avait posée l'Assemblée générale comme se rapportant «uniquement à des jugements accordant indemnité rendus par le tribunal administratif régulièrement constitué et agissant dans les limites de sa compétence statutaire» (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 55).

28. La «longue marche» que la majorité de la Cour s'est imposée pour régler la question du *jus standi* du défendeur a pris fin, après près de quatorze ans, lorsque la Cour a adopté, pour la troisième fois, une nouvelle position, tout aussi incomplète que les deux précédentes. Autrement dit, la majorité n'a pas répondu à la question qui constitue le *sedes materiae* du complexe problème de compétence en l'espèce, celle de savoir si, en vertu de l'article 35 du Statut de la Cour, le défendeur a ou non le droit d'ester devant elle.

La première position adoptée par la Cour, laquelle est énoncée dans l'arrêt de 1996, pourrait être qualifiée d'attitude tendant manifestement à éluder la question. La majorité a tout simplement fermé les yeux sur la question pertinente, comme si elle n'existait pas. La deuxième position adoptée par la Cour, laquelle est énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*) (arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 7), est une tentative d'élaboration d'une situation *sui generis* du défendeur vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pour la période allant de 1992 à 2000. Il s'agit là d'une manière d'explication du fait que le défendeur ait été tacitement considéré comme un Etat ayant qualité pour ester devant la Cour. Dans le présent arrêt, la majorité a formulé une troisième position, laquelle peut être qualifiée, quant au fond, de retour à une nouvelle solution visant à éluder le problème. Plus précisément, cette troisième position revient à accepter le fait incontestable que le défendeur a été admis sur décision des organes politiques compétents de l'Organisation des Nations Unies en tant que Membre de l'Organisation mondiale le 1^{er} novembre 2000 (arrêt, par. 99), en qualité de nouveau Membre, sans en reconnaître les conséquences qui s'imposent quant au *jus standi* du défendeur et ce, sur le fondement d'une interprétation erronée de la règle de la *res judicata*.

Cela étant, dans un autre différend auquel a pris part la Serbie-et-Monténégro, à savoir les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a jugé que l'admission de la Serbie-et-Monténégro comme Membre de l'Organisation des Nations Unies était décisive quant à la question du *jus standi*.

Une aussi nette contradiction en ce qui concerne les conséquences juridiques de l'admission aux Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro quant à sa qualité à ester devant la Cour justifie peut-être le cynisme d'Honoré de Balzac lorsqu'il fit observer que «[l]es lois sont des toiles d'araignée à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites»¹⁹.

29. La question du *jus standi* mérite d'être examinée de manière plus détaillée, dans la mesure où elle revêt une importance cruciale en la présente affaire.

3. Le *jus standi*²⁰ en tant que condition processuelle autonome

30. Le *jus standi*, dans sa relation à la compétence comprise dans son sens classique en tant que pouvoir de la Cour de résoudre des différends concrets, est une condition processuelle autonome et distincte. Dans son sens qui se rapporte au fond, il représente un droit potentiel d'ordre général que possède un Etat et en vertu duquel celui-ci, sous la réserve supplémentaire de l'existence d'un instrument juridictionnel pertinent, peut prendre part, en tant que partie, à une affaire soumise à la Cour, soit en qualité de demandeur ou de défendeur, soit en tant que partie intervenante. En tant que tel, le *jus standi* est une condition processuelle générale et positive. Il est matérialisé lorsqu'un Etat qui a qualité pour agir introduit une action en justice ou qu'une action est introduite contre lui ou lorsque, conformément aux règles pertinentes de la Cour, ledit Etat intervient à une instance pendante. Etant autonome, le *jus standi* est propre à l'Etat, même si celui-ci n'est pas partie au différend ou à l'instance pendante devant la Cour.

Il n'existe aucun lien organique direct entre le *jus standi* devant la Cour et la compétence de celle-ci. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase):

«C'est un principe universel, nécessaire et cependant presque élémentaire du droit de la procédure qu'il faut distinguer entre ... le droit de saisir un tribunal et le droit du tribunal de connaître du fond de la demande.» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 39, par. 64; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi.)

En conséquence, la Cour n'acquiert pas *eo ipso* compétence dans un différend donné simplement parce que les parties au différend ont qualité pour ester devant elle; de même que, inversement, l'existence d'un instru-

¹⁹ Honoré de Balzac, *La Maison Nucingen* (<http://www.citationspolitiques.com/recherche.php3?rechercheLes+lois+ont+des+toiles+d92araignE9es>).

²⁰ L'expression «*locus standi*» ou «*locus standi in judicio*» est généralement utilisée. L'expression «*jus standi*» semble néanmoins plus appropriée puisqu'elle porte directement sur le droit énoncé à l'article 35 du Statut. L'expression «*locus standi*» est utilisée quand elle est, en tant que telle, employée dans la jurisprudence de la Cour.

ment juridictionnel pertinent en vigueur entre les parties au différend ne signifie pas que lesdites parties ont qualité pour ester devant la Cour.

31. Par rapport à la question de la compétence, celle du *jus standi* est par nature antérieure puisque c'est une condition préalable à l'établissement de la compétence de la Cour dans le cas d'espèce. Si un Etat (ou plusieurs Etats) partie au différend n'a pas qualité pour agir, la Cour ne peut juridiquement établir sa compétence, car «seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1030, par. 45). En outre, dans une telle hypothèse, la Cour ne serait pas autorisée à examiner la question de sa compétence ni à entreprendre un quelconque acte relatif au fond.

Non seulement un Etat dépourvu de *jus standi* ne peut être partie à une procédure devant la Cour, mais encore celle-ci ne saurait *stricti juris* exercer une quelconque action judiciaire — par opposition aux actions administratives — à l'égard de cet Etat. La Cour ne saurait exercer, vis-à-vis dudit Etat, le pouvoir qu'elle a d'établir si elle a compétence («compétence de la compétence»), ni indiquer des mesures conservatoires, ni exercer l'un quelconque des pouvoirs inhérents à sa fonction judiciaire.

Dès lors, les actes qu'accomplirait la Cour, à l'exception de ceux qui visent à établir le *jus standi* d'un Etat à un différend, seraient non fondés au regard du droit qu'elle applique. L'on ne saurait même pas dire de pareils actes qu'ils ont été accomplis *ultra vires*, parce que l'effet d'un acte *ultra vires* implique une appréciation du pouvoir judiciaire à l'égard duquel la Cour commet un excès dans un cas concret; il s'agit plutôt d'un *sine vires* puisqu'il s'agit d'actes factuels inexistantes au regard du droit.

En conséquence, l'absence du *jus standi* entraînerait la nullité absolue des décisions de la Cour censées revêtir une nature judiciaire.

3.1. La force juridique de la règle du *jus standi*

32. Le paragraphe 1 de l'article 35 du Statut est de caractère constitutionnel et fait partie intégrante de l'ordre public établi par la Charte des Nations Unies. En tant que telle, et considérée avec d'autres dispositions du Statut de même nature, cette disposition représente un *jus cogens*²¹, qui n'est susceptible d'aucune modification, fût-ce par la Cour elle-même. Par conséquent,

«la Cour se doit ... d'examiner la question pour tirer ses propres conclusions indépendamment du consentement des parties, ce qui n'est en aucun cas incompatible avec le principe selon lequel la compétence de la Cour est subordonnée [au] consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-*

²¹ G. Schwarzenberger, «International Law as Applied by International Courts and Tribunals», vol. IV, *International Judicial Law*, 1986, p. 434-435; R. Kolb, *Théorie du jus cogens international, Essai de relecture du concept*, 2001, p. 344-348; Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 1932, p. 63.

Bas), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1027, par. 35).

L'article 35 du Statut dispose :

«1) La Cour *est ouverte* aux Etats parties au présent Statut.

2) Les conditions auxquelles elle *est ouverte* aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.»
(Les italiques sont de moi.)

La forme impérative des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut revêt un double sens, permissif et prohibitif.

D'une part, ces dispositions autorisent une partie au Statut, et un Etat non partie au Statut — à condition que celui-ci accepte la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité —, à avoir accès à la Cour. Et, d'autre part, elles interdisent l'accès à la Cour à un Etat non partie au Statut qui n'a pas accepté la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

Les effets combinés des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut, lus conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 34 du Statut, traduisent le caractère limité du droit à la protection judiciaire devant la Cour internationale de Justice.

Ce droit limité fait partie de l'ordre public de l'Organisation des Nations Unies dont la Cour est le principal organe judiciaire. Aux paragraphes 1 et 2 de l'article 93, la Charte des Nations Unies dispose :

«1. Tous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice.

2. Les conditions dans lesquelles les Etats qui ne sont pas Membres de l'Organisation peuvent devenir parties au Statut de la Cour internationale de Justice sont déterminées, dans chaque cas, par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité.»

Cet article doit être lu avec le paragraphe 1 de l'article 34 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut de la Cour, lequel est annexé «à la présente Charte dont il fait partie intégrante» (article 92 de la Charte).

En tant que telles, les dispositions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut sont de nature obligatoire et la Cour est tenue de les appliquer *ex officio*. En ce qui concerne l'élément temporel de l'application de ces règles, compte tenu du caractère préalable de la question du *jus standi*, la Cour est tenue d'établir la qualité pour agir des parties au différend avant d'effectuer le moindre acte de procédure et d'en tenir compte tout au long de l'instance. Il peut, par exemple, arriver qu'une

partie à l'affaire dont connaît la Cour cesse d'exister en tant qu'Etat au cours de la procédure.

33. Le raisonnement *ex lege* de la Cour, dans la jurisprudence plutôt modeste de celle-ci en matière de *jus standi*, apparaît dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* :

«[p]ar cette mention, le ministre des Affaires étrangères d'Islande paraît laisser entendre que le moment auquel a été faite la déclaration de la République fédérale d'Allemagne du 29 octobre 1971, déposée au Greffe le 22 novembre 1971, n'est peut-être pas sans effet sur la force obligatoire de l'accord constitué par l'échange de notes du 19 juillet 1961 *ou sur le droit de la République fédérale d'Allemagne d'ester devant la Cour*. En ce qui concerne le premier point, il est clair que la force obligatoire de l'accord conclu entre les deux gouvernements, qui sera examinée dans le présent arrêt, *n'a aucun rapport avec la date à laquelle la déclaration requise par la résolution du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946 a été déposée au Greffe: l'accord a pour but d'établir la compétence de la Cour à l'égard d'une catégorie particulière de différends; la déclaration concerne l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut*. Pour ce qui est du second point, à savoir la question du droit de la République fédérale d'ester devant la Cour, on doit noter qu'en application de la résolution du Conseil de sécurité tout Etat qui n'est pas partie au Statut doit déposer une déclaration, laquelle peut avoir soit un caractère particulier soit un caractère général, avant d'ester devant la Cour. Cela a été fait.» (*Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi.)

Le même raisonnement a été suivi par la Cour dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* :

«[l]a question de savoir si la Serbie-et-Monténégro était ou non partie au Statut de la Cour à l'époque de l'introduction des présentes instances est une question fondamentale; *en effet, si elle n'avait pas été partie au Statut, la Cour ne lui aurait pas été ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut*. En pareille situation, et sous réserve d'une possible application du paragraphe 2 dudit article, *la Serbie-et-Monténégro n'aurait pu saisir la Cour de manière valable, quel que soit le titre de compétence qu'elle puisse invoquer, pour la simple raison qu'elle n'avait pas le droit d'ester devant la Cour*.

La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 299, par. 46; les italiques sont de moi.)

3.2. *Differentia specifica entre jus standi et compétence de la Cour ratione personae*

34. Les deux notions, celle de *jus standi* et celle de compétence *ratione personae*, ont pour caractéristique commune d'appartenir au *corpus* des conditions requises aux fins de la validité d'une procédure — qu'elle soit incidente ou sur le fond — devant la Cour, et de la possibilité de soumettre un différend à la Cour pour qu'elle le tranche. Elles ont également en commun d'être des conditions processuelles absolues qui doivent exister dans chaque cas particulier et d'être des conditions positives, en ce sens que, s'il n'y est pas satisfait, la Cour ne peut connaître de demandes formulées.

35. Les différences qui existent entre elles sont, toutefois, beaucoup plus importantes et ce sont ces différences qui font d'elles des conditions processuelles distinctes. Premièrement, elles reflètent les différents aspects de la nature juridique de la Cour. Alors que la compétence *ratione personae*, qui est l'un des aspects pertinents de la compétence, exprime la nature consensuelle de la juridiction de la Cour, le *jus standi* découle du fait que la Cour internationale de Justice, contrairement aux tribunaux arbitraux, n'est pas une juridiction totalement ouverte. L'accès à la Cour est limité à deux égards sur le fondement du paragraphe 1 de l'article 34 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 de son Statut. Troisièmement, bien que la compétence *ratione personae* et le *jus standi* soient régis par les règles du Statut ayant un caractère objectif et constitutionnel, il existe une différence fondamentale dans l'application desdites règles. Les règles du Statut qui ont trait au *jus standi* sont appliquées par la Cour *ex lege*, alors que les règles correspondantes qui ont trait à la compétence *ratione personae* sont appliquées sur la base du consentement des États parties au différend. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a notamment indiqué que

«une question de compétence [est] liée au consentement d'une partie et [que] celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut ... n'implique pas un tel consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 1026, par. 35).

Dès lors, l'on peut dire, en substance, que la compétence de la Cour est régie par le droit en vigueur entre les parties, tandis que le *jus standi* est régi par les règles objectives du Statut en tant que tel.

Quatrièmement, la différence de nature existant entre le *jus standi*, d'une part, et la compétence *ratione personae*, de l'autre, s'exprime, en cours de procédure, dans les conséquences juridiques correspondant à chacune de ces notions. Le défaut de *jus standi* produit un effet automatique étant donné qu'il ne saurait, en principe, être surmonté au cours d'une procédure devant la Cour, alors que le défaut de compétence *ratione personae* peut, quant à lui, l'être puisque les parties peuvent

conférer compétence à la Cour lors de la procédure ou parfaire celle-ci (par exemple par un accord exprès ou par *forum prorogatum*).

Dès lors, le défaut de compétence *ratione personae*, contrairement au défaut de *jus standi*, ne fait pas obstacle à la validité de la saisine de la Cour.

Cinquièmement, la compétence ou compétence spéciale en une affaire donnée de la Cour internationale de Justice, en tant que juridiction semi-ouverte dotée d'une compétence fondée sur le consentement des parties à un différend, implique un consentement double de la part des Etats. Ceux-ci

- a) consentent à reconnaître la Cour en tant qu'«organe institué pour «dire le droit»» (affaire du *Détroit de Corfou*, *exception préliminaire*, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, opinion dissidente du juge Daxner, p. 39). Ce consentement est exprimé de manière indirecte, par l'adhésion aux Nations Unies en tant qu'Etat Membre, ou directe, pour ce qui concerne les Etats non membres des Nations Unies, soit par l'adhésion au Statut de la Cour, soit par l'acceptation de la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, comme condition préalable; et
- b) consentent à reconnaître que la Cour est compétente pour connaître d'un différend particulier ou d'un type de différend donné et ce, sur le fondement des bases de compétence pertinentes de l'article 36 du Statut, comme condition de fond éventuellement assortie de réserves.

Comme la Cour l'a dit dans l'affaire *Nottebohm*: «la saisine de la Cour par voie de requête, dans le système du Statut, n'est pas ouverte de plein droit à tout Etat partie au Statut, elle n'est ouverte que dans la mesure définie par les déclarations applicables» (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 122). Elle a ensuite développé ce principe dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* comme suit:

«Considérant qu'en vertu de son Statut la Cour *n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats qui ont été admis à ester devant elle ...* que la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend que si ces derniers *ont non seulement accès à la Cour mais ont en outre accepté sa compétence*, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit.» (*Mesures conservatoires*, *ordonnance du 2 juin 1999*, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 549-550, par. 20; les italiques sont de moi.)

36. Dans l'application des deux règles autonomes que sont la compétence *ratione personae* et le *jus standi* — chacune ayant son objet et ses effets propres —, la seconde a une priorité logique et normative. Le *jus standi*, parce qu'il exprime le droit à la protection judiciaire, revêt un caractère préalable et constitue une question préliminaire qui doit être

«examinée *préalablement* à toute question de compétence» (affaire du Cameroun septentrional (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, opinion individuelle de sir G. Fitzmaurice, p. 105; les italiques sont dans l'original), étant donné que

«[l]a Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1030, par. 45.)

4. *Appréciation, par la majorité, de la qualité pour agir du défendeur (jus standi)*

37. La manière dont la majorité analyse la qualité pour agir du défendeur est assez confuse et nettement contradictoire, principalement parce qu'elle cherche à concilier l'inconciliable.

En ce qui concerne la nature du *jus standi*, c'est-à-dire la question de savoir si celui-ci est ou non une obligation processuelle autonome, la majorité a adopté pour position que ce pouvait être «une question préalable à celle de la compétence *ratione personae*, ou ... un élément constitutif de la compétence *ratione personae*» (arrêt, par. 102).

Cette conclusion pourrait être considérée comme exacte si elle était en rapport avec la terminologie utilisée pour les deux notions en question, mais non dans le contexte dont il s'agit.

Si, comme nous l'avons indiqué, pour ce qui concerne le *jus standi*, contrairement aux questions juridictionnelles, «ce n'est pas du consentement des parties qu'il s'agit» (*ibid.*), alors il est manifeste que le second élément ne joue pas. Comme toute autre obligation processuelle, le *jus standi* ne peut pas reposer à la fois sur le consentement des parties et sur les dispositions du Statut, qui ne relèvent pas du consentement, comme cela a été précisé dans l'arrêt susmentionné rendu dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)* (*C.I.J. Recueil 2004, arrêt*, p. 295, par. 36).

Après tout, poursuivant le raisonnement, l'arrêt définit le *jus standi* de manière négative, comme une condition distincte, en disant que «la capacité de se présenter devant la Cour ... 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» (arrêt, par. 135; les italiques sont de moi). Si le *jus standi* est effectivement un élément de la compétence *ratione personae*, il n'est alors probablement pas nécessaire de chercher la moindre «construction logique» permettant de constater dans l'arrêt sa présence, bien qu'il ne soit pas expressément mentionné. Il semble toutefois que la situation juridique soit différente. Comme la Cour l'a dit dans les affaires du *Sud-Ouest africain*:

«C'est un principe universel, nécessaire et cependant presque élé-

mentaire du droit de la procédure qu'il faut distinguer entre ... le droit de saisir un tribunal et le droit du tribunal de connaître du fond de la demande.» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 39, par. 64; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11.)

Le *jus standi* ne peut être conçu comme un élément de la compétence *ratione personae* qu'au sens descriptif ou si la compétence *ratione personae* est considérée *lato sensu* comme englobant différentes notions juridiques énoncées aux articles 35 et 36 du Statut.

38. En la présente espèce, le problème pertinent n'est pas celui de la compétence *ratione personae*, mais celui du droit de la Serbie à ester devant la Cour. L'exception non préliminaire soulevée par la Serbie a trait à son *jus standi* et non à la compétence *ratione personae*, et la *causa petendi* est l'article 35 du Statut et non son article 36. En ce sens, la conclusion énoncée par la Cour dans l'affaire du *Droit d'asile* semble devoir s'appliquer. Dans ladite affaire, la Cour a notamment dit ceci :

«l'arrêt du 20 novembre n'a pas statué sur la question de la remise du réfugié. Cette question est nouvelle... Par conséquent, il n'y a pas chose jugée en ce qui concerne la question de la remise.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 80.)

Il est exact que le défendeur, alors même qu'il invoque son défaut de *jus standi*, utilise également l'expression «compétence *ratione personae*». Mais cela peut difficilement servir d'excuse à la Cour, car se pose ici une *questio juris* qui relève de la règle *jura novit curia*.

39. L'arrêt reconnaît très justement que la capacité de la République fédérale de Yougoslavie à ester devant la Cour en vertu du Statut n'avait «donn[é] lieu à aucune observation» dans l'arrêt de 1996 et que «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de [l]a capacité de [la République fédérale de Yougoslavie] à participer à une procédure devant la Cour...» (arrêt, par. 122). La question est manifestement évidente.

Et elle n'est pas seulement évidente en ce qui concerne le dispositif de l'arrêt. Les motifs de droit sur lesquels le dispositif repose sont essentiellement limités à la question de savoir si les parties au différend auraient pu être considérées comme des parties à la convention sur le génocide (arrêt de 1996, par. 17-20). Ils sont également limités à quelques questions connexes comme la succession automatique à l'égard de certains types de traités et conventions internationaux (*ibid.*, par. 21 et 23), à la nature de la convention sur le génocide (*ibid.*, par. 22) et à la non-reconnaissance du *nexus* contractuel entre les parties à un traité multilatéral (*ibid.*, par. 25-26).

Par conséquent, les éléments de preuve paraissent irréfutables : l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996 n'a évoqué ni dans le dispositif ni dans les principes sur lesquels il se fonde — et a encore moins tranché — la

question de la qualité de la République fédérale de Yougoslavie à ester devant la Cour.

En outre, rien dans les autres composantes de l'arrêt de 1996 — le sommaire exposant les principales questions examinées, le résumé de la procédure, y compris les conclusions des parties — n'indique que la Cour ait ne serait-ce qu'examiné la question.

Quoi qu'il en soit, la majorité n'a pas tiré les conséquences qui s'imposent du *factum proprium*. Indépendamment des différences qui peuvent exister quant à la conception de la règle de la *res judicata* en ce qui concerne sa nature et ses effets, il faut encore compter avec les conditions intrinsèques classiques permettant l'application de la règle en la présente espèce. Et il est manifeste, d'après ce qu'estime la majorité elle-même, que l'un des éléments — l'identité de la question posée *eadem res* — fait défaut, ce qui empêche automatiquement la règle de s'appliquer à l'arrêt de 1996.

40. L'arrêt a été élaboré par déduction, ce qui, outre une conception curieuse de la règle de la *res judicata*, est supposé éviter les conséquences qui découlent nécessairement du défaut de *jus standi* du défendeur en l'espèce.

Les principaux éléments du raisonnement sont les suivants :

Revêtant l'autorité de la chose jugée, le dispositif de l'arrêt de 1996, aux termes duquel «[la Cour] a 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», a établi la compétence de la Cour en l'espèce.

«Cette compétence est donc établie avec toute l'autorité juridictionnelle de la Cour. Qu'une partie affirme aujourd'hui que, à l'époque où l'arrêt a été rendu, la Cour n'avait pas compétence pour statuer au motif qu'il apparaîtrait à présent que l'une des parties n'avait pas qualité pour se présenter devant elle revient ... à remettre en cause la force de chose jugée du dispositif de l'arrêt.» (Arrêt, par. 123.)

Le fait que la Cour n'ait pas examiné, et encore moins tranché, la question du *jus standi* du défendeur est sans importance, parce qu'il faut

«nécessairement [l']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.» (Arrêt, par. 132.)

Le raisonnement découlant de cette «interprétation» se poursuit, de sorte que

«la conclusion expresse énoncée dans l'arrêt de 1996 selon laquelle [la Cour] avait compétence *ratione materiae* en l'espèce ... n'est

conciliable, en droit et en toute logique, qu'avec l'idée que, à l'égard des deux Parties, elle avait compétence *ratione personae* au sens large — c'est-à-dire que la situation de l'une et de l'autre était de nature à satisfaire aux conditions du Statut concernant la capacité des Etats à se présenter devant la Cour» (arrêt, par. 133).

Cette «interprétation» qui sous-tend le raisonnement exposé ci-dessus constitue en réalité une tentative visant à faire entrer une décision de logique, ou une décision obtenue par déduction, dans le domaine du raisonnement judiciaire.

Vu la notion même d'arrêt, que «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de [l]a capacité de [la République fédérale de Yougoslavie] à participer à une procédure devant la Cour...» (arrêt, par. 122), et compte tenu des dispositions relatives au contenu et à la structure des arrêts, qui sont énoncées au paragraphe 1 de l'article 56 du Statut et au paragraphe 1 de l'article 95 du Règlement, les considérations juridiques sous-jacentes, voire le simple bon sens, l'interprétation de l'arrêt par la seule logique est, à tout le moins, *contradictio in adiecto*. Cela vaut en particulier pour ce qui concerne la question du *jus standi* dont on ne peut en aucun cas dire qu'elle est tributaire de la question de la compétence *ratione personae* — laquelle a été formellement tranchée — ou bien qu'elle en est un simple aspect. Ce n'est pas seulement une question distincte et autonome, c'est aussi une question qui détermine les limites objectives du pouvoir judiciaire de la Cour, c'est-à-dire la légalité de ses actes sur le plan du droit international objectif.

41. Le libellé de l'arrêt donne à penser que la raison pour laquelle la Cour n'a pas examiné et n'a pas tranché la question du *jus standi* du défendeur tenait à la position adoptée à ce sujet par les parties au différend, et tout particulièrement le défendeur.

«Rien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de la capacité [de la RFY] à participer à une procédure devant la Cour; ... les deux Parties s'étaient abstenues de solliciter une décision sur ces questions.» (Arrêt, par. 122.)

Le défendeur a soulevé sept exceptions préliminaires, mais «aucune de ces exceptions ne reposait sur la thèse selon laquelle la RFY n'aurait pas été partie au Statut au moment du dépôt de la requête; il ne s'agissait pas là d'une thèse formulée expressément au stade des exceptions préliminaires» (arrêt, par. 106).

Etant donné la nature de la question de la compétence, la raison invoquée n'est pas une excuse valable et n'a pas d'effet juridique à l'égard de la question dont il s'agit.

42. Etant donné qu'«établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*), com-

pétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 450, par. 37; voir également l'opinion individuelle de sir Arnold McNair dans la phase juridictionnelle de l'affaire relative à l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle il a déclaré qu'«[u]n tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question *inter partes*» (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 116)), l'existence d'un désaccord entre les parties quant à la compétence au stade des exceptions préliminaires n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour examine la question de sa compétence et, à fortiori, celle du *jus standi*.

Les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un outil, un moyen conçu sur le plan procédural pour l'établissement de la compétence de la Cour *suo nomine et suo vigore*, car la Cour a l'obligation d'établir cette compétence *ex officio*. Le rôle juridique des procédures sur les exceptions préliminaires a été définie par la Cour dans l'affaire relative aux *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (ci-après dénommée «*Ecoles minoritaires*»):

«l'exception de la Partie ne fait qu'attirer l'attention du tribunal sur une objection à la compétence qu'il doit examiner d'office» (*Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15, p. 23; les italiques sont de moi).

Ou bien, comme la Cour l'a dit dans l'affaire de la *Convention sur le génocide*:

«[L]a Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire et ... [les] exceptions éventuellement soulevées par la partie défenderesse peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi).

Par conséquent, le fait que la Cour établisse sa compétence en l'espèce n'est pas nécessairement lié au désaccord quant à sa compétence. Si la Cour a l'obligation de vérifier qu'elle est bien compétente dans chaque affaire dont elle connaît, qu'une exception préliminaire soit ou non soulevée à cet égard, les exposés des parties lors de la procédure n'ont pas, à fortiori, une importance déterminante relativement à cette question. Si, comme le précise Shabtai Rosenne dans un commentaire sur l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (ci-après dénommée «*affaire de l'Or monétaire*»)

«le fait qu'une exception soit soulevée ne veut pas dire — aux yeux de la Cour — qu'elle est priée de s'abstenir de statuer sur le fond de la demande quelles que soient les circonstances»²²,

²² Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3^e éd., vol. II, *Jurisdiction*, 1997, p. 863.

dans ce cas, le contraire est également vrai, c'est-à-dire que la Cour est priée de ne pas statuer sur le fond de la demande si aucune exception à l'exception préliminaire n'est soulevée. La pratique de la Cour est abondante à cet égard.

Le prononcé de la Cour en l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (ci-après dénommée «affaire du Conseil de l'OACI») peut être considéré comme une synthèse de cette pratique: «[l]a Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13).

Les opinions des juges confortent également cette pratique. Dans l'affaire relative aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, le juge Moore a, dans son opinion dissidente, déclaré que, «même dans le silence des Parties, le tribunal est tenu de se dessaisir d'office s'il estime qu'il y a défaut de compétence» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 58); dans l'affaire des *Ecoles minoritaires*, le juge Huber a, dans son opinion dissidente, dit que la Cour «recherchera d'office quelle sera sa base juridique pour se prononcer sur les demandes des Parties» (*arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15*, p. 54); et dans l'affaire relative aux *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, le juge Kellogg a indiqué, dans les observations qu'il a jointes à l'ordonnance du 6 décembre 1930, qu'il n'était pas indispensable que la question de la compétence soit soulevée par l'une des parties, car «[e]lle peut et devrait être soulevée par la Cour de sa propre initiative, ainsi qu'elle l'a fait dans l'affaire de la Carélie orientale» (*ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 43).

43. En tant que *questio juris*²³, la compétence de la Cour s'inscrit dans le cadre du principe *jura novit curia*. Dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (ci-après dénommée «affaire de l'Oder»), ce ne fut que lors de la procédure orale que le Gouvernement polonais prit pour thèse que la convention de Barcelone n'avait pas été ratifiée par la Pologne. Les six défendeurs ont prié la Cour d'écarter *in limine* la thèse polonaise, au motif qu'elle avait été présentée à un stade très avancé de la procédure. La Cour a rejeté l'exception qu'elle a jugée non valable parce que «[l]e fait que la Pologne n'a pas ratifié la Convention de Barcelone n'étant pas contesté,

²³ «L'existence de la compétence de la Cour dans un cas particulier n'est... pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, *arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16.) La question de la compétence de la Cour est

«une question nécessairement préalable et indépendante, c'est-à-dire une question de droit objective, qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 54, par. 16 c)).

il est évident qu'il s'agit d'une pure question de droit que la Cour pourrait et devrait examiner même d'office» (arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 19).

La Cour est liée par le droit, mais elle ne l'est pas par les arguments des parties. Cela résulte clairement du principe *jura novit curia* qu'elle a rappelé dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et à la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*:

«La Cour, en tant qu'organe judiciaire international, n'en est pas moins censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut *comme dans toute autre*, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend ... car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.» (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 9, par. 17; *ibid.*, p. 181, par. 18; les italiques sont de moi.)

Le principe a également été confirmé dans l'affaire du *Nicaragua* par le prononcé suivant:

«[L]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 24, par. 29; voir l'affaire du *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 31).

Par conséquent, la règle selon laquelle c'est à la partie qui cherche à affirmer un fait qu'incombe la charge de la preuve «est sans pertinence aux fins d'établir la compétence de la Cour» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37).

44. Dans son arrêt de 1996, la Cour est partie du «postulat» que la RFY avait la capacité de se présenter devant elle en vertu du Statut (arrêt, par. 135).

Ce postulat «était 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.*). Mais cet «élément ne saurait à tout moment être remis en question et réexaminé» (*ibid.*).

Ce raisonnement semble omettre de prendre en considération la distinction qui existe entre présomption juridique (*praesumptio juris*) et présomption judiciaire (*praesumptio facti vel homine*), catégorie dans laquelle entre en réalité le «postulat» relatif au *jus standi* de la République fédérale de Yougoslavie devant la Cour.

La présomption judiciaire, tout comme la présomption juridique²⁴, est l'un des principaux types de présomptions en droit international.

Elle signifie qu'un fait donné ou un état de fait, alors même qu'il n'a pas été prouvé, est considéré comme véridique par une instance internationale. En tant que tel, il ne coïncide pas nécessairement au fait réel ou à la situation de fait ou n'en est pas nécessairement l'équivalent.

Des considérations d'ordre pratique président au recours à la présomption judiciaire.

En effet, cette dernière permet de ne pas attendre trop longtemps l'entier établissement des faits et de la situation précise dont dépendent l'existence, le contenu ou la cessation d'un droit, lorsque l'écoulement d'un laps de temps trop important aurait des conséquences négatives pour les parties concernées ou ferait obstacle au bon déroulement de la procédure.

45. En tant que type de présomption, la présomption judiciaire présente certaines caractéristiques particulières qui la différencient de la présomption juridique (*praesumptio juris*).

Il convient de mentionner à cet égard deux caractéristiques principales de la présomption judiciaire :

En premier lieu, la présomption judiciaire est, en principe, une présomption naturelle et factuelle (*praesumptio facti vel homine*) qui n'est pas fondée sur les règles particulières qui constituent le droit de la juridiction internationale saisie ni le droit qu'elle applique. C'est un élément inhérent au raisonnement juridique qu'applique la juridiction internationale pour interpréter et appliquer les règles de droit.

²⁴ Mieux connues que les présomptions judiciaires, les présomptions juridiques (*praesumptio juris*) sont abondamment appliquées en droit international. Les juridictions internationales ont l'habitude de recourir à la preuve par déduction de fait (*présomption de fait*) ou aux preuves indirectes (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18). En ce qui concerne la présomption juridique dans la pratique de la Cour inter-américaine des droits de l'homme, voir T. Buergenthal, R. Norris et D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2^e éd., 1986, p. 130-132 et p. 139-144.

La pratique des juridictions internationales abonde en présomptions fondées sur les principes généraux du droit international, qui peuvent être des présomptions de bonne foi (voir, par exemple, l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5*, p. 43) ou des présomptions négatives telles des présomptions d'abus de droit (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 30; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 12; *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 119: opinion dissidente du juge Ecker). Ces présomptions possèdent un poids spécial dans l'interprétation des traités puisque celle-ci a pour rôle de découvrir « ce qui fut l'intention ou ce que l'on peut raisonnablement présumer avoir été l'intention des parties à un traité quand elles l'ont conclu » (Harvard Law School, *Research in International Law*, partie III, « Le droit des traités », art. 19, p. 940; les italiques sont de moi).

En second lieu, contrairement aux présomptions juridiques qui peuvent être irréfutables (*praesumptio juris et de jure*), les présomptions judiciaires, qui sont naturelles ou factuelles, sont par définition réfutables. Leur caractère réfutable est toutefois d'une nature particulière.

Etant donné qu'elle fait partie du raisonnement de la juridiction internationale, la présomption judiciaire ne saurait être réfutable de la même façon qu'une présomption juridique. Une présomption judiciaire est, en tant que telle, en réalité susceptible d'être abandonnée ou remplacée par la juridiction internationale.

Dans son raisonnement juridique, l'instance internationale abandonne la présomption ou la remplace par une autre présomption ou par un fait établi. *Stricto sensu*, seules les conclusions ou décisions de la juridiction internationale qui sont fondées sur des présomptions juridiques sont réfutables. Toutefois, les présomptions judiciaires perdent le fondement de leur existence lorsque la juridiction internationale identifie le point en litige qui constitue l'objet de ladite présomption. Ces présomptions s'excluent d'elles-mêmes parce qu'elles sont privées de leur objet. Mais alors toutefois, il incombe à la juridiction internationale de réformer, suivant la procédure voulue, sa propre conclusion ou décision fondée sur ladite présomption.

En outre, par opposition à une présomption juridique, une présomption judiciaire n'est pas une conclusion judiciaire de la Cour — et ne saurait en être l'équivalent par ses effets — car elle est son substitut factuel. Par suite, on ne peut pas considérer que, en se fondant sur cette présomption particulière, la Cour a pris une décision quant à la question du *jus standi* du défendeur. La Cour l'a fait *de facto*, en formulant un élément de son raisonnement.

46. La raison d'être des présomptions judiciaires est de remplacer provisoirement des faits ou des circonstances prouvés afin d'éviter de différer l'identification de faits et de situations exacts quand une telle attente risque d'avoir des conséquences néfastes pour les parties à un différend ou d'empêcher le bon déroulement de la procédure.

Néanmoins, une fois les faits et les circonstances réels établis, il faut renoncer aux présomptions judiciaires et les remplacer par des faits prouvés. *A contrario*, si une juridiction s'en tient à des présomptions juridiques de préférence à des faits dûment prouvés, elle entretient une fiction judiciaire, sa propre vérité, face à des faits et des situations relevant du droit.

C'est exactement ce que fait la Cour en conservant son postulat relatif au *jus standi* du défendeur et à la question qui lui est inextricablement liée, à savoir celle de la qualité d'Etat Membre des Nations Unies du défendeur pendant la période allant de 1992 à 2000.

5. *Les effets de l'arrêt de 2004*

47. La question de savoir si le défendeur était un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, laquelle est déterminante en ce qui concerne sa qualité à ester devant la Cour dans les circonstances de la question à résoudre — étant donné que cette question porte sur un statut —, semble avoir été tranchée par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Par ailleurs, la majorité estime que la RFY a été admise à l'Organisation des Nations Unies en tant que «nouveau Membre en 2000» (*arrêt*, par. 109). Mais la Cour n'a pas tiré de ce fait, qui revêt une importance juridictionnelle déterminante en la présente espèce, les conséquences qui s'imposent en ce qui concerne le *jus standi* du défendeur. Cela tient au fait que les Parties reconnaissent que ces arrêts «n'ont pas force de chose jugée aux fins de la présente instance» (*arrêt*, par. 84). Il y a lieu de formuler deux observations en ce qui concerne cette interprétation des effets des arrêts de 2004. En premier lieu, la question des effets des arrêts de la Cour est une *questio juris* et, en tant que telle, entre dans le champ du principe *jura novit curia*, ce qui signifie que la Cour n'est pas tributaire de l'accord des parties en ce qui concerne le droit applicable. En second lieu, les effets d'un arrêt ne sont pas pleinement épuisés par la règle de la *res judicata*.

48. Point n'est réellement besoin de dire que l'arrêt rendu par la Cour le 15 décembre 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ne produit pas les effets de la *res judicata* en la présente instance, car l'un des éléments intrinsèques de cette règle — *eadem personae* — fait défaut. La Bosnie-Herzégovine n'était pas partie aux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, de sorte qu'elle n'est pas liée par la décision de la Cour dans lesdites affaires.

49. Voilà pour un premier point. Les effets substantiels de l'arrêt de 2004 sur la présente espèce en constituent un autre. Il est clairement établi dans la jurisprudence de la Cour que les effets substantiels de ses décisions ne sont pas nécessairement limités à l'espèce tranchée et peuvent par conséquent, selon les circonstances, avoir à l'occasion une portée plus large.

Dans l'affaire de la *Mer Egée*, la Cour a notamment dit :

« Bien qu'en vertu de l'article 59 du Statut «la décision de la Cour [ne soit] obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé», il est évident que *tout prononcé sur la situation de l'Acte de 1928 [Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux]*, par lequel la Cour déclarerait que celui-ci est ou n'est plus une convention en vigueur *pourrait influencer les relations d'Etats autres que la Grèce et la Turquie* [les Parties à la présente instance]. » (*Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *arrêt*, C.I.J. Recueil 1978, p. 17-18, par. 39; les italiques sont de moi.)

Une interprétation restrictive de l'article 59 du Statut n'a tout simplement pas sa place dans la jurisprudence de la Cour²⁵.

50. En conséquence, la vraie question qui se pose concrètement n'est pas de savoir si l'arrêt de 2004 a des effets concrets en la présente affaire, mais de savoir «si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, par. 28), ou bien s'il faut considérer l'arrêt de 2004 «comme un énoncé de ce que la Cour a jugé être la situation juridique exacte» (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 27).

51. On constate non seulement qu'il n'y a aucune raison de le faire, mais encore qu'il existe plusieurs raisons pour lesquelles la Cour doit suivre le raisonnement adopté précédemment, ce qui la conduit inévitablement aux conclusions qu'elle a adoptées dans son arrêt de 2004.

Tout d'abord, la question pertinente — le défendeur était-il un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies à l'époque pertinente et, en tant que tel, partie au Statut de la Cour — se pose dans les deux affaires de manière identique et produit des conséquences juridiques identiques. Le *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro en la présente instance est, exactement comme dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, inextricablement lié à sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, étant donné que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait être considérée comme partie au Statut sur un autre fondement que celui d'Etat Membre de l'Organisation, dès lors que son *locus standi* ne pouvait être fondé sur le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. En règle générale, quand un même état de fait et un même

²⁵ «S'il était vrai qu'un arrêt de la Cour n'est revêtu de l'autorité de la chose jugée que dans le seul cas qui a été décidé, cela signifierait que, si le «cas» concerne l'interprétation d'une clause de traité, l'interprétation donnée pourrait être remise en discussion dans des «cas» futurs ayant trait à la même clause de traité. Un tel résultat ne serait pas seulement absurde, mais mettrait l'article 59 en contradiction inconciliable avec la phrase finale de l'article 63 du même Statut déclarant que, lorsqu'un Etat tiers intervient à un procès dans lequel il s'agit de l'interprétation d'une convention multilatérale à laquelle il est partie ensemble avec les Etats litigants, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard. La *res judicata* s'étend, par conséquent, hors des limites strictes du cas décidé. Y a-t-il vraiment dans l'arrêt de 1937 des éléments qui soient également décisifs pour la réclamation actuelle? Le Tribunal ne le croit pas.» (*Arbitrage entre la France et la Grèce, Cour permanente d'arbitrage*, 23 ILR 81 p. 86 (1956).)

Voir également le juge Oda dans son opinion individuelle dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981*, p. 30, par. 14; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, opinion dissidente du juge Jennings, p. 157-160; *ibid.*, opinion dissidente du vice-président Sette-Camara, p. 87, par. 81; *ibid.*, opinion dissidente du juge Schwebel, p. 134, par. 9-10).

statut juridique se présentent dans deux affaires différentes, il faut leur accorder le même traitement en vertu des principes de la cohérence du raisonnement judiciaire et de l'égalité devant la Cour.

En outre, la Cour, en constatant que, «au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant [elle], le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Portugal)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1195, par. 90), a essentiellement pris acte, sur le plan judiciaire, d'un fait établi objectivement par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, fait qui, dans le contexte de l'affaire, a été un fait juridictionnel déterminant. De par sa résolution 55/12, l'Assemblée générale des Nations Unies a créé un statut juridique objectif *erga omnes*. Même en laissant de côté la force obligatoire de la résolution 55/12, la partie de l'arrêt de la Cour relative à l'établissement du statut de la Serbie-et-Monténégro vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période pertinente n'en demeure pas moins, par sa nature même, un jugement déclaratoire *in rem* produisant des effets déterminants, tout au moins en ce qui concerne les Etats parties au Statut de la Cour. En tant que tel, l'arrêt ne saurait, pour ce qui concerne ce point, être traité comme un arrêt *in personam* n'ayant des effets déterminants que pour les parties à l'affaire, dès lors qu'il traite du statut de la Serbie-et-Monténégro à la fois vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies elle-même et vis-à-vis des Etats Membres de celle-ci.

52. La résolution 55/12 relève du type de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont un effet définitif et obligatoire pour l'ensemble de la structure de l'Organisation.

«L'article 18 [de la Charte] traite des «décisions» de l'Assemblée générale «sur les questions importantes». Ces «décisions» comprennent en effet certaines recommandations, mais d'autres ont une valeur et un effet de caractère impératif. Parmi ces dernières décisions l'article 18²⁶ comprend la suspension des droits et privilèges des Membres dans le cadre des articles 5 et 6, c'est le Conseil de Sécurité dont le pouvoir se borne à faire des recommandations et c'est l'Assemblée générale qui décide et dont la décision fixe le statut des Etats en question.» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 163-164; les italiques sont de moi.)

²⁶ L'article 18 de la Charte se lit comme suit:

«2. Les décisions de l'Assemblée générale sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants. Sont considérées comme questions importantes ... l'admission de nouveaux Membres dans l'Organisation, la suspension des droits et privilèges de Membres, l'exclusion de Membres...»

Conformément au paragraphe 2 de l'article 4 de la Charte, «[l']admission comme Membre des Nations Unies de tout Etat ... se fait par *décision* de l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité» (les italiques sont de moi).

53. Relevant de la compétence exclusive de deux des principaux organes politiques des Nations Unies — le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale —, les décisions relatives à l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies font partie intégrante du droit international que «[la Cour] ... est tenue de respecter» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, opinion individuelle du juge Lachs, p. 26). Dans un système de parallélisme fonctionnel, il faut considérer comme un principe régissant les rapports entre les organes principaux des Nations Unies que «la Cour doit collaborer à la réalisation des buts de l'Organisation et s'attacher à donner effet aux décisions des autres organes principaux en évitant tout résultat qui les priverait d'effet»²⁷.

La conclusion selon laquelle le défendeur jouissait du statut d'Etat Membre à compter du 1^{er} novembre 2004 fait désormais partie de la réalité objective établie par les organes des Nations Unies dans leur ensemble. Dans une lettre datée du 27 décembre 2001, adressée au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies par le Secrétaire général Kofi Annan, ce dernier a déclaré :

«J'ai l'honneur de me référer à la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000, par laquelle l'Assemblée a décidé d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies. Cette décision a mis fin *ipso facto* à la qualité de Membre de l'Organisation de l'ex-Yougoslavie, qui avait été admise en 1945.»²⁸

Sous l'intitulé «Information historique sur les traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général»²⁹, il est expressément indiqué que la «Yougoslavie», à laquelle le conseiller juridique se réfère dans sa lettre du 29 septembre 1992, comme étant l'Etat dont la résolution «ne me[t] pas fin à l'appartenance ... à l'Organisation, et ... ne la suspen[d] pas», est l'ex-Yougoslavie, c'est-à-dire la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et non la République fédérale de Yougoslavie : «Le Conseiller juridique, toutefois, a été d'avis que la résolution de l'Assemblée générale ne mettait pas fin à l'appartenance de l'ex-Yougoslavie à l'Organisation, et qu'elle ne la suspendait pas.»

²⁷ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 3^e éd., vol. I, *The Court and the United Nations*, 1997, p. 69-70.

²⁸ Nations Unies, doc. A/56/767 ; les italiques sont de moi.

²⁹ Voir «Renseignements historiques», <http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/french-internetbible/historicalinfo.asp> sous la rubrique «ex-Yougoslavie».

Il est également pertinent de constater qu'aucun Etat n'a fait objection à l'avis juridique susmentionné, alors que certains Etats Membres de l'Organisation ont formulé des objections lorsque la République fédérale de Yougoslavie d'Etat a été qualifiée de d'Etat prédécesseur dans le «Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux»³⁰; en réponse aux objections soulevées, le conseiller juridique a d'ailleurs fait publier des «errata»³¹, supprimant notamment la mention d'«Etat prédécesseur» pour la République fédérale de Yougoslavie.

54. Ce fait témoigne en soi de l'acceptation universelle, tant par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies que par les organes de l'Organisation elle-même, des conséquences juridiques de l'admission de la République fédérale de Yougoslavie en tant que Membre des Nations Unies. La Cour a résumé la situation comme suit:

«Le demandeur [la Serbie-et-Monténégro] a ainsi le statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies depuis le 1^{er} novembre 2000. Toutefois, son admission au sein de l'Organisation des Nations Unies n'a pas remonté et n'a pu remonter à l'époque de l'éclatement et de la disparition de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; il n'était pas question en 2000 de rétablir les droits de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en tant que Membre de l'Organisation au bénéfice de la République fédérale de Yougoslavie.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 310, par. 78.)

55. Cette interprétation de la résolution 47/1 n'est pas nouvelle. Il faut savoir que la doctrine la préconisait également. Dans un article intitulé «La nouvelle Organisation des Nations Unies et l'ancienne Yougoslavie», le professeur Rosalyn Higgins écrivait ceci:

«L'Assemblée a bien recommandé que *la nouvelle République fédérale (la Serbie-et-Monténégro) présente une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies*. Mais la résolution n'a ni suspendu ni mis fin à *l'appartenance* de la Yougoslavie aux Nations Unies. Le résultat est absolument anormal. Le siège et la plaque portant le nom du pays demeurent inchangés. L'ancien drapeau yougoslave flotte toujours sur la 42^e Rue. «*La Yougoslavie demeure un Membre des Nations Unies, c'est-à-dire non pas la Serbie-et-Monténégro, mais la Yougoslavie dans son intégralité.*»»³²

56. Bien que s'étant bornée dans le dispositif de l'arrêt de 2004 à la question de sa compétence pour connaître de l'affaire, la Cour s'est prin-

³⁰ ST/LEG.8, p. 89, par. 297.

³¹ Document des Nations Unies LA41TR/220.

³² *International Affairs*, vol. 69, 1993, p. 479; les italiques sont de moi.

cipelement intéressée, dans l'exposé des motifs, à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies durant la période pertinente. Sa conclusion selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie n'était pas Membre de l'Organisation des Nations Unies avant d'y être admise en novembre 2000 a été déterminante eu égard à sa compétence en l'espèce.

57. Le dispositif de l'arrêt de 2004 ne découle pas du raisonnement de la Cour consistant à choisir parmi les différentes solutions possibles ou l'une des diverses interprétations auxquelles le fait juridictionnel pertinent fournirait un motif; c'est le résultat inévitable du fait que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas Membre de l'Organisation des Nations Unies ou bien, en d'autres termes, une manière de constat judiciaire du fait établi par les organes politiques principaux dans l'exercice de leur compétence exclusive en vertu de la Charte des Nations Unies qui, dans les circonstances de l'espèce, constitue un fait juridictionnel déterminant.

Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, telle la résolution 55/12, créent une situation juridique objective, une situation produisant des effets *erga omnes*. Cela se manifeste dans les effets des arrêts de la Cour en vertu desquels un tel statut est créé *ad casum*.

58. Les arrêts que la Cour rend sur des questions de statut ne sauraient, dans leur effet *ratione personae* — à la différence d'autres arrêts —, être limités aux parties à un différend. Leurs effets substantiels vont au-delà des effets des arrêts énoncés à l'article 60 du Statut. En raison de la nature même de leur objet, les arrêts portant sur des questions de statut, qui ne tolèrent ni l'incertitude ni l'insécurité, ont un effet *intra partes*. L'effet d'un arrêt portant sur une question de statut, c'est-à-dire la création d'une situation légale objective³³, est intégré au droit interne des nations civilisées³⁴.

Toutefois, il ne s'agit pas de savoir quel est l'effet *intra partes* en vertu de l'article 59 du Statut des arrêts portant sur des questions de statut. La question est de savoir quel effet matériel ont, par répercussion, ces arrêts sur des Etats tiers. De tels arrêts sont obligatoires *erga omnes* non pas en tant qu'actes judiciaires au sens formel, mais en raison de leur force intrinsèque associée à la force obligatoire de l'arrêt au sens technique, fondée sur la présomption de vérité — *pro veritate accipitur* — qui doit, s'agissant des questions de statut, en tant que droit absolu, avoir un effet universel. Cela vaut tout particulièrement pour les arrêts de la Cour

³³ Dugguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, 1923.

³⁴ Voir, par exemple, le nouvel article 311 du code civil (loi de 1972), Vincent, *op. cit.*, p. 108, n° 79; en droit italien, il est traditionnellement considéré que les décisions relatives à des questions de statut ont un effet *erga omnes* — pour des exemples de décisions rendues par des juridictions italiennes, voir Pugliese, *op. cit.*, p. 888; en anglais existe, en ce sens, la notion de «*judgments in rem*» (voir Bower, Turner et Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 1965, p. 213 et suiv.).

comme celui rendu dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, qui, en substance, ne font que confirmer sur le plan judiciaire le statut déterminé de façon déterminante par les organes compétents des Nations Unies (voir l'arrêt, par. 88 et suiv.).

59. Il semble parfaitement clair que le *jus standi* du défendeur en la présente espèce est, comme dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, intrinsèquement lié à son statut d'Etat Membre des Nations Unies étant donné que le défendeur ne pouvait être considéré comme partie au Statut sur aucun autre fondement que celui de Membre des Nations Unies et que son *jus standi* ne saurait être fondé sur le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour.

La manière dont la majorité aborde cette double question est véritablement étonnante.

D'une part, il est admis que, «*s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies..., la situation n'était absolument pas aussi claire en 1999 — et encore moins en 1996*» (arrêt, par. 131; les italiques sont de moi).

D'autre part, il est précisé que :

«[i]l 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 ... 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. 138 et 139).

Ce raisonnement donne à penser que *quidquid iudicii placuit, habet legis vigorem*. Il exprime l'idée anachronique et totalement inacceptable que la Cour n'est pas le gardien, mais le créateur de la légalité et que, en réalité, elle rend des décisions indépendamment du droit objectif établi par son Statut.

Cela conduit, *nolens volens*, à la création d'une réalité judiciaire propre à la Cour et contraire à la réalité juridique objective, ce qui donne naissance à un véritable *judicium illusorum*.

La conception erronée de la règle de la *res judicata* consacrée dans cet arrêt donne naissance à une ambivalence absurde en ce qui concerne le statut du défendeur vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

Contrairement aux effets *erga omnes* de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, l'arrêt de la Cour, comme le prévoit l'article 59 du Statut,

n'est obligatoire que pour les parties en litige. Logiquement cela veut dire que, dans le cadre du différend porté devant la Cour, le défendeur est considéré, tacitement du moins, comme ayant été Membre des Nations Unies pendant la période allant de 1992 à 2000 pour ce qui concerne la Cour et le demandeur, tandis que, pour l'Organisation elle-même, le défendeur n'était pas un Etat Membre; et pour la Bosnie-Herzégovine, le défendeur n'était pas non plus un Etat Membre pour toute question autre que l'instance elle-même. En outre, la Cour considère le défendeur comme un Etat Membre des Nations Unies en la présente affaire et comme un Etat non membre dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*.

60. Le prononcé établissant que, «s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies..., la situation n'était absolument pas aussi claire en 1999 — et encore moins en 1996», pose une question tout à fait déplaisante sur le rôle de la Cour en l'espèce compte tenu du principe de bonne foi qui, en tant que principe obligatoire, est tout au moins aussi valable pour la Cour que pour les Etats.

Si, pendant plus d'une décennie, il a paru si clairement à la Cour que le défendeur n'était pas membre des Nations Unies — alors même que la qualité de Membre des Nations Unies est le seul fondement sur lequel le défendeur aurait pu être considéré partie au Statut de la Cour —, alors la Cour a délibérément évité de reconnaître un fait juridictionnel ayant une incidence sur la légalité même de la totalité de ses actes en la présente espèce. Un tel comportement de la Cour pourrait être qualifié d'arbitraire judiciaire confinant à l'excès de pouvoir, sinon d'excès de pouvoir, et non de pouvoir discrétionnaire ayant entraîné une indécision judiciaire.

6. La déclaration de 1992

61. Dans son arrêt de 1996, la Cour a jugé qu'elle avait compétence *ratione personae* sur le fondement de la déclaration formelle du 27 avril 1992 adoptée par les participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro. La Cour a considéré cette déclaration comme un acte unilatéral ayant des conséquences juridiques pertinentes quant à sa compétence *ratione personae*. Ce point de vue paraît douteux et mérite, selon moi, d'être réexaminé à la lumière des règles pertinentes du droit international et de la jurisprudence de la Cour, respectivement. Il s'agit de le réexaminer non seulement en ce qui concerne la présomption d'identité et de continuité juridiques entre le défendeur et la RFSY, thèse jugée inacceptable par la communauté internationale et qui a servi de fondement à la conclusion de la Cour, mais aussi en ce qui concerne la qualification de la nature et des effets de la déclaration.

62. La déclaration adoptée le 27 avril 1992 répondait-elle aux conditions requises pour être considérée comme un acte unilatéral produisant des conséquences juridiques?

63. Il semble évident que le fait, pour un Etat unique, d'effectuer un acte ne saurait, en soi, constituer un acte unilatéral à même de produire des effets juridiques *in foro externo*. Le caractère unilatéral d'un acte ne constitue qu'un élément extrinsèque qui, lorsqu'il est associé à d'autres éléments tant extrinsèques qu'intrinsèques, donne naissance à un acte juridique unilatéral au sens du droit international.

64. Dans les circonstances de la présente espèce, un certain nombre d'éléments revêtent une pertinence particulière. Le tout premier élément extrinsèque à considérer porte sur la capacité des participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro à produire des actes unilatéraux au sens du droit international. La session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro n'a pas été constituée en tant que Parlement de la République fédérale de Yougoslavie; il s'agissait plutôt d'un ensemble de représentants *in statu nascendi*. Même à supposer, *arguendo*, qu'il s'agissait d'une représentation du Parlement, ce n'était manifestement pas un organe étatique doté de la capacité d'accomplir des actes unilatéraux pour le compte de l'Etat. Les représentants d'un Etat ayant la faculté d'accomplir des actes juridiques unilatéraux sont le chef de l'Etat, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères³⁵. Cette règle a d'ailleurs été confirmée dans la jurisprudence de la Cour (*Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 22*). Par conséquent, il semble que la déclaration, si elle était conçue comme un acte juridique unilatéral *in foro externo*, n'émanait pas d'un organe compétent au sens du droit international et, en tant que telle, ne produisait aucun effet juridique³⁶.

65. Certes, la déclaration a été, comme la Cour l'a indiqué, «confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Dans le présent contexte, le terme «confirmée» peut avoir deux sens: un sens descriptif qui est que la lettre du représentant permanent reproduisait le texte de la déclaration et un sens «technique» qui est qu'elle confirmait un acte unilatéral émanant d'un organe étatique non autorisé. Aucun de ces deux sens du terme «confirmée» ne peut être retenu *in concreto*. S'agissant du sens descriptif

³⁵ Art. 4, Rapport sur les actes unilatéraux des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, II, première partie, doc. A/CN.4/486; Nations Unies, doc. A/CN.4/500 et Add. 1.

³⁶ Voir art. 4 (confirmation ultérieure d'un acte émanant d'une personne n'ayant pas l'autorité voulue à cette fin) dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, *Commission du droit international*, 2000, I, p. 96.

du terme, il est évident que la lettre du représentant permanent³⁷ ne reproduit qu'une partie du texte de la déclaration, en ce sens qu'elle ne cite qu'un bref passage dudit texte portant exclusivement sur l'identité et la continuité juridiques.

Par définition, en raison des pouvoirs limités qu'ont les chefs de mission permanente auprès des organisations internationales, y compris les missions permanentes auprès des Nations Unies, la note officielle de la mission permanente de la Yougoslavie du 27 avril 1992 ne saurait être comprise comme étant la « confirmation » d'un acte émanant d'un organe — si c'était un organe à l'époque pertinente —, organe n'ayant pas compétence au sens du droit international pour accomplir des actes juridiques au nom de l'Etat.

66. C'est pourquoi il faut voir dans la note de la mission permanente de Yougoslavie du 27 avril 1992 la *transmission* de la déclaration, suivie de la reproduction correspondante d'une partie de cette déclaration ayant directement trait à la thèse de la République fédérale de Yougoslavie selon laquelle elle assurait l'identité et la continuité juridiques de l'ex-RFSY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

67. Cette analyse de la note de la mission permanente de la Yougoslavie donne à penser que la déclaration du 27 avril 1992 et la note de la mission permanente sont deux actes distincts, bien que n'étant pas totalement indépendants l'un de l'autre, tant par leur nature que par leurs effets. La déclaration est essentiellement une déclaration de politique générale portant sur des questions se rattachant directement ou non à la thèse de l'identité et de la continuité juridiques de la République fédérale de Yougoslavie, alors que la note semble principalement être une notification, dans le sens classique du mot. En atteste le fait que la note était destinée au Secrétaire général, qui était prié de bien vouloir faire distribuer la déclaration et la note comme document officiel de l'Assemblée générale³⁸, alors que la déclaration était, en tant que telle, adressée *urbi et orbi*.

³⁷ Le texte de ladite lettre se lit comme suit :

« L'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la session qu'elle a tenue le 27 avril 1992, a promulgué la Constitution de la République fédérale de Yougoslavie. Aux termes de la Constitution, et compte tenu de la continuité de la personnalité de la Yougoslavie et des décisions légitimes qu'ont prises la Serbie et le Monténégro de continuer à vivre ensemble en Yougoslavie, la République fédérative socialiste de Yougoslavie devient la République fédérale de Yougoslavie, composée de la République de Serbie et de la République du Monténégro. Dans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré. » (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I.)

³⁸ Nations Unies, doc. A/46/915.

68. Plusieurs éléments intrinsèques de la déclaration méritent qu'on s'y intéresse dans ce contexte particulier : sa portée *ratione materiae*, l'intention de son auteur et ses effets éventuels.

69. S'agissant de sa portée *ratione materiae*, la déclaration a trait à diverses questions.

Elle se lit comme suit :

« Les représentants du peuple de la République de Serbie et de la République du Monténégro,

Exprimant la volonté des citoyens de leurs républiques respectives de demeurer au sein de l'Etat commun de Yougoslavie,

Acceptant tous les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies et de l'acte final d'Helsinki adopté par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) ainsi que de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, et en particulier les principes de la démocratie parlementaire, de l'économie de marché et du respect des droits de l'homme et des droits des minorités nationales,

Restant profondément déterminés à parvenir à un règlement pacifique de la crise yougoslave,

Souhaitent exprimer leurs vues sur les objectifs fondamentaux, immédiats et à long terme de la politique de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves.

A cette fin, les représentants de peuple de la République de Serbie et de la République du Monténégro font la déclaration suivante :

1. La République fédérale 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.

Simultanément, elle est disposée à respecter pleinement les droits et les intérêts des républiques yougoslaves qui ont déclaré leur indépendance. La reconnaissance des Etats 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 fédérale de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les Etats nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées. La République fédérale de Yougoslavie respectera et honorera les droits et obligations que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a contractés vis-à-vis des territoires de Krajina qui ont été placés, dans le cadre de l'opération de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies, sous la protection de l'organisation mondiale.

La République fédérale de Yougoslavie demeure également prête à négocier, dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie, tous les problèmes liés à la répartition des actifs acquis et des dettes contractées conjointement. En cas de litige sur ces questions, la République fédérale de Yougoslavie est disposée à accepter l'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

2. Les missions diplomatiques et consulaires qui représentent la République fédérale de Yougoslavie à l'étranger continueront, sans interruption, à s'acquitter de leurs fonctions qui consistent à représenter et à protéger les intérêts de la Yougoslavie. Jusqu'à nouvel ordre, elles continueront à se charger de la gestion de tous les avoirs de la Yougoslavie à l'étranger. 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 fédérale de Yougoslavie reconnaît, simultanément, la pleine continuité de la représentation des Etats étrangers assurée par les missions diplomatiques et consulaires de ces Etats sur son territoire.
3. La République fédérale de Yougoslavie souhaite le rétablissement de tous les liens qui existaient sur le territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, notamment dans les domaines de l'économie, des transports et de l'énergie. Elle est disposée à coopérer pleinement à la réalisation de cet objectif.
4. La République fédérale de Yougoslavie n'a aucune ambition sur les territoires de ses voisins, quels qu'ils soient. Fidèle aux objectifs et principes de la Charte des Nations Unies et aux documents de la CSCE, elle reste profondément attachée aux principes du *non-recours* à la force dans le règlement des différends.
5. La République fédérale de Yougoslavie garantira le plus haut niveau de protection des droits de l'homme et des droits des minorités nationales prévue dans les instruments juridiques internationaux et ceux de la CSCE. La République fédérale de Yougoslavie se déclare en outre disposée à accorder aux minorités nationales qui résident sur son territoire tous les droits reconnus aux minorités nationales qui résident dans les autres Etats Membres de la CSCE.
6. Dans ses relations avec l'étranger, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider par les principes de la Charte des Nations Unies ainsi que par ceux qui sont consacrés dans les documents de la CSCE, notamment la Charte de Paris pour une nouvelle Europe. En sa qualité de membre fondateur du Mouvement des pays non alignés, elle demeurera fidèle aux principes et objectifs de la politique du non-alignement.

Elle établira des relations de confiance et de compréhension avec ses voisins, sur la base du principe du bon voisinage. En

qualité d'Etat de citoyens libres, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider, dans son développement démocratique, par les normes et les décisions du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et des autres institutions européennes, auxquelles elle envisage d'adhérer prochainement.» (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe II; les italiques sont de moi.)

Il semble que, si on considère ce texte isolément, seule une partie de la déclaration — l'extension de la «protection consulaire à tous les ressortissants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» — est à même de produire *per se* certains effets sous certaines conditions. Bien qu'elle ne soit pas adressée à des Etats tiers, cette déclaration peut, dans un contexte plus large, être rangée dans la catégorie des actes relevant du «pouvoir d'autolimitation que le droit international conf[ère] aux Etats: en d'autres termes, la possibilité que ceux-ci [ont] de se soumettre à des obligations juridiques internationales»³⁹.

Dans la partie de la déclaration portant sur «les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international», laquelle est pertinente aux fins de déterminer si la République fédérale de Yougoslavie pouvait être considérée comme liée par la convention sur le génocide, la situation est toutefois fondamentalement différente.

70. La formule «respectera strictement tous les engagements» peut-elle être comprise comme signifiant que la République fédérale de Yougoslavie consent à être liée par la convention sur le génocide? Cette interprétation semble, à la lumière de la règle de l'interprétation des actes juridiques unilatéraux reconnue dans la jurisprudence de la Cour, totalement erronée. Quand il faut interpréter des actes unilatéraux d'Etats, «les déclarations ... doivent être considérées comme un tout» et «interprétées» comme formant un tout (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 452-454, par. 47 et 44). En outre, les actes unilatéraux «doi[ven]t être interprété[s] tel[s] qu'[ils] se présente[nt], en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105).

L'intention de l'auteur de la déclaration présente un intérêt primordial, car «[q]uand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 472, par. 46 ; *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 573-574, par. 39-40; les italiques sont de moi). Lorsque des Etats «font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose» (*Essais*

³⁹ V. Rodrigues Cedeno, Rapporteur spécial, *Commission du droit international*, 1998, II, deuxième partie, p. 51, par. 140.

nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 44; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 472-473, par. 47; les italiques sont de moi).

71. Compte tenu des règles propres à l'interprétation des actes juridiques unilatéraux, la question se pose naturellement de savoir si la République fédérale de Yougoslavie avait, par cette déclaration, l'intention d'assumer des obligations *ex foro externo*.

72. Si la déclaration est lue comme un tout et interprétée comme formant un tout, la réponse doit, semble-t-il, être négative. Il est souligné dans l'introduction que les participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro «[s]ouhaitent exprimer leurs vues sur les *objectifs* fondamentaux, immédiats et à long terme de la *politique* de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves» (les italiques sont de moi). On trouve rarement dans le domaine du droit international des déclarations de politique générale. Dans l'affaire du *Nicaragua*, examinant la question de savoir si l'on pouvait déduire un quelconque engagement juridique des communications adressées par la junte du gouvernement de reconstruction nationale du Nicaragua au Secrétaire général de l'Organisation des Etats américains avec le «plan pour la paix», la Cour a notamment constaté ceci:

«Il s'était agi d'une *promesse essentiellement politique*, faite non seulement à l'Organisation mais aussi au peuple du Nicaragua qui devait en être le premier bénéficiaire... Cette partie de la résolution *n'est qu'une simple déclaration ne comportant pas d'offre formelle pouvant constituer, par son acceptation, une promesse en droit et donc une obligation juridique.*» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 132, par. 261; les italiques sont de moi.)

En outre, si, par hypothèse, les participants avaient souhaité que la déclaration produise des effets juridiques, ces effets auraient été exprimés comme étant la confirmation ou la sauvegarde de droits et obligations existants et non comme la prise en charge d'obligations *pro futuro*. L'interprétation de la déclaration «en tenant compte des mots effectivement employés», «telle qu'elle se présente», porte inévitablement à la conclusion, comme la Cour elle-même l'a dit, que l'intention était de «*demeurer liée* par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie» (*C.I.J. Recueil 1996, p. 610, par. 17; les italiques sont de moi*). Dès lors, en vertu tant de considérations juridiques que de la déclaration elle-même, cela signifie qu'il y a identité et continuité juridiques entre l'ex-RFSY et la République fédérale de Yougoslavie. Si, en revanche, l'identité et la continuité juridiques étaient une condition dont dépendait le statut de la République fédérale de Yougoslavie en tant que partie à des conventions multilatérales, y compris la convention sur le

génocide, il se pose alors une autre question éminemment pertinente: la déclaration est-elle à même de produire des effets juridiques sans avoir été acceptée, expressément ou tacitement, par d'autres sujets de droit international, y compris l'Organisation des Nations Unies?

A l'évidence non, car les déclarations, comme les autres actes unilatéraux établis aux fins d'assumer des obligations conventionnelles, sont régies par le droit des traités, tel qu'il s'applique à la convention particulière dont il s'agit. En règle générale, les actes juridiques unilatéraux étant, en tant que tels, autonomes, ils ne sont pas de même nature que les obligations synallagmatiques qui constituent l'essence des traités.

73. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) dispose, en son article XI:

«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^{er} 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.»

Il apparaît que la ratification et l'adhésion sont les seuls moyens d'exprimer le consentement à être lié par la Convention. L'article XI exprime l'intention des auteurs de la Convention:

«Le projet du secrétariat ne proposait comme alternative que l'adhésion, adoptant pour théorie que l'approbation de la Convention par les représentants des gouvernements présents à l'Assemblée générale pouvait pallier la nécessité de signature. Le comité *ad hoc*, toutefois, a préféré adopter la procédure habituelle de signature suivie de la ratification pour les Membres fondateurs.»⁴⁰

74. Il semble que la Cour s'appuyait en outre fermement sur la conclusion selon laquelle «il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 610, par. 17). Toutefois, cette conclusion ne paraît guère convaincante compte tenu de la nature juridique de la question de la compétence (voir par. 41-44 ci-dessus).

⁴⁰ N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 47.

7. *La question de la partie défenderesse*

La Serbie a été désignée comme la partie défenderesse à partir de deux hypothèses :

- i) son statut d'Etat continuateur de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro ; et
- ii) l'idée que la République du Monténégro, en tant qu'Etat successeur, était *ipso facto* privée de toute forme de responsabilité délictuelle.

Toutefois, aucune de ces deux hypothèses n'a été appliquée de façon cohérente.

En ce qui concerne la première, il paraît clair que la Serbie est le continuateur juridique de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro. La question délicate qui se pose, et qui n'a pas même été abordée dans l'arrêt, est celle du statut juridique de la Serbie-et-Monténégro à partir de l'an 2000.

75. A la fin de l'an 2000, la RFY a, dans le contexte pertinent, fait deux choses :

- i) elle a renoncé à sa prétention de continuité et a accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RFSY ; et
- ii) agissant sur le fondement de cette nouvelle capacité — celle d'Etat successeur —, elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies.

76. L'Etat, en tant que notion de droit international, est composé de deux éléments, c'est-à-dire qu'il a deux facettes :

- i) le statut d'Etat, entendu au sens des attributs pertinents comme un territoire défini, une population stable, un pouvoir souverain ;
- ii) la personnalité juridique, c'est-à-dire que c'est un sujet de droit international ayant des droits et des obligations. Dans les circonstances de l'espèce, la personnalité juridique de la République fédérale de Yougoslavie peut être établie par déduction et de manière dérivée — étant fondée sur l'identité juridique et la continuation de la République fédérative socialiste de Yougoslavie — ou bien être inhérente et initiale — étant fondée sur la qualité d'Etat nouveau.

77. En présentant une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la Yougoslavie n'a pas seulement renoncé à sa thèse de l'identité et de la continuité juridiques ; elle a voulu en même temps être reconnue comme un Etat nouveau, un Etat doté d'une personnalité juridique différente — un Etat successeur et non un Etat assurant la continuité partielle de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie — de celle revendiquée jusqu'en 2000. En fait, elle a accepté ladite thèse comme étant celle de la communauté internationale au moment où la République fédérale de Yougoslavie a été proclamée officiellement en avril 1992, une thèse que les organisations internationales compétentes et les Etats, agissant individuellement ou *in corpore* en tant que membres d'organisations, n'ont toutefois pas mise en œuvre ni formellement ni

substantiellement. Ils ont opté pour des solutions fondées sur des considérations politiques pragmatiques et non sur le droit international. S'est alors posé un problème de droit à la «Rashomon» quant au statut juridique de la Yougoslavie — était-ce un Etat nouveau ou bien l'ancien Etat? Et le problème se posait quant à son statut au sein des Nations Unies — était-ce ou non un Etat Membre des Nations Unies?

78. L'admission de la Yougoslavie aux Nations Unies à compter du 1^{er} novembre 2000 signifiait aussi que sa demande visant à être reconnue en qualité d'Etat nouveau était acceptée, en ce sens qu'elle avait désormais une personnalité internationale nouvelle, différente de sa personnalité controversée et hybride de la période allant de 1992 à 2000. Cette thèse a été acceptée par des accords accessoires en forme simplifiée, ou un accord accessoire général en forme simplifiée, conclus entre la République fédérale de Yougoslavie, d'une part, et les Etats Membres des Nations Unies et l'Organisation mondiale elle-même, de l'autre, accords consacrés tacitement dans la lettre et l'esprit de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale et la pratique cohérente ultérieure de l'Organisation (voir par exemple la lettre du Secrétaire général adjoint, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, en date du 8 décembre 2000 et la liste des Etats Membres dans laquelle figure la date de leur admission aux Nations Unies (communiqué de presse des Nations Unies ORG/1317, mise à jour du 18 décembre 2000). Ces accords accessoires ou l'accord accessoire général ont en réalité pour objet la reconnaissance de la République fédérale de Yougoslavie en tant que personnalité juridique nouvelle, en tant qu'Etat successeur de l'ex-RFSY, et son admission en cette qualité à l'Organisation mondiale dont elle devient Membre. Dès lors, la Yougoslavie, tout en étant l'«ancien Etat» au sens du statut d'Etat, a été universellement reconnue comme un «Etat nouveau» au sens de sa personnalité juridique internationale. Etant donné que la reconnaissance d'un Etat a *ex definitione* un effet rétroactif, il s'ensuit nécessairement que tous les prononcés et décisions adoptés se rapportent à la RFY qui prétendait assurer la continuité de la RFSY. Et, en tant que République fédérale de Yougoslavie après l'an 2000, son existence juridique en tant que nouvelle entité juridique internationale a commencé en novembre 2000 avec son admission à l'Organisation des Nations Unies.

La seconde hypothèse n'a, en revanche, pas été suivie de façon cohérente en ce qui concerne la République du Monténégro. Elle a été appliquée dans certaines parties de l'arrêt, mais pas dans son ensemble. Dès lors, la République du Monténégro doit prendre immédiatement des mesures efficaces pour garantir le plein respect de l'obligation qui lui incombe en vertu des articles I et VI de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de punir les actes de génocide définis à l'article II de la Convention ou tout autre acte prohibé par l'article III et de transférer au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie les personnes accusées de génocide ou d'autres actes et de coopérer pleinement avec ledit Tribunal. Cela pourrait d'ailleurs être considéré comme attes-

tant une hypersensibilité à l'aspect factuel et politique du problème dans son ensemble.

PARTIE II. QUESTIONS DE FOND

I. La convention sur le génocide en tant que droit applicable

1. L'intention génocidaire est une condition sine qua non du crime de génocide

79. L'existence d'un acte de génocide en tant que tel ne peut être établie qu'au regard des conditions prévues par les dispositions de la convention. Les actes énumérés aux *litt. a) à e)* de l'article II ne sont pas en eux-mêmes des actes de génocide mais seulement l'expression physique ou matérielle d'une intention génocidaire spécifique. A défaut de pouvoir être directement rattachés à l'intention génocidaire, les actes énumérés à l'article II de la Convention sont simplement des actes punissables qui relèvent d'autres crimes, les crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, par exemple.

80. Le génocide en tant que crime distinct se caractérise par son élément subjectif — l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel —, élément qui constitue la *differentia specifica* distinguant le génocide d'autres crimes internationaux avec lesquels il partage, en grande partie, l'élément objectif⁴¹. En l'absence de cette intention, un acte, quels que soient son degré d'atrocité et sa similitude avec les actes visés par la Convention, ne peut pas être qualifié de génocidaire⁴².

81. L'intention génocidaire recouvre, semble-t-il, quatre composantes distinctes: *a)* le degré d'intention; *b)* la destruction; *c)* le groupe national, ethnique, racial ou religieux; *d)* en tout ou en partie.

Bien que distinctes, les quatre composantes forment un tout juridique; ensemble, elles constituent l'intention génocidaire, élément subjectif du crime de génocide. L'absence de l'une quelconque de ces composantes interdit de considérer l'intention comme une intention génocidaire. En tant qu'ensemble juridique, ces composantes, prises *in corpore*, sont la preuve que l'intention génocidaire n'est pas un élément qui viendrait simplement s'ajouter à des actes physiques à même de détruire un groupe d'individus. L'intention est une qualité intrinsèque, omniprésente, de ces

⁴¹ N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 15; Drost, *Genocide*, II, 1959, p. 82; «Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide» établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 96; version révisée et mise à jour de l'«Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide» établie par M. B. Whitaker, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985, par. 38-39.

⁴² Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 69^e séance.

actes pris individuellement, qui transforme de simples actes punissables en actes de génocide. Autrement dit, cette intention est une composante qualitative du génocide, qui le distingue de tous les autres crimes — c'est, à la vérité, son élément constitutif *stricto sensu*.

82. L'intention génocidaire existe comme telle. Elle ne caractérise pas seulement un esprit coupable, mais un esprit coupable de la destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel. Elle ne se résume pas à l'élément discriminatoire, qui n'en constitue que la caractéristique la plus générale — qu'elle partage, par exemple, avec les crimes contre l'humanité. Mais alors que, dans le cas de la persécution, acte relevant du crime contre l'humanité, l'intention discriminatoire peut revêtir diverses formes inhumaines et s'exprimer par le biais d'une multitude d'actes, dont l'assassinat, l'intention requise pour le génocide, étant donné que le génocide est une forme extrême de persécution — la plus inhumaine des formes qu'elle puisse revêtir —, doit s'accompagner de celle de détruire, en tout ou en partie, le groupe auquel les victimes appartiennent⁴³. La *mens rea* revêt, en ce qui concerne le crime de génocide, une nature complexe et ne se réduit pas à la forme classique de la *mens rea* du droit pénal. Deux niveaux sont à prendre en compte — la *mens rea* en tant que complément de l'*actus reus*, à savoir les actes constitutifs de génocide au sens de l'article II (*litt. a), b), c), d) et e)*) et «l'intention de détruire» des groupes protégés comme tels, en tant qu'intention particulière inhérente au génocide. C'est donc à juste titre qu'il a été souligné que, «pour garantir la primauté du droit et le respect du principe *nullum crimen sine lege*, il convient de distinguer rigoureusement les «deux intentions» lorsqu'il s'agit d'établir les faits requis pour décider de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé»⁴⁴. En outre, les deux aspects de la *mens rea* se caractérisent par la présence de deux composantes — la conscience (*conscience; Wissen*) et la volonté (*will; Wollen*). Dans leur manifestation cumulative, ils se déclinent — par ordre décroissant de gravité — en *dolus specialis*, *dolus directus*, *dolus indirectus* (intention indirecte) et *dolus eventualis* (intention conditionnelle), qui correspondent globalement à l'intention, l'imprudence (*recklessness*) et la négligence criminelle (*criminal negligence*) en droit anglo-saxon. La *mens rea* comme complément des actes constitutifs de l'élément matériel — *actus reus* — du crime doit être présente sous forme de *dolus directus*. Autrement dit, l'auteur du crime doit être conscient de l'effet de l'acte (élément psychologique) et avoir la volonté de commettre l'acte (élément d'intention ou élément émotionnel).

2. Le degré de l'intention

83. Pour ce qui est de son degré, l'intention de détruire le groupe, en

⁴³ TPIY, *Le procureur c. Kupreškić*, chambre de première instance, jugement, par. 636.

⁴⁴ Triffterer, «Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2001, p. 400.

tant qu'intention précise (*dolus specialis*), se situe au sommet de la hiérarchie des états mentaux de la culpabilité. En tant que telle, elle exclut la *culpa*, le *dolus eventualis* (imprudence) ou la négligence⁴⁵. Le crime de génocide est «unique en raison de l'élément de *dolus specialis* (intention précise)»⁴⁶, qui est de fait l'élément constitutif de ce crime. Le degré de *dolus specialis* requis implique qu'il ne suffit pas que l'accusé «sache que ses actes auront pour conséquence certaine, voire ... vraisemblable, la destruction du groupe en question»; il doit «rechercher la destruction de tout ou partie du groupe»⁴⁷.

En d'autres termes, l'intention précise se caractérise par l'élément de volonté — volonté délibérée et active de détruire le groupe protégé. Le fait de savoir quelles seront les conséquences naturelles et prévisibles des actes accomplis n'est pas, par lui-même, constitutif de l'intention de détruire. Il doit s'y ajouter le fait de chercher à détruire le groupe, critère supplémentaire au sens structurel, et prépondérant au sens normatif. Pour être réputés prohibés par l'article II de la Convention, les actes doivent être commis dans «l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel».

3. La destruction

84. Le terme «détruire», au sens de l'article II de la convention, désigne le génocide de type matériel (physique et biologique). Le génocide physique est visé aux *litt. a), b) et c)*, le génocide biologique au *litt. d)*.

S'agissant des *litt. a) et c)*, la question semble évidente. Si le meurtre est à n'en pas douter un *modus operandi* du génocide physique⁴⁸, l'expression «destruction physique» employée au *litt. c)* exclut la possibilité de considérer que la soumission du groupe à des conditions d'existence qui ne conduiraient pas à cette destruction pourrait constituer un acte de génocide. L'adjectif «intentionnelle» a été introduit pour marquer une intention précise de destruction, en d'autres termes la préméditation liée à la création de certaines conditions d'existence⁴⁹. Au vu des travaux préparatoires de la convention, pourraient, par exemple, constituer de tels actes «la soumission d'un groupe ... à un régime alimentaire de subsis-

⁴⁵ Cassese, *Genocide in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, I, p. 338.

⁴⁶ TPIR, *Le procureur c. Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23-S, 4 septembre 1998, par. 16.

⁴⁷ TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, par. 85-86.

⁴⁸ Les critères requis pour qu'il y ait meurtre de membres du groupe, en tant qu'élément matériel de la composante visée à l'alinéa *a)*, seraient remplis si la victime était morte et que sa mort était résultée d'un acte illégal ou d'une omission illégale (TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, 1998, par. 589).

⁴⁹ A/C.6/SR.82, p. 3; N. Robinson, *op. cit.*, p. 16.

tance, la réduction des services médicaux prescrits au-dessous d'un minimum, le fait de ne pas fournir de logements suffisants, etc.»⁵⁰ — impliquant une mort lente, par opposition à la mort immédiate visée au *litt. a)* de l'article II. La *differentia specifica* entre le meurtre et la soumission à des conditions d'existence devant entraîner la destruction s'exprime donc essentiellement en termes de modalités de destruction — dans le second cas, le caractère d'immédiateté du meurtre en tant que moyen d'extermination (*modus operandi*) est absent; il s'agit d'une extermination à terme.

Il ressort également de la genèse du *litt. b)* que les auteurs de la convention interprétaient l'«atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» comme une forme de génocide physique. Les souffrances physiques ou atteintes à l'intégrité physique n'entraînant pas la mort tombent dans la catégorie des crimes contre l'humanité et de la torture⁵¹. L'expression «atteinte à l'intégrité mentale», en revanche, a un sens spécifique dans le libellé du *litt. b)*. Elle a été insérée à la demande insistante de la Chine. Expliquant sa proposition en évoquant les actes commis au moyen de stupéfiants par les forces d'occupation japonaises contre la nation chinoise, la Chine relevait que, si ces actes ne revêtaient pas le caractère spectaculaire des massacres et des chambres à gaz de l'Allemagne nazie, leurs conséquences n'en avaient pas été moins fatales⁵². Toute atteinte à l'intégrité physique ou mentale ne suffit donc pas pour constituer l'élément matériel du génocide: comme l'a affirmé la Commission du droit international, elle «doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire ... [l]e groupe»⁵³, étant entendu par destructions celles définies par la convention — à savoir la destruction physique ou biologique.

Des actes tels que la stérilisation des femmes, la castration, l'interdiction des mariages, etc., réunis dans la catégorie des «mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe», sont constitutifs de génocide biologique. C'est l'extrême ampleur des mesures imposées pour empêcher les naissances au sein du groupe afin d'anéantir le potentiel biologique national d'un groupe qui constitue le critère permettant d'établir une distinction entre l'acte de génocide défini à l'alinéa *b)* et les mesures susceptibles d'être prises contre le gré des membres d'un groupe dans le cadre de programmes de régulation des naissances et de planification familiale, mesures parfois qualifiées de «génocide qui ne dit pas son nom» ou «génocide occulte» (*black genocide*)⁵⁴.

85. A première vue, seul l'acte de transfert forcé d'enfants du groupe à

⁵⁰ N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.

⁵¹ TPIY, *Le procureur c. Delalić et consorts*, chambre de première instance, jugement, p. 511.

⁵² Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 69^e séance, p. 59-60.

⁵³ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, Nations Unies, doc. A/51/10 (1996), art. 17.

⁵⁴ M. Treadwell, «Is Abortion Black Genocide?», *Family Planning Perspectives*, vol. 4, n° 4/1986, p. 24.

un autre groupe ne rentre pas dans le cadre de la notion de génocide physique/biologique telle que définie par la Convention. Toutefois, il convient de souligner que l'acte de transfert forcé d'enfants a été incorporé parmi les actes constitutifs de génocide au motif qu'il avait des effets physiques et biologiques, puisqu'il impose à de jeunes personnes des conditions d'existence susceptibles de porter gravement atteinte à leur intégrité, voire d'entraîner leur mort⁵⁵. Il est, en ce sens, fort significatif que la proposition d'inclure dans la convention le génocide culturel ait également été comprise comme recouvrant un ensemble d'actes détruisant spirituellement les caractéristiques vitales du groupe, comme dans le cas de l'assimilation forcée. La proposition fut rejetée par vingt-six voix contre seize, avec quatre abstentions⁵⁶. Il semble donc raisonnable de postuler que le motif sous-jacent du *litt. e)* est de «condamner les mesures visant à détruire une génération nouvelle, action qui est liée à la destruction d'un groupe, c'est-à-dire au génocide physique»⁵⁷. Même s'il était admis que l'acte visé au *litt. e)* est constitutif de génocide «culturel» ou «sociologique», sa signification, en la présente espèce, serait d'une importance limitée. Premièrement, en tant que tel, il constituerait une exception à la règle relative au génocide matériel visé à l'article II de la convention et serait, par conséquent, susceptible d'être interprété de manière restrictive. Deuxièmement, le demandeur n'allègue pas le «transfert forcé d'enfants» parmi les actes de génocide qui auraient été commis sur son territoire.

86. Il s'ensuit que la distinction entre l'acte de meurtre de membres du groupe et d'autres actes constituant l'*actus reus* du crime de génocide réside plutôt dans les modalités que dans les conséquences finales. En ce sens, la qualification donnée par le TPIR en l'affaire *Akayesu* semble exacte. L'acte visé au *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide y est décrit comme un «moye[n] de destruction par [lequel] l'auteur ne cherche pas nécessairement à tuer immédiatement les membres du groupe, mais, à terme, vise leur destruction physique»⁵⁸, autrement dit la «mort lente».

87. L'interprétation du terme «destruction» suscite deux interrogations juridiques fondamentales :

- a) la question de savoir si la destruction doit effectivement avoir lieu, autrement dit si elle doit être effective; et
- b) l'ampleur de cette destruction.

88. En ce qui concerne le caractère effectif de la destruction, il existe une certaine différence entre les actes énumérés à l'article II de la convention.

⁵⁵ A/C.6/242.

⁵⁶ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 83^e séance, p. 206.

⁵⁷ *Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide*, établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, p. 24.

⁵⁸ TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, par. 505.

L'acte de «meurtre» implique une destruction réelle exprimée par le résultat obtenu et prouvé. En ce sens, l'élément essentiel de cet acte est la mort de la victime. Sur cet aspect des choses, les deux tribunaux ont développé une jurisprudence très large et pratiquement uniforme — d'un point de vue déclaratif du moins puisque, par exemple, dans l'affaire *Krstić*, les «personnes portées disparues» sont traitées comme «décédées»⁵⁹.

Contrairement au meurtre, les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ainsi que le transfert forcé d'enfants s'accompagnent non pas d'une réelle destruction, mais d'un résultat équivalent qui s'exprime par un grave dommage physique ou mental ou le déplacement d'enfants et entraîne la destruction. En d'autres termes, dans ces deux cas, le résultat recherché s'inscrit dans une relation de cause à effet — lequel effet est décalé dans le temps — c'est-à-dire à la destruction.

En ce qui concerne les actes consistant à soumettre les intéressés à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction, ou à entraver les naissances, aucune preuve du résultat n'est toutefois requise; en effet, ces actes représentent en eux-mêmes le résultat. A des fins d'équilibre et de sécurité juridique, cependant, le critère de l'intention est dans ce cas plus strict, puisque, à la différence des actes appelant des résultats, ceux-ci doivent avoir été accomplis de manière «intentionnelle», par la soumission du groupe à des conditions «devant» entraîner sa destruction, et «délibérés», par des mesures visant à entraver les naissances.

89. Les différences intrinsèques qui existent entre les actes énumérés à l'article II de la convention, pour ce qui est de leur rapport à la destruction du groupe protégé en tant que *ratio legis* ultime de la convention, appellent une approche particulièrement prudente quand il faut établir l'*actus reus* du crime de génocide.

Contrairement au cas du «meurtre», tous les autres actes constitutifs de l'*actus reus* du crime de génocide, en tant qu'ils n'équivalent pas à une destruction effective, ont seulement le potentiel, plus ou moins grand, de détruire un groupe protégé, ce qui les rapproche plutôt, d'un point de vue juridique, de la tentative de génocide. De fait, ces actes peuvent donc être perçus davantage comme une preuve de l'intention que comme des actes de génocide proprement dit. Bien évidemment, du point de vue du droit pénal, on peut entendre par génocide toute forme de déni à un groupe de son droit à survivre; la Convention de 1948 est certes une convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, mais il n'en demeure pas moins que la frontière entre des actes n'équivalant pas à une destruction effective et des tentatives de génocide peut être difficile à établir, en particulier au moment de la prise de décision.

⁵⁹ TPIY, *Le procureur c. Čelebići*, chambre d'appel, arrêt, par. 422-423; *Le procureur c. Blaškić*, chambre de première instance, jugement, par. 217; *Le procureur c. Kupreškić*, chambre de première instance, jugement, par. 560-561; TPIR, *Le procureur c. Kayishema*, chambre de première instance, jugement, par. 140; *Le procureur c. Akayesu*, chambre de première instance, jugement, par. 588; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 485.

La bonne application du droit relatif au génocide, tel qu'il est énoncé dans la Convention, implique nécessairement que les actes de génocide — ou, plus précisément, les méthodes et les moyens par lesquels sont commis des actes de génocide n'équivalant pas à une destruction effective — soient rigoureusement évalués non seulement du point de vue subjectif, mais également du point de vue objectif. Ce dernier concerne pour l'essentiel l'aptitude d'une ou de plusieurs actions à produire des effets relevant du génocide. Ce potentiel de destruction, s'agissant de destruction matérielle, doit, en d'autres termes, pouvoir être discerné dans l'action elle-même, indépendamment et en sus de l'intention de l'auteur.

3.1. L'ampleur de la destruction

90. En ce qui concerne la question de l'ampleur de la destruction, deux critères ressortent de la jurisprudence récente des tribunaux.

Le premier critère vise la destruction du groupe du point de vue de ses dimensions mêmes et de sa composition numérique homogène : il s'agit de l'approche dite quantitative. Il est généralement fait référence à une «partie substantielle», ce qui correspond à «une forte proportion du groupe en question»⁶⁰.

Le second critère vise en revanche la destruction de l'élite ou des dirigeants du groupe, qui sont considérés comme revêtant une forte importance pour l'existence de tout le groupe. «[S]i cette destruction vise une composante importante de ce groupe, telle que ses dirigeants», elle est considérée comme suffisante⁶¹.

Une autre hypothèse consiste à dire que le *genus proximum* du crime de génocide ne cadre pas avec l'ampleur qualitative et l'ampleur quantitative de la destruction — ce qui, du reste, serait contraire à la logique. On voit mal comment deux critères qui, par nature, sont diamétralement opposés pourraient permettre une bonne administration de la justice en l'espèce. Leur application conjuguée, et la désintégration des éléments constitutifs du crime de génocide qu'elle suppose, pourrait tout simplement conduire à une relativisation de la protection conférée par la convention aux groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux. L'application des deux critères revient à scinder l'intention de détruire un groupe entre la «volonté de destruction massive du groupe» et celle de détruire «un nombre plus limité de personnes, celles-ci étant sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition pour la survie du groupe...»⁶². Introduire la qualification de génocide même quand la volonté d'extermination ne recouvre qu'une zone géographique limitée ouvre notamment la voie à des déterminations subjectives et arbitraires. L'on pourrait dire

⁶⁰ TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 82.

⁶¹ TPIY, *Le procureur c. Stakić*, chambre de première instance, jugement, par. 525; *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 587.

⁶² TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 82.

que «ce degré d'incertitude place le génocide aux confins du principe *nullum crimen sine lege*»⁶³.

Dans l'alternative critère quantitatif/critère qualitatif, l'on peine à voir ce qui justifierait de privilégier ce dernier.

Tout d'abord, le critère fondé sur «les dirigeants» est ambigu et subjectif. On ne sait pas bien s'il s'applique à l'élite politique, militaire ou intellectuelle, ou s'il revêt un sens générique. Il introduit insidieusement l'idée que les dirigeants du groupe, quel que soit le domaine dans lequel ils exercent leur autorité, font l'objet d'une protection particulière, plus forte que celle dont bénéficient les autres membres de tout ou partie du groupe, ou qu'ils constituent en fait un sous-groupe distinct. En outre, ce critère participe d'une promotion voilée du groupe politique en objet protégé par la Convention. Que le groupe soit scindé en membres de l'élite et membres ordinaires a, dans notre société moderne, une connotation anachronique et discriminatoire en opposition flagrante avec les idées qui sont à la base des droits et libertés individuels et collectifs. Citons enfin le problème, non négligeable, que pose l'interprétation tendant à définir une partie du groupe par assimilation à ses dirigeants, interprétation dont on ne trouve aucune trace dans les travaux préparatoires de la convention.

Contrairement au critère dit qualitatif, le critère quantitatif se caractérise par l'objectivité qui découle de sa nature même. Conformément à la loi des grands nombres, ce critère, quand il est appliqué, porte en règle générale sur les membres du groupe visés par le critère qualitatif en tant que paramètre de l'intention de détruire. Il est aussi mieux adapté à l'esprit et à la lettre de la convention, qui désigne le groupe comme tel en tant que cible ultime ou que victime escomptée du crime.

3.2. L'objet de la destruction

91. L'objet de la destruction est un «groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». Cet énoncé exprime le caractère collectif spécifique du crime. Celui-ci réside dans les caractéristiques communes aux victimes — l'appartenance à un même groupe national, ethnique, racial ou religieux — en tant que qualité exclusive motivant leur soumission aux actes constituant l'*actus reus* du génocide. Le génocide vise un certain nombre d'individus dans leur collectivité, ou ces individus eux-mêmes en tant que représentants de la collectivité et non *ad personam* (en tant qu'éléments passifs de la collectivité). La Commission du droit international l'a dit dans les termes suivants :

«[l]’acte prohibé [génocide] doit être commis en raison de l’appartenance de la victime à un certain groupe et à titre de mesure concourant à la réalisation de l’objectif global de destruction du groupe...

⁶³ P. Akhavan, «Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to the Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide», *American Society of International Law Proceeding*, avril 2000, p. 283.

[L]’intention doit être de détruire le groupe «comme tel» c’est-à-dire comme entité séparée distincte, *et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe.*»⁶⁴

Le TPIY définit les groupes protégés pertinents comme des groupes qui peuvent «être identifiés [par le] recours au critère subjectif de stigmatisation dudit groupe, notamment par les auteurs du crime»⁶⁵.

92. Le critère subjectif servant à déterminer si un groupe constitue un «groupe national, ethnique, racial ou religieux» est une chose, le subjectivisme en est une autre.

Le critère subjectif, servant de substitut ou de complément du critère objectif, est le critère juridique utilisé tant en droit national qu’en droit international en ce qui concerne les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux, ceux-ci «correspondant en gros à ce qu’il était convenu d’appeler, avant la seconde guerre mondiale, les «minorités nationales»»⁶⁶. Il comprend, comme le relève à juste titre Schabas, les «races» et «groupes religieux»⁶⁷, notions dont le sens n’a donné lieu à aucune controverse notable. En ce qui concerne les groupes ethniques, l’expression semble avoir revêtu, dans l’usage contemporain, le caractère d’expression générique recouvrant les notions de «minorités nationales» «races» et «groupes religieux»⁶⁸. Cette expression a été employée dans l’affaire *Akayesu* par le TPIR, qui a conclu que les Hutus et les Tutsis «étaient considérés ... *comme formant deux groupes ethniques différents* aussi bien par les autorités que par les populations elles-mêmes»⁶⁹.

A l’inverse, la «stigmatisation du groupe *par les auteurs du crime*»⁷⁰ semble ressortir à l’introduction de subjectivisme dans la qualification du groupe protégé plutôt qu’à une juste application du critère subjectif en tant que tel. Cette notion peut entraîner une remise en question du contenu juridique du crime de génocide, ramené à l’un des ses éléments constitutifs — l’élément groupe protégé —, transformant le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel en une collectivité humaine abstraite définie de manière subjective. La différence entre groupes protégés au sens de la convention sur le génocide et les groupes,

⁶⁴ Nations Unies, *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10/1996, p. 88; les italiques sont de moi.

⁶⁵ TPIY, *Le procureur c. Brđjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 683; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 557; TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 70.

⁶⁶ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 555; TPIR, *Le procureur c. Rutaganda*, chambre de première instance, jugement, par. 56; TPIR, *Le procureur c. Kajelijeli*, chambre de première instance, jugement, par. 811.

⁶⁷ W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 113.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, par. 122, note n° 56; les italiques sont de moi.

⁷⁰ TPIY, *Le procureur c. Nikolić*, décision prise en application de l’article 61, par. 27; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 557; TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 70; les italiques sont de moi.

politiques par exemple, qui ne sont pas considérés comme tels risquent ainsi de s'effacer. Les contours des crimes internationaux s'estompent donc, parce que les actes physiques au moyen desquels les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide sont commis sont au fond les mêmes. En outre, la stigmatisation personnelle en tant que critère d'identification du groupe protégé peut remettre en question l'existence objective du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» et introduire dans la notion de groupes protégés les groupes exclus du champ d'application de la convention sur le génocide.

93. Les effets négatifs cumulés que présente le choix de la stigmatisation opérée par l'auteur en tant que critère pertinent découlent de l'absence de congruence — voire du conflit ouvert — entre, d'une part, ce critère et, d'autre part, les principes juridiques généralement reconnus et les considérations juridiques pertinentes.

Premièrement, les éléments constitutifs du génocide relèvent du droit positif. *En tant que tels*, et même indépendamment de toute valeur juridique, ils ne peuvent, sauf disposition expresse contraire, être déterminés par l'auteur d'un crime. Il est sans exemple dans le domaine du droit pénal international ainsi que du droit pénal comparé que l'auteur d'un délit puisse être à même de déterminer la portée du délit commis. La portée d'un délit relève du droit positif et non du jugement de valeur personnel de l'auteur. Déterminer un groupe «national, ethnique, racial ou religieux» en tant qu'élément constitutif du crime de génocide à partir du jugement de valeur personnel de son auteur est totalement contraire à l'essence même de l'opinion juridique dans le domaine du droit pénal. La qualification «comme tel» qui apparaît à l'article II de la convention pose le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme un élément de la réalité objective et non comme la résultante d'un jugement de valeur personnel de l'auteur.

Deuxièmement, en rendant une décision fondée sur un jugement de valeur personnel de l'auteur, une cour de justice, quelle qu'elle soit, en cas de divergence entre le critère subjectif de la stigmatisation et la définition du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel, crée une réalité judiciaire virtuelle qui n'est pas conforme à la réalité objective envisagée à l'article II de la convention, avec en outre pour conséquence possible l'identification en tant que groupe pris pour cible — un groupe qui n'existe même pas dans la réalité⁷¹.

Troisièmement, le critère subjectif ne saurait à lui seul suffire à déterminer le groupe protégé au sens de la convention sur le génocide; en effet, les actes énumérés aux *litt. a) à e)* de l'article II de la convention doivent viser des «membres du groupe»⁷².

Quatrièmement, au cas où les auteurs du crime seraient plusieurs, le

⁷¹ W. Schabas, *op. cit.*, p. 110.

⁷² *Ibid.*

critère de la stigmatisation peut facilement déboucher sur des identifications hétérogènes, sensiblement différentes, des groupes concernés.

Cinquièmement, la perception qu'a l'auteur du groupe «national, ethnique, racial ou religieux», si elle est erronée, entraîne une *error in personam* qui, par elle-même, disqualifie l'intention génocidaire. C'est un principe général du droit pénal que quiconque, au moment de commettre un délit pénal, ignore que l'un des éléments du délit relève d'une classification juridique ne peut être réputé avoir agi intentionnellement. La responsabilité délictuelle pour négligence n'en demeure pas moins.

Sixièmement, une telle interprétation donne à la Cour des pouvoirs discrétionnaires trop larges. Vu la nature de la perception de l'auteur, on pourrait aller jusqu'à dire que ces pouvoirs sont quasiment des pouvoirs discrétionnaires illimités (*discretio generalis*).

94. La jurisprudence des deux tribunaux pénaux a aussi montré les faiblesses du critère subjectif. Dans l'affaire *Brdjanin*, le TPIY a expressément indiqué que «l'exacte détermination du groupe protégé concerné doit s'effectuer au cas par cas, sur la base à la fois du critère objectif et du critère subjectif»⁷³. C'est ainsi que le TPIR a posé, comme critère objectif d'identification des Tutsis, les cartes d'identité indiquant l'appartenance ethnique (identification par d'autres), ou le critère subjectif des membres des groupes visés (auto-identification)⁷⁴. Il est par conséquent de la plus haute importance que le critère subjectif, s'il doit être appliqué sous sa forme de «stigmatisation», soit conçu dans le cadre de normes juridiques objectives découlant de la lettre et de l'esprit des dispositions correspondantes de la convention sur le génocide, dans le respect des normes établies par le droit des minorités nationales.

95. Il faut en déduire que le critère de la stigmatisation non seulement ne saurait être le seul critère, mais encore ne saurait être le critère essentiel de la détermination du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» aux fins de la convention sur le génocide. *Il s'agit plutôt d'une confirmation personnelle par l'auteur de l'existence du groupe protégé, et non de son élément constituant*. Il est intéressant de relever que, dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, le TPIY a appliqué le critère objectif à la détermination des groupes protégés⁷⁵.

Fondamentalement, la stigmatisation du groupe comme tel revêt une importance en matière d'administration de la preuve en tant qu'il s'agit de l'un des éléments dont peut se déduire l'existence d'une intention génocidaire.

96. Le groupe «national, ethnique, racial ou religieux», du moins

⁷³ TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 684; voir également TPIR, *Le procureur c. Semanza*, chambre de première instance, jugement, par. 317; TPIR, *Le procureur c. Kajelijeli*, chambre de première instance, jugement, par. 811; les italiques sont de moi.

⁷⁴ TPIR, *Le procureur c. Kayishema*, chambre de première instance, jugement, par. 90, 98.

⁷⁵ Jones, p. 69, 94.

lorsque l'Etat sur le territoire duquel s'est déroulé le crime allégué de génocide reconnaît l'existence de ces groupes en tant qu'entités distinctes et séparées, doit être déterminé sur la base des critères énoncés par le droit interne de l'Etat en question, ou sur la base des traités internationaux en vigueur auxquels l'Etat en question est partie. D'une certaine manière, il s'agit ici de se référer au droit interne de la Bosnie-Herzégovine, à la fois parce que le droit international ne dispose pas de critères précis universellement admis pour la détermination des groupes «nationaux, ethniques, religieux ou raciaux» et parce que, dans l'affaire qui nous intéresse, il est invoqué des entités dont la définition relève du droit interne et de la structure de la société de Bosnie-Herzégovine. Ou, si nous ne nous référons pas strictement au droit interne, du moins nous faut-il prendre acte de l'existence de groupes en droit interne de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que des critères sur la base desquels ces groupes ont été définis. Cette démarche se justifie d'autant plus que le TPIY lui-même, lorsqu'il l'a jugé approprié, s'est appuyé sur le droit interne pour déterminer les éléments constitutifs de crimes internationaux.

L'application du critère subjectif se heurte à des limites objectives, essentiellement liées au sens fondamental du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel. Bien que la convention ne propose pas de définition explicite de ces groupes, la signification première des expressions utilisées paraît être relativement claire. Les attributs «national», «ethnique», «religieux» et «racial», bien qu'ils ne soient pas déterminés d'une façon rigoureusement précise ni universellement reconnue, possèdent par eux-mêmes un sens générique reconnaissable par tous, et qui a d'ailleurs été, jusqu'à un certain point, affiné dans d'autres conventions internationales (par exemple, la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). L'absence de distinction spécifique — *differentia specifica* — entre ces quatre groupes, absence qui risque d'entraîner des recouvrements, ne saurait avoir d'incidence négative significative sur la bonne application de la convention sur le génocide, dans la mesure où le sens générique qu'on leur prête généralement permet d'identifier clairement les groupes qui ne sont pas protégés par la convention, ou emporte par lui-même un effet d'exclusion, empêchant ainsi la création de nouveaux groupes protégés hors du cadre des groupes «nationaux, ethniques, religieux ou raciaux». Et cela est parfaitement démontré dans le cas précis de la Bosnie-Herzégovine.

97. Le demandeur affirme que les groupes protégés au sens de la convention sur le génocide sont en l'espèce: le «peuple bosniaque» (requête, mémoire de la Bosnie-Herzégovine, 2.2.1.2), essentiellement des «Musulman[s]» (*ibid.*, 2.2.2.1), la «population musulmane» (*ibid.*, 2.2.5.13), «les groupes nationaux, ethniques ou religieux, notamment mais non exclusivement sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine, en particulier la population musulmane» (*ibid.*, conclusion 1), la population non serbe (réplique de la Bosnie-Herzégovine, 7); «le peuple et ... l'Etat de Bosnie-Herzégovine» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine)*).

govine c. Yougoslavie), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 4, par. 2; *ibid.*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 332).

En tant qu'ils ont vocation à être protégés contre le génocide, les groupes «nationaux, ethniques, raciaux ou religieux» doivent être définis avec précision. Cette obligation de définition revêt une importance déterminante à la fois du point de vue de la procédure et du point de vue du fond.

Dans le contexte ethnique, national ou religieux de la Bosnie-Herzégovine, l'expression «non serbe» revêt une signification relativement vague et large, et ne saurait de ce fait entrer dans le cadre de la définition du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» que donne la convention sur le génocide. Du moment qu'il s'agit d'une expression générale visant différents groupes, elle va à l'encontre du critère essentiel qui est que le groupe protégé constitue une entité distincte et séparée. Outre les Musulmans et les Croates, cette expression vise nécessairement d'autres groupes. La mosaïque ethnique et nationale que constituait la Bosnie-Herzégovine comprenait non seulement des Yougoslaves, des Juifs et des Roms, mais également des Monténégrins; comme ces derniers constituaient la principale communauté ethnique du Monténégro, ancienne unité fédérale de l'Etat défendeur, l'expression «non serbe» suppose que le défendeur est également accusé d'autogénocide. En outre, cette expression recouvre également des Serbes de Bosnie-Herzégovine, dont la plupart se déclaraient être des Yougoslaves.

L'expression «peuple bosniaque» repose sur un lien de citoyenneté individuelle avec l'Etat de Bosnie-Herzégovine; il s'agit d'un critère objectif de détermination du «groupe national». Toutefois, le terme «bosniaque» n'existe pas au sens de groupe «national, ethnique, racial ou religieux», dans la mesure où il reflète la notion de «groupe national» au sens «politico-juridique»⁷⁶; il se trouve donc dénué de pertinence pour des Etats tels que la Bosnie-Herzégovine, qui pratiquent une distinction entre les notions de «nationalité» et de «citoyenneté». A cet égard, la qualification de «peuple bosniaque» infirme l'existence de différents groupes ethniques, nationaux, religieux en Bosnie-Herzégovine et pourrait en tant que telle être qualifiée de discriminatoire. Il en va de même *mutatis mutandis* pour l'expression «population bosniaque».

L'expression «Musulmans essentiellement bosniaques», que ceux-ci soient compris au sens de «peuple» ou de «population», est celle qui se rapproche le plus du concept de «groupe national, ethnique, racial ou religieux» au sens de la convention sur le génocide, bien qu'elle ne réponde pas entièrement aux strictes exigences de l'énoncé de la convention — c'est-à-dire «un groupe national, ethnique, racial ou religieux, *comme tel*» (les italiques sont de moi). La qualification «comme tel»

⁷⁶ N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 56-61.

indique clairement que l'objet du génocide est de détruire un groupe en tant qu'entité distincte et séparée. Utiliser une expression telle que «essentiellement bosniaque» revient, d'après son sens naturel et ordinaire, à dire que l'objet du génocide allégué n'était pas les Musulmans bosniaques en tant que tels, c'est-à-dire, en tant qu'entité distincte et séparée. Cela signifie en outre que les actes commis contre certaines personnes ne visaient pas celles-ci en tant que personnification d'un groupe particulier, ou représentants de la collectivité, ce qui constitue la caractéristique intrinsèque et véritable du génocide. Cette condition n'étant pas remplie, l'intention criminelle ne saurait être qualifiée de génocidaire dans le contexte normatif du droit relatif au génocide en tant que *jus strictum*.

Il apparaît qu'aucune des définitions du groupe protégé avancées par le demandeur ne satisfait au critère implicite dans la formule «groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel», du moins aux fins de la procédure devant la Cour internationale de Justice, fondée, notamment, sur le principe essentiel *non ultra petita*. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire du *Droit d'asile*,

«il y a lieu de rappeler le principe que la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 402).

Il convient de relever que le demandeur, dans les conclusions de son mémoire, élève au rang de groupes protégés «les groupes nationaux, ethniques ou religieux *notamment mais non exclusivement sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine...*» (mémoire, partie 7, conclusions, point 1)). Dans ses conclusions finales, le demandeur a prié la Cour de dire et juger que la Serbie-et-Monténégro avait

«violé les obligations qui lui incomb[ai]ent en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en détruisant *en partie* et de façon intentionnelle *le groupe national, ethnique ou religieux non serbe, notamment mais non exclusivement*, sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine, *en particulier* la population musulmane» (CR 2006/37, p. 59 (Softić); les italiques sont de moi).

98. Du point de vue procédural, il convient de rappeler que, ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement, la requête «indique ... la nature précise de la demande». La définition du groupe protégé, en cette affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, fait partie intégrante de la demande dans son ensemble.

Du point de vue du fond, la protection du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» constitue, sur le plan juridique, la raison d'être de la convention. Une détermination inexacte du groupe protégé pourrait avoir des conséquences considérables lorsqu'il s'agit d'affaires portées devant

la Cour. Contrairement aux juridictions pénales, la Cour internationale de Justice, dans l'accomplissement de sa fonction judiciaire, est, notamment, soumise au principe fondamental *non ultra petitem*. N'étant pas en mesure de se substituer à une partie, la Cour est donc tenue, lorsqu'elle tranche une affaire, par la détermination du groupe protégé alléguée par le demandeur. (C.P.I.J. série A n° 7, p. 35; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262-263, par. 29-30; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466-467, par. 30-31.)

L'intention de détruire un groupe «comme tel» doit se comprendre comme l'intention de détruire le groupe en tant qu'entité distincte et séparée, l'acte de génocide ne constituant pas simplement une attaque contre un individu, mais également une attaque contre un groupe auquel l'individu en question est identifié.

Le groupe, en tant qu'entité distincte et séparée, peut, en principe, être déterminé soit de façon positive, soit de façon négative.

En général, le TPIY est plutôt défavorable aux critères dits négatifs, ainsi que l'atteste sa jurisprudence. Une définition négative du groupe, fondée sur la formule d'exclusion, comporte, dans son application, des limites intrinsèques. Une telle définition convient en principe lorsqu'il s'agit de déterminer le groupe protégé en tant qu'entité distincte et séparée dans une communauté bi-ethnique voire, dans certaines conditions, tri-ethnique, encore que la question demeure ouverte de savoir si une définition négative en tant que telle constitue la forme appropriée pour procéder à la détermination juridique de questions qui relèvent du *jus strictum*, ou bien si une définition descriptive convient davantage. *Dans des communautés multiethniques comptant plus de trois groupes nationaux, ethniques ou religieux, la définition négative ne permet jamais de cerner de manière satisfaisante le groupe protégé aux fins de la convention*. Le principe d'exclusion qui est le principe actif d'une définition négative n'est de toute évidence pas à même de permettre de définir le groupe protégé comme un groupe distinct et séparé.

4. «Comme tel»

99. Les mots «comme tel» constituent, pour le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» au sens de la Convention, une sorte de qualificatif de qualificatif. Il s'agit d'un aspect supplémentaire du critère d'intention — à savoir que l'intention de détruire doit viser le groupe en tant que groupe protégé⁷⁷.

Le groupe lui-même constitue la cible ultime, ou la victime escomptée, du crime de génocide. Mais, afin d'atteindre l'objectif général constitué par la destruction du groupe, il est indispensable que l'acte soit commis à

⁷⁷ Lipman, «The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-five Years Later», *Temp. Int. Law and Comp. Law Journal*, 7-9/1994, p. 22-24, note 38.

l'encontre d'individus constituant le groupe en tant que victimes immédiates. Le fait que les individus qui constituent le groupe soient intentionnellement soumis à des actes constitutifs de l'*actus reus* de génocide ne suffit toutefois pas à lui seul, compte tenu de leur qualification «comme tel». Ainsi que la Chambre de première instance l'a relevé dans l'affaire *Krstić*: «[I]a simple connaissance que les auteurs des crimes [peuvent] avoir de l'appartenance des victimes à un groupe distinct ne permet pas d'établir l'intention de détruire le groupe comme tel»⁷⁸.

Pour pouvoir être qualifiée de génocidaire, l'intention doit viser des individus représentant le groupe à titre collectif — en tant que membres du groupe dont la destruction constitue une étape supplémentaire dans la réalisation de l'objectif global consistant à détruire le groupe protégé.

La qualification «comme tel» marque également la *differentia specifica* entre l'intention discriminatoire en tant qu'élément dont peut se déduire le crime de persécution, lequel peut également viser un groupe racial, mais non ethnique⁷⁹, et l'intention génocidaire.

En conséquence, quand bien même des actes prohibés par l'article II de la Convention prendraient pour cible une large fraction d'un groupe protégé, ces actes ne seraient pas constitutifs de génocide s'ils s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne de violence arbitraire ou dans un contexte général de guerre.

L'on peut penser que c'est cette interprétation qui a amené la Cour à conclure, dans le cadre de la procédure incidente en indication de mesures conservatoires dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, que les «bombardements ... comport[aient] effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée [l'article II de la convention sur le génocide]» (*C.I.J. Recueil 1999*, p. 138, par. 40).

Car le «bombardement constant de tout le territoire national, la pollution du sol, de l'air et de l'eau, la destruction de l'économie du pays, la contamination de l'environnement par de l'uranium appauvri» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, CR 99/14, p. 30, 10 mai 1999 (M. Etinski)) aurait pu être assimilé à la soumission à des conditions d'existence devant entraîner la destruction au même titre, au moins, que le déplacement forcé, l'encerclement d'une ville ou le fait d'affamer une population. L'intention motivant les mesures prises a été décrite ainsi par le général Wesley Clark :

«Nous allons systématiquement et progressivement attaquer, saboter, détruire, dévaster et, finalement, à moins que le président Milo-

⁷⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 561.

⁷⁹ TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 992; TPIY, *Le procureur c. Krnojelac*, chambre d'appel, arrêt, par. 185.

šević ne se conforme aux exigences de la communauté internationale, complètement anéantir son armée ainsi que les installations et la logistique de cette dernière.»⁸⁰

C'est également ce qui ressort de l'article de Michael Gordon intitulé «La population de Belgrade doit souffrir», citant les propos du général Short qui «espér[ait] que la détresse de la population saper[ait] le soutien dont bénéfici[aient] les autorités de Belgrade», et poursuivait comme suit: «il n'y aura plus d'électricité pour votre réfrigérateur, plus de gaz pour votre cuisinière, vous ne pourrez plus aller au travail parce que le pont est démolit...»⁸¹.

100. La disposition de l'article II de la Convention suivant laquelle le génocide signifie la destruction d'un groupe en «tout ou en partie» n'est pas dénuée d'ambiguïté. On ne voit pas très bien si la qualification «en partie» s'applique à la portée de l'intention, ou à celle de l'acte.

Une interprétation grammaticale donnerait à penser que la qualification «en partie» concerne les deux aspects du crime — l'aspect objectif et l'aspect subjectif. Toutefois, cette interprétation ne semble pas totalement satisfaisante, essentiellement parce que l'intention discriminatoire est la propriété la plus générale de l'intention de détruire.

C'est-à-dire que l'intention discriminatoire s'exprime doublement et différemment — elle s'exprime, d'une part, à l'égard d'un «groupe national, ethnique, racial ou religieux» en tant qu'entité distincte et séparée et, d'autre part, à l'intérieur de cette entité, dont certaines parties sont traitées comme constituant elles-mêmes des entités distinctes et séparées. Autrement dit, la conséquence ultime de l'interprétation selon laquelle la qualification «en partie» s'appliquerait uniquement à la portée de l'intention serait qu'une partie d'un groupe constituerait une entité distincte au sein du groupe auquel elle appartient.

L'idée fondamentale qui sous-tend la convention sur le génocide est la protection du droit à l'existence de groupes humains entiers, ce qui, par définition, suppose également la protection des petits groupes qui en sont les éléments constitutifs.

L'intention de détruire une partie d'un groupe constitue en fait, *ratione personae*, une projection limitée et concrète de l'intention de détruire le groupe dans son ensemble qui est dictée par des circonstances factuelles propices, et non par une attitude différente à l'égard de parties du groupe protégé. Pour reprendre les termes de M. Pellet, «l'élément subjectif du génocide, [la] *mens rea*, c'est-à-dire l'intention génocidaire, ne peut être que global» (CR 2006/10, p. 47, par. 21).

⁸⁰ BBC News, http://news.bbc.co.uk/1/hi/special_report/1998/kosovo2/303641.stm.

⁸¹ *New York Times*, 13 mai 1999, «Crisis in the Balkans», <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10711FE3A5B0C708DDDAC0894D1494D81>.

5. *Le nettoyage ethnique au sens de la convention*

101. Dans la présente affaire, l'expression «nettoyage ethnique» revêt plusieurs sens :

- i) ce peut être un acte constituant un *actus reus* (ou élément matériel) du crime de génocide;
- ii) ce peut être un synonyme ou euphémisme du crime de génocide;
- iii) ce peut être la base ou le cadre factuel permettant de déduire l'intention génocidaire, qui est l'élément subjectif du crime de génocide.

102. La situation est claire en ce qui concerne le «nettoyage ethnique» en tant qu'acte constituant un *actus reus* du génocide.

Les actes constituant l'*actus reus* du génocide sont énumérés *a limine* à l'article II de la Convention. Cet article ne fait pas figurer le «nettoyage ethnique» dans les actes de génocide.

Lors de la rédaction de la convention sur le génocide, il fut certes proposé de faire des actes relevant du nettoyage ethnique le sixième acte de génocide. Mais les propositions de ce type ne furent pas adoptées. La Syrie soumit un amendement⁸² visant à inclure dans l'*actus reus* du génocide l'imposition de «mesures tendant à mettre les populations dans l'obligation d'abandonner leurs foyers afin d'échapper à la menace de mauvais traitements ultérieurs». Cet amendement reçut l'appui du représentant yougoslave, M. Bartos, qui cita le déplacement par les nazis de la population slave d'une partie de la Yougoslavie comme une action «équiva[lant] à détruire un groupe humain par des actes prémédités». Il ajouta que «[l'o]n p[ouvait] commettre le génocide en contraignant un groupe humain à abandonner ses foyers»⁸³.

L'amendement fut toutefois rejeté par une forte majorité, soit vingt-neuf voix contre cinq, avec huit abstentions⁸⁴, parce qu'il s'écartait trop de la notion de génocide⁸⁵. Examinant spécialement l'argument selon lequel le déplacement forcé auquel les nazis s'étaient livrés pouvait être qualifié de destruction délibérée d'un groupe, M. Morozov, le représentant de l'Union soviétique, souligna qu'il s'agissait là d'une conséquence, et non du génocide proprement dit⁸⁶.

La liste exhaustive des actes constitutifs de l'*actus reus* du génocide constitue l'expression adéquate et pertinente du principe fondamental de droit pénal, national ou international, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Au cours du débat à la Sixième Commission, deux amendements furent proposés⁸⁷ en vue de l'adoption d'une définition des actes de géno-

⁸² Nations Unies, doc. A/C.6/234.

⁸³ Nations Unies, doc. A/C.6/SR.82.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Maktos (Etats-Unis d'Amérique), Fitzmaurice (Royaume-Uni), *ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Nations Unies, doc. A/C.6/232/Rev.1 et A/C.6/223 et Corr.1.

cide par le biais d'une liste ouverte d'exemples. Après discussion, les amendements furent rejetés parce que le principe fondamental *nulla poena sine lege* imposait une énumération exhaustive. On fit aussi observer que la méthode de l'énumération exhaustive avait l'avantage de permettre de modifier ultérieurement la convention en y ajoutant d'autres actes⁸⁸.

Il convient de noter que, lors de la rédaction du Statut des deux tribunaux *ad hoc* ou du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, il ne fut jamais, ne fût-ce que suggéré, d'allonger la liste des actes ni de considérer l'énumération figurant à l'article II comme non exhaustive.

Etant complexe, la structure intrinsèque du «nettoyage ethnique» milite également contre l'inclusion de celui-ci dans les actes de génocide. Le «nettoyage ethnique» comprend des actes appartenant à un type différent de crimes internationaux s'accompagnant d'actes qui, s'ils violent des droits de l'homme internationalement reconnus, ne sont toutefois pas punissables en eux-mêmes (voir le paragraphe 103 ci-dessous).

103. Le demandeur assimile génocide et «nettoyage ethnique». Dans sa réplique, par exemple, il soutient que cette «campagne de nettoyage ethnique [est] véritablement à inscrire parmi les campagnes de génocide qui ont frappé l'Europe au cours de ce siècle...» (réplique, par. 703, chap. 5, sect. 9 — La politique de nettoyage ethnique). Il ne s'agit pas là d'une conception isolée. Dans la confirmation du deuxième acte d'accusation émis à l'encontre de Karadžić et de Mladić — l'acte d'accusation *Srebrenica* (IT-95-18-I) du 16 novembre 1995 —, le juge Mahmud Riad déclare, quoique de manière plus prudente, que «[l]a politique de «purification ethnique» ... présente, dans sa manifestation ultime, des caractéristiques de génocide»⁸⁹.

La réponse à la question de savoir si génocide et «nettoyage ethnique» peuvent être considérés comme équivalents comporte deux aspects: un aspect formel et un aspect de fond.

Bien qu'elle ait vu le jour dès la fin de la seconde guerre mondiale dans «la droite ligne des expressions, en particulier du terme «Säuberung» (nettoyage)»⁹⁰, que les nazis utilisaient dans le cadre de leurs programmes dits de purification, l'expression «nettoyage ethnique» n'a pas trouvé place dans la convention sur le génocide, pas même en tant qu'acte constituant un *actus reus* du génocide (voir article II de la Convention) ni en tant que synonyme du terme «génocide».

Dès lors, utiliser l'expression «nettoyage ethnique» au lieu du terme «génocide» suppose, d'un point de vue formel, qu'il faut redéfinir le terme «génocide» tel qu'il est consacré dans la convention sur le génocide. Les termes utilisés dans les textes normatifs, en particulier dans les

⁸⁸ N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN/4; Sub. 2/416, 4 juillet 1978, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ W. Schabas, ««Ethnic Cleansing» and Genocide: Similarities and Distinctions», *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 3, 2003/4, p. 111-112.

⁹⁰ Pour d'autres avis en ce sens, voir Schabas, *op. cit.*, p. 113.

conventions telles que la convention sur le génocide, qui posent des principes juridiques objectifs revêtant la force du *jus cogens*, ne sont pas des termes ordinaires qui peuvent être redéfinis sur la base d'une appréciation ou d'un accord de nature unilatérale et subjective, puisqu'ils font partie du droit substantiel établi dans la convention sur le génocide. Intimement lié, du point de vue juridique, à ces dispositions de nature substantielle de la convention, le terme technique «génocide» ne saurait être modifié ni remplacé par un autre terme que dans le cadre d'un processus juridique tel qu'une révision des dispositions de la convention.

En substance, on ne saurait raisonnablement assimiler génocide et «nettoyage ethnique» qu'en cas de chevauchement total entre ce dernier et les éléments — tant d'ordre matériel que d'ordre subjectif — qui constituent le crime de génocide.

De nombreuses définitions du «nettoyage ethnique» possèdent un dénominateur commun, qui se rattache à l'objectif visé par l'auteur du délit. A ce sujet, une définition qui peut être tenue pour fondamentale est celle qu'a formulée M. Mazowiecki, le rapporteur spécial, dans son sixième rapport. Aux termes du rapport en question, le «nettoyage ethnique» peut être assimilé à une purge systématique, fondée sur des critères ethniques, de la population civile *en vue de la contraindre à abandonner les territoires où elle vit*⁹¹. Dans son premier rapport intérimaire du 10 février 1993, la commission d'experts a, elle aussi, adopté le même raisonnement — «le «nettoyage ethnique» *consiste à rendre une zone ethniquement homogène* en utilisant la force ou l'intimidation *pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés*»⁹². En conséquence, le *genus proximus* du «nettoyage ethnique» tient à la création de zones ethniquement homogènes en forçant les habitants à quitter leurs foyers.

C'est précisément en cela que réside la différence fondamentale entre génocide et nettoyage ethnique. Tandis que le génocide suppose l'extermination des groupes protégés, le «nettoyage ethnique», s'il est certes perçu comme un crime en soi, suppose l'expulsion de la population d'un territoire donné et, en général, contesté. Dès lors, tandis que l'interdiction du génocide a pour objet de protéger l'existence physique ou biologique d'un groupe, l'interdiction du «nettoyage ethnique», si celui-ci est perçu comme un crime en soi, aurait pour objet d'empêcher l'expulsion de groupes.

Il s'ensuit que, en ce qui concerne l'élément subjectif, le génocide est caractérisé par l'intention de détruire le groupe visé, tandis que le «nettoyage ethnique» est caractérisé par l'intention d'expulser ou de chasser la population civile ou des personnes appartenant à des groupes déterminés.

⁹¹ Sixième rapport Mazowiecki (II), p. 56 de la version française, par. 283 ; les italiques sont de moi.

⁹² Nations Unies, doc. S/25274.

Une autre différence tient aux actes par lesquels sont commis génocide et «nettoyage ethnique».

On constate que le «nettoyage ethnique» englobe divers actes sensiblement différents par leur nature et leurs effets.

Les actes dits de «nettoyage ethnique» peuvent, *grosso modo*, être scindés en deux grands groupes :

- a) le premier groupe se compose d'actes sanctionnés par le droit international, tels que la déportation en masse, la détention et les mauvais traitements infligés à la population civile, le fait de tirer de manière sélective sur des cibles civiles, le déplacement en masse de communautés, le viol, les exécutions sommaires, l'attaque délibérée et l'obstruction des secours humanitaires, le bombardement délibéré de cibles civiles (en particulier les moyens d'approvisionnement en eau, les moyens de transport et de communication), la prise d'otages et la détention de civils à des fins d'échange et, enfin, l'attaque de camps de réfugiés⁹³.
- b) Le second groupe comprend des actes qui, bien qu'illicites car ils violent les droits d'individus ou de groupes et font partie des droits de l'homme internationalement reconnus, ne sont pas en soi sanctionnés par le droit pénal international⁹⁴.

Il s'ensuit que les actes constitutifs du «nettoyage ethnique» sont différents par nature de ceux qui constituent le génocide dans la mesure où ils confèrent à l'expression «nettoyage ethnique» les traits d'une expression extensible et «fourre-tout» plutôt que ceux d'une infraction pénale cohérente et structurée selon les règles de l'art. En tant que tel, le «nettoyage ethnique» semble être un terme non technique «utilisé par des soldats, des journalistes, des sociologues et d'autres pour décrire un phénomène qui n'est pas défini par le droit»⁹⁵. Les actes de «nettoyage ethnique» ne le seraient que s'il existait une norme de droit international interdisant la recomposition ethnique (ou la modification délibérée de la composition ethnique) d'un territoire par quelque moyen que ce soit, admissible ou non (y compris, par exemple, le fait d'accorder des avan-

⁹³ Premier rapport Mazowiecki (I), p. 7 de la version française, par. 15 et 16; quatrième rapport Mazowiecki (II), p. 6-7 de la version française, par. 26 et 29; sixième rapport Mazowiecki (II), p. 6 de la version française, par. 13; cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 6 de la version française, par. 15.

⁹⁴ Par exemple, les mesures administratives telles que la destitution d'autorités élues de manière régulière — troisième rapport Mazowiecki (I), p. 8 de la version française, par. 17 a); le renvoi — premier rapport Mazowiecki (I), p. 6 de la version française, par. 12; la soumission constante de membres de minorités ethniques à des contrôles d'identité — troisième rapport Mazowiecki (I), p. 8 de la version française, par. 17; la déconnexion des lignes téléphoniques — cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 17 de la version française, par. 84; les travaux forcés, comprenant très souvent des travaux sur les lignes de front du conflit armé — cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 17 de la version française, par. 84, etc.

⁹⁵ K. Mulaj, *Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia in the 1990s: A Euphemism for Genocide?*, p. 696.

tages, matériels ou autres, à certaines personnes ou à certains groupes de personnes en vue de les inciter à abandonner le territoire visé).

Dans ce contexte, la question de savoir si une «politique de nettoyage ethnique» ou une «campagne de nettoyage ethnique» est en cause ne semble pas revêtir une importance déterminante, car le «nettoyage ethnique» d'un territoire donné peut difficilement être réalisé en l'absence d'un plan et d'une action coordonnée de la part d'un nombre considérable de personnes ou d'institutions étatiques. Pris dans le sens d'une «politique» ou d'une «campagne», le nettoyage ethnique n'est en fait que l'expression ou la manifestation d'une intention d'expulser ou de chasser des groupes du territoire. En tant que «politique» ou de «campagne», il revêt par nature un caractère systématique et généralisé car, sans ces attributs, le «nettoyage ethnique» ne peut être réalisé dans la pratique. L'utilisation simultanée de ces termes est, pour commencer, un pléonasm (ce qui vaut par exemple pour la «politique délibérée») qui n'ajoute ni n'enlève rien à la définition juridique fondamentale du «nettoyage ethnique» en tant que fait de chasser ou d'expulser un groupe d'un territoire donné.

Bien que, en soi, le «nettoyage ethnique» ne constitue pas un *actus reus* du génocide dans le cadre de la convention sur le génocide, encore moins un synonyme ou un euphémisme du génocide, cela ne signifie pas que certains actes de «nettoyage ethnique» ne sont pas susceptibles de constituer des moyens ou des méthodes permettant de commettre des actes de génocide. L'éventuel chevauchement entre des actes de génocide et des actes de «nettoyage ethnique» ne constitue cependant pas un lien juridique ou une identité entre ces deux notions. Il signifie plutôt que certains actes matériels sont en eux-mêmes susceptibles de contribuer à produire des conséquences qui, dans leurs manifestations concrètes, entrent dans la catégorie du crime de génocide, du nettoyage ethnique ou de certains autres crimes tels un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

En conséquence, il s'agit ici d'une possibilité générale, pour certains actes matériels, de contribuer à produire des conséquences dont la qualification juridique, dans le cadre des actes répréhensibles en droit international, doit être déterminée sur la base des caractéristiques — matérielles et subjectives — qui sont propres aux crimes internationaux pris isolément.

En effet, par exemple, les éléments objectifs des crimes contre l'humanité et du crime de génocide

«peuvent sans conteste se confondre dans une certaine mesure.

.....

Le meurtre de membres d'un groupe ethnique ou religieux peut en tant que tel relever des deux catégories. Cela vaut aussi pour le fait de porter atteinte à l'intégrité physique ou mentale de membres d'un groupe racial ou religieux, ou même pour les trois autres catégories d'actes de génocide. Cela étant, les crimes contre l'humanité ont une

portée plus large, car ils peuvent englober des actes qui ne relèvent pas du génocide, comme l'emprisonnement et la torture.»⁹⁶

En d'autres termes, ces deux types de crimes sont «spéciaux réciproquement en ce qu'ils forment des cercles qui se chevauchent mais ne se croisent que ponctuellement»⁹⁷.

Pareillement, les mêmes éléments objectifs peuvent aussi être assimilés à certains crimes de guerre⁹⁸.

Le raisonnement tendant à considérer l'un quelconque des actes matériels sans tenir compte de la totalité des caractéristiques particulières — matérielles et subjectives — des crimes internationaux revient fondamentalement à faire fi de la différence qui existe entre les divers types de crimes internationaux, si bien que, par exemple, «le lancement de bombes incendiaires sur Hambourg, Dresde et Tokyo et de bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki peut constituer aussi bien un génocide que des crimes de guerre», puisque «le trait distinctif d'un bombardement généralisé est que la population entière d'une ville devient la cible d'une attaque visant son anéantissement»⁹⁹.

104. En principe, le fait que le «nettoyage ethnique» puisse être réalisé, notamment, par des actes matériels également susceptibles de donner lieu au crime de génocide permet de traiter le «nettoyage ethnique» comme une base ou un tableau factuel afin de déduire l'intention génocidaire. Cela ne signifie toutefois pas que l'intention génocidaire puisse automatiquement être déduite de la preuve qu'il y a eu «nettoyage ethnique», puisque des actes matériels répréhensibles qui sont identiques ne sauraient en eux-mêmes être assimilés à des actes constitutifs d'un crime donné. Par exemple, des meurtres commis en masse peuvent, en tant qu'actes matériels, constituer l'*actus reus* de crimes contre l'humanité, de génocide ou de crimes de guerre. L'acte constituant un crime donné, un acte matériel concret, acquiert une qualification en droit dans le cadre de la totalité des caractéristiques juridiques qui définissent le crime concerné dans son ensemble.

En ce qui concerne la possibilité de déduire une intention génocidaire d'un nettoyage ethnique avéré, il apparaît que le «nettoyage ethnique» proprement dit ne peut constituer la base juridique qui permet d'inférer l'intention génocidaire. Compte tenu de la différence qui existe entre le génocide et le nettoyage ethnique, seuls les actes de nettoyage ethnique qui sont punissables et qui sont susceptibles de produire des effets génocidaires peuvent être considérés comme des composantes de la base juridique permettant d'établir, par déduction, l'existence de l'intention génocidaire.

⁹⁶ *The Rome Statute of the ICC: A Commentary* (I), 2002, A. Cassese, P. Gaeta et J. Jenes (dir. publ.), p. 339.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Rapport intérimaire de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, Nations Unies, doc. S/35374 (1993), par. 56.

⁹⁹ L. Kuper, *Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses in Genocide: Conceptual and Historical Dimension*, G. I. Andreopoulos (dir. publ.), p. 34.

cidaire. A cet égard, rien ne différencie en aucune façon les actes de nettoyage ethnique de tout autre acte punissable susceptible de contribuer à produire des effets génocidaires.

En soi, la déduction suppose, dans la pratique, d'appliquer le critère d'établissement de la preuve approprié à l'égard des éléments constitutifs de l'intention génocidaire.

Il apparaît que la jurisprudence du TPIY n'offre pas non plus de base qui permette d'assimiler nettoyage ethnique et génocide.

Cette conclusion ressort aussi bien d'une analyse positive que d'une analyse négative de la jurisprudence du Tribunal.

Du point de vue de l'analyse négative, notons que, sur environ une douzaine d'actes d'accusation pour nettoyage ethnique, le Tribunal a uniquement déclaré le général Krstić coupable de complicité dans le génocide. Cette affaire est toutefois particulière et doit faire l'objet d'un examen distinct (voir par. 151-153).

L'analyse positive de la jurisprudence du TPIY en ce sens découle, en revanche, du raisonnement juridique que le Tribunal a exposé en la matière. Dans l'affaire *Jelisić*, par exemple, l'accusation faisait valoir que Jelisić avait été «un participant efficace et enthousiaste à [la] campagne de génocide» menée contre le groupe, qui était important «de par le fait qu'il regroupait tous les notables de la communauté musulmane de Bosnie de la région, mais également important par son nombre»¹⁰⁰. Or, si elle a certes déclaré que «les meurtres commis par l'accusé suffisent à établir l'élément matériel du crime de génocide et [qu']il est a priori possible de concevoir que l'accusé nourrissait le projet d'exterminer un groupe dans son ensemble» (par. 100), la Chambre de première instance a jugé que

«[e]n conclusion, les actes de Goran Jelisić ne traduisent pas une volonté affirmée visant la destruction totale ou partielle d'un groupe en tant que tel.

Au total, le Procureur n'a pas établi au-delà de tout doute raisonnable qu'un génocide avait été commis à Brčko durant la période couverte par l'acte d'accusation. Le comportement de l'accusé semble par ailleurs indiquer que, bien que visant clairement les Musulmans, celui-ci aurait tué de façon arbitraire, plutôt que sur la base d'une intention claire de destruction d'un groupe. La Chambre conclut donc qu'il n'a pas été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé était animé du *dolus specialis* du crime de génocide. Le doute doit toujours profiter à l'accusé. Goran Jelisić doit donc être déclaré non-coupable de ce chef.»¹⁰¹

La décision relative à l'article 61 qui a été rendue dans les affaires *Kara-*

¹⁰⁰ TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, décision orale du 19 octobre 1999, p. 1.

¹⁰¹ TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, chambre de première instance, jugement, par. 107-108.

džić et *Mladić* va dans le même sens. Dans cette affaire, la Chambre de première instance a estimé nécessaire d'établir si «la ligne de conduite dont elle [était] saisie, ligne de conduite que l'on a pu appeler «nettoyage ethnique», révé[ait] dans son ensemble une telle intention génocidaire»¹⁰².

105. Le tribunal de district de Jérusalem, dans sa décision en l'affaire *Eichmann*, a exposé une explication juridique subtile au sujet de la différence entre «nettoyage ethnique» et génocide.

Considérant la politique antisémite nazie, le tribunal a conclu que, jusqu'en 1941, cette politique, qui s'était traduite par un ensemble de lois discriminatoires et d'actes de violence, comme la nuit de cristal du 9 au 10 novembre 1938, correspondait sensiblement à ce que l'on appelle aujourd'hui le «nettoyage ethnique». Bien qu'elle fût basée sur différentes formes de persécution, la politique menée par les nazis vis-à-vis des Juifs jusqu'en 1941 n'a pas été qualifiée de génocidaire, car elle permettait aux Juifs, fût-ce dans des conditions discriminatoires, de quitter l'Allemagne et d'émigrer.

De l'avis du tribunal, à partir de la seconde moitié de 1941 et par la suite, cette politique s'est transformée en «solution finale», c'est-à-dire en une extermination totale qui était liée à l'arrêt de l'émigration des Juifs des territoires sous contrôle allemand¹⁰³. *Eichmann* fut acquitté sans être déclaré coupable de génocide pour les actes commis avant le mois d'août 1941, puisque le doute subsistait sur le fait de savoir s'il existait une intention d'extermination avant cette date. Le tribunal réunit les actes commis contre les Juifs jusqu'à cette date dans la catégorie des crimes contre l'humanité¹⁰⁴, contrairement aux actes commis après cette date, qu'il qualifia de génocide.

II. L'application de la convention sur le génocide en la présente affaire

106. La manière dont la majorité de la Cour a appréhendé les questions de fond présente trois traits fondamentaux qui sont contestables, à savoir:

- i) sa conception de la tâche judiciaire de la Cour en l'espèce, notamment l'approche adoptée à l'égard de la jurisprudence du TPIY pertinente eu égard au présent différend;
- ii) son interprétation des obligations incombant aux parties contractantes en vertu de la convention sur le génocide; et
- iii) la manière dont elle traite la question de la responsabilité des parties contractantes en matière de génocide.

¹⁰² Affaires *Karadžić* et *Mladić*, examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, décision du 11 juillet 1996, par. 94.

¹⁰³ *A. G. Israel v. Eichmann*, 1968, *International Law Reports*, vol. 36, p. 5 (tribunal de district de Jérusalem, par. 80).

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 186-187 et 244 (points 1-3).

1. *Observations générales sur les possibilités qui s'offraient à la Cour en la présente affaire*

107. La tâche de la Cour en l'espèce était, semble-t-il, unique et inédite en son genre et, en tant que telle, lourde de défis et de difficultés à assumer.

Grosso modo, la Cour avait le choix, du moins en théorie, entre plusieurs options.

La première consistait à jouer le rôle d'une juridiction pénale et à déterminer si, comme l'affirmait le demandeur, un génocide avait été commis en Bosnie-Herzégovine. Cette option, singulière et pour le moins surprenante, pouvait éventuellement trouver un fondement dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires, dans lequel la Cour, statuant sur la cinquième exception préliminaire du défendeur, a conclu que l'article IX de la Convention «n'exclu[ai]t aucune forme de responsabilité d'Etat» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32). Si un Etat pouvait ainsi être responsable de génocide au regard du droit pénal, l'on voit mal ce qui aurait empêché la Cour d'agir, sur le fondement de cette interprétation de l'article IX de la Convention, comme une juridiction pénale, c'est-à-dire d'apprécier, dans le cadre d'une procédure appropriée — qui, certes, a fait défaut ici —, les conditions juridiques, tant objectives que subjectives, établissant le crime de génocide, comme le ferait une juridiction pénale à l'égard d'actes individuels. Dans ce cas de figure, la Cour se serait donc bornée à examiner la question du génocide prétendument commis par le défendeur, sans examiner *ab initio* celle de savoir si le génocide avait été commis par des personnes physiques — question qui relève de la compétence du TPIY.

La deuxième option consistait à rendre une décision sur l'allégation du demandeur relative au prétendu génocide de fait, en appréciant le résultat des actes commis pendant la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, plus ou moins indépendamment des conditions juridiques établissant le crime de génocide énoncées à l'article II de la Convention étant donné que, comme l'a indiqué le demandeur, «c'est un événement notoire, ... un effroyable génocide [a] été commis contre les populations non serbes de Bosnie-Herzégovine» (CR 2006/9, p. 50, par. 2 (Condorelli)) ou à partir de déductions non fondées sur des faits avérés, mais «logique[s] et] manifestement conforme[s] au bon sens» (CR 2006/33, p. 41, par. 16 (Franck)).

La troisième option consistait pour la Cour à s'en tenir à sa position de juridiction civile et à statuer sur l'allégation du demandeur en se fondant essentiellement, sinon exclusivement, sur la jurisprudence du TPIY, seule juridiction à s'être prononcée sur la question en cause sur le plan international. N'étant pas liée par les décisions du TPIY, la Cour aurait ainsi dû rendre une décision correspondante en traitant les conclusions factuelles et juridiques du Tribunal comme des éléments de preuve devant être appréciés à la lumière des conditions juridiques établissant le crime de génocide, telles qu'elles sont définies par la convention sur le génocide,

et des critères pertinents qu'elle aurait retenus dans le cadre de son raisonnement juridique en la matière.

En tout état de cause, il apparaît que, en l'espèce, la Cour devait avant tout se conformer rigoureusement aux dispositions de la convention sur le génocide en tant que droit applicable, à la fois pour respecter le principe de la légalité et pour veiller à l'intégrité des notions de crime et d'infraction propres au droit pénal international.

108. Pour ce qui est du principe de légalité, la compétence de la Cour est fondée en l'espèce sur l'article IX de la convention sur le génocide, qui prévoit que lui soient soumis, pour règlement, les différends entre les parties contractantes relatifs «à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention...» (les italiques sont de moi) — et non sur la base du droit relatif au génocide *in abstracto*, donc, mais sur la base de la Convention elle-même. Cet élément revêt la plus haute importance, compte tenu du fait que le droit relatif au génocide institué par la Convention en est venu à inclure au fil du temps certaines modifications, son développement progressif touchant uniquement aux éléments clés du crime — tant la *mens rea* que l'*actus reus*. Il va sans dire que le développement progressif, qui s'est matérialisé tout particulièrement dans la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc*, est dépourvu de pertinence en l'espèce, car la Cour se doit, dans le cadre de tels différends, d'appliquer le droit relatif au génocide tel qu'il est établi par la Convention.

Une telle démarche aurait eu accessoirement des retombées positives sur le plan de la politique judiciaire même de la Cour internationale, en tant que gardienne du droit international — et, dans son domaine d'action concret, du droit pénal international —, parce qu'elle aurait permis de préserver l'intégrité des notions des différents crimes et infractions internationaux reconnus.

Une interprétation trop large des éléments constitutifs du crime de génocide — apparue chez des auteurs dont les intentions sont certes louables, mais extra-juridiques¹⁰⁵ — transparait en effet parfois dans le raisonnement judiciaire des deux tribunaux, qui tend à assimiler les crimes contre l'humanité, en particulier les actes de persécution et d'extermination, et les crimes de guerre, voire des violations classiques des droits de l'homme, aux éléments constituant le crime général de génocide, sur la base de leur seule répétition ou accumulation. Ainsi M^{me} Stern, le conseil du demandeur, est-elle d'avis qu'«une accumulation de crimes contre

¹⁰⁵ En voici un exemple :

«Bien qu'il soit important de reconnaître le viol comme étant un crime contre l'humanité, le qualifier de génocide est essentiel pour susciter une intervention de l'Etat. Les Etats ne sont généralement pas tenus d'intervenir dans le cas de violations ou de crimes contre l'humanité; lorsque des actes de génocide sont commis, en revanche, le droit international coutumier leur en fait obligation.» (MacKinnon, «Rape, Genocide and Human Rights», *Harvard Women's Law Journal*, vol. 17, 1994, p. 5.)

l'humanité peut aboutir à un génocide» (CR 2006/7, p. 42, par. 113). Nous touchons ainsi au phénomène de la banalisation du génocide¹⁰⁶.

Intrinsèquement, la banalisation du génocide s'exprime, d'une part, par la dilution du contenu juridique précis du crime de génocide établi par la Convention et, d'autre part, par la dissolution des contours des infractions et crimes internationaux en tant que notions juridiques distinctes.

Dans ce contexte, l'idée sous-jacente au concept entre en conflit avec l'une des règles pertinentes d'interprétation — celle de l'effet utile, selon laquelle on ne peut interpréter une disposition ou une partie d'une disposition d'une manière qui la rende superflue et sans objet¹⁰⁷ — et avec le principe de l'économie des notions qui est applicable à tout système juridique dans le cadre duquel risquent de coexister deux concepts ou règles qui remplissent essentiellement la même fonction ou divergent à propos d'une même situation¹⁰⁸.

109. La majorité de la Cour a toutefois pris le parti d'en dire trop peu et trop à la fois.

Elle en dit trop peu, tant en termes normatifs qu'en termes juridiques, en ce qui concerne la jurisprudence du TPIY qui est pertinente pour statuer sur le crime de génocide.

La démarche de la majorité revient fondamentalement à considérer que ce volet de la jurisprudence du TPIY échappe à l'appréciation judiciaire de la Cour, du moins sur le plan du fond. En conséquence, dans les parties correspondantes de son arrêt, et en particulier dans la septième section intitulée «la responsabilité du défendeur en ce qui concerne les événements de Srebrenica», la Cour se borne à avaliser d'une manière générale la partie pertinente de la jurisprudence du TPIY.

Il semble toutefois que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, et même de la régularité substantielle de la procédure, la plus haute juridiction internationale devait, avant de se déclarer compétente pour connaître d'accusations de génocide, se livrer à un examen des conclusions du TPIY, en tant qu'éléments permettant d'établir les faits pertinents, et des critères du raisonnement juridique appliqué au TPIY, tant du point de vue du droit applicable qu'au regard des conclusions formulées.

Le droit appliqué par le TPIY au crime de génocide ne peut être assimilé au droit relatif au génocide qui est établi par la Convention. A cet égard, la jurisprudence du TPIY peut être considérée comme un développement progressif du droit relatif au génocide qui est consacré dans la Convention, mais non comme son application au sens propre. L'article 4 du Statut du TPIY, en tant qu'acte unilatéral de l'un des principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, n'est qu'une dispo-

¹⁰⁶ W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 114.

¹⁰⁷ TPIY, *Le procureur c. Tadić*, chambre d'appel, arrêt, par. 284.

¹⁰⁸ *Ibid.*, opinion séparée du juge Abi-Saab, p. 2.

sition du Statut qui, par son libellé, fait pendant à l'article II de la Convention. Etant donné qu'elle ne contient aucun renvoi à la convention sur le génocide, cette disposition ne saurait changer de nature simplement parce qu'elle reproduit le texte de l'article II de la Convention. En conséquence, les interprétations de l'article 4 du Statut qui sont basées sur les travaux préparatoires de la Convention, dont le TPIY se sert abondamment, sont foncièrement trompeuses, tant sur le plan de la démarche elle-même qu'en substance, l'interprétation des traités n'obéissant pas nécessairement aux mêmes règles que l'interprétation des actes unilatéraux.

Ainsi que la Chambre de première instance l'a expressément déclaré, le jugement rendu dans l'affaire *Krstić* repose sur le «droit international coutumier [applicable] à l'époque des événements de Srebrenica»¹⁰⁹. Ce fait entraîne deux conséquences.

D'une part, la qualification du génocide en droit international coutumier, telle qu'elle est perçue par le TPIY, n'est pas nécessairement identique à celle qui figure dans la convention sur le génocide. D'autre part, le chef de compétence influe nécessairement sur le droit applicable. Lorsque la compétence est fondée sur une clause de juridiction figurant dans un traité, la Cour n'est habilitée qu'à appliquer le traité concerné.

Le raisonnement juridique du TPIY est loin d'être cohérent. Par exemple, s'agissant de la possibilité d'établir l'intention génocidaire par déduction, le raisonnement énoncé dans l'affaire *Stakić* semble diamétralement opposé à celui qui est exposé dans l'affaire *Krstić*¹¹⁰.

110. En même temps, la majorité de la Cour en dit également trop sous forme de précisions superflues mais peu fondées.

Non contente de se garder de soumettre la jurisprudence du TPIY à un examen judiciaire autonome, la majorité a en outre, par une opération très risquée, rendu l'interprétation de l'obligation de prévenir le génocide plus compliquée du point de vue juridique, en introduisant une «obligation de ne pas commettre de génocide» à la charge de l'Etat. Compte tenu de la substance des dispositions de la Convention, cette opération ne pouvait être accomplie sans verser quelque peu dans le domaine législatif ou quasi législatif. Il est encore plus surprenant que, à certains égards cruciaux, cette interprétation soit contraire au bon sens et à des considérations juridiques impérieuses.

Partant, il ne serait guère étonnant que cette interprétation passe pour un *argumentum ad casum*.

2. L'interprétation des obligations des parties contractantes sur le fondement de la convention sur le génocide

111. Contrairement à la conception classique des obligations princi-

¹⁰⁹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 541.

¹¹⁰ TPIY, *Le procureur c. Stakić*, chambre de première instance, jugement, par. 553; *Le procureur c. Brđjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 981 et 978-979; *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 594-595.

pales que la convention sur le génocide impose aux parties contractantes — l'obligation de prendre les mesures législatives nécessaires pour donner effet aux dispositions de fond de la Convention (art. V) et l'obligation de traduire en justice les personnes accusées d'actes répréhensibles visés à l'article III devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis (article VI) —, la majorité s'est attachée à voir dans l'obligation de prévention une obligation complexe comprenant «un devoir d'agir» et «une obligation de ne pas commettre» le génocide, qui serait une sorte d'obligation mère ou d'obligation cadre au sein de la Convention.

Le *sedes materiae* de cette position peut être résumé de la manière suivante :

La prévention est perçue comme une «obligation figurant dans la Convention sur le génocide» (arrêt, par. 129). Par nature, il s'agirait d'une obligation «de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un Etat quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide» (arrêt, par. 430). L'obligation de prévention de l'Etat serait assortie d'un «devoir d'agir qui en est le corollaire», au sens d'un devoir

«pren[a]nt naissance, pour un Etat, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide. Dès cet instant, l'Etat est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, ou dont on peut raisonnablement craindre qu'[elles] nourrissent l'intention spécifique (*dolus specialis*), de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances.» (*Ibid.*, par. 431.)

De plus, l'obligation de prévention comprendrait «celle de ne pas commettre un génocide et les autres actes énumérés à l'article III», considérant que, en vertu de l'article premier, un Etat contractant est tenu d'empêcher que ses organes ainsi que les personnes dont les actes lui sont attribuables commettent lesdits actes génocidaires (arrêt, par. 166-168).

112. La position adoptée par la majorité soulève deux types de questions :

- a) d'une part, quel est le véritable sens de la «prévention» en droit pénal et dans le cadre de la convention sur le génocide, et
- b) quelles sont la nature et la portée du devoir corollaire d'agir? Et, d'autre part,
- c) existe-t-il une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide?

2.1. L'obligation de prévention

113. En ce qui concerne la question de la prévention, la conception de la majorité semble extrêmement novatrice, transcendant non seulement

quant à sa portée mais aussi quant à sa nature les normes généralement admises dans la catégorie des lois qui régissent ces questions pénales.

La «prévention» d'un crime, au sens ordinaire et naturel du terme — c'est-à-dire le fait d'agir pour empêcher qu'un événement ait lieu ou qu'un dessein génocidaire pressenti se concrétise, est étrangère à la nature même du droit pénal, celui-ci étant entendu au sens national ou international. La principale fonction de la convention sur le génocide, ou d'ailleurs de toute autre norme de droit pénal, tient de la protection et non de la prévention. Le droit pénal, dont la convention sur le génocide fait partie, entre en jeu *après les faits*, lorsque l'objet de la protection a déjà été touché, détruit ou menacé. La fonction protectrice de la convention sur le génocide ne revêt pas le caractère direct et concret que suppose la prévention perçue par la majorité. Elle est indirecte par nature puisqu'elle s'exprime sous la forme de la dissuasion. La vocation protectrice de la Convention ne peut être assimilée à la prévention du génocide en tant qu'obligation juridique car pareille assimilation reviendrait notamment à mettre en doute la légitimité de la convention sur le génocide telle qu'elle existe actuellement. En outre, faire de la prévention du génocide une obligation juridique distincte va à l'encontre du principe selon lequel à l'impossible, nul n'est tenu.

L'obligation de prévenir le génocide constitue en fait une obligation sociale, morale, voire métaphysique, son objet étant de défendre la société contre le génocide. La défense sociale contre le génocide a, *ratione materiae*, une portée bien plus vaste que les effets de la convention sur le génocide proprement dite. Elle fait appel à un ensemble de mesures d'ordre social, juridique, économique, politique et culturel visant à éliminer les causes réelles de la pathologie génocidaire. Elle se concrétise sous la forme de politiques pénales nationales ainsi que dans le cadre de la politique générale des organes compétents des Nations Unies, en particulier ceux qui sont visés à l'article VIII de la Convention. Dans ce contexte, il convient bien de parler d'une obligation, qu'elle soit morale ou sociale, de prévenir le génocide. Cela étant, il semble s'agir là de la conception criminologique de la prévention du génocide qui est mieux connue sous la forme de la prévention primaire, secondaire et tertiaire.

114. Les effets de la Convention en matière de prévention du génocide se traduisent par une dissuasion générale — au sens général et normatif de la Convention en tant qu'instrument du droit pénal international et de son application. Les effets préventifs de la Convention elle-même ressortent également des travaux préparatoires qui lui ont donné lieu. Dans son commentaire, le Secrétariat fit valoir qu'une règle établie par la Convention «tend[rait] à intimider et paralyser ceux qui seraient tentés de commettre le crime»¹¹¹.

L'application de la convention sur le génocide donne également lieu à une dissuasion plus ciblée, qui est limitée *ratione personae* à ceux qui

¹¹¹ Nations Unies, doc. E/447, p. 45 [version française: A/AC.10/41, p. 67].

commettent le crime, les auteurs potentiels échappant à sa portée. A cet égard, il convient de souligner que l'application en l'espèce des dispositions de la convention sur le génocide ou des dispositions correspondantes des législations pénales nationales ne tient pas, *stricti juris*, de la prévention du génocide mais de sa répression.

115. La prévention visée à l'article premier de la Convention constitue le principe général qui anime les dispositions énoncées dans la suite de la Convention, et non une obligation juridique distincte. En ce sens militent non seulement certaines raisons générales concernant la nature de la protection propre au droit pénal (par. 113 ci-dessus), mais aussi certaines raisons spécifiques, qui tiennent à la Convention elle-même.

L'engagement de prévenir le génocide que les parties contractantes prennent à la fin de l'article premier doit être lu en tenant compte de l'objet et du but de la Convention, et non isolément.

Le préambule de la Convention indique notamment que :

« Les Parties contractantes,

.
Convaincues que, pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux,
la coopération internationale est nécessaire,
Conviennent de ce qui suit... » (Les italiques sont de moi.)

La « coopération internationale » ne peut guère viser ici autre chose que la défense de la communauté internationale contre le génocide. La convention sur le génocide est une expression juridique idoine et une composante de la coopération internationale générale dans la lutte contre l'odieux fléau qu'est le génocide.

Le rôle essentiel de la coopération internationale en matière de prévention du génocide est confirmé tant dans le texte de la Convention que dans les travaux préparatoires.

L'article VIII de la Convention, qui évoque la possibilité d'une action préventive de l'Organisation des Nations Unies à la demande des parties contractantes, « est le seul article de la Convention ... qui traite de la prévention de ce crime »¹¹². Etant donné que la Convention

« n'établit aucun organe conventionnel indépendant qui serait chargé de [s]a mise en œuvre », il apparaît que, « [d]ans le domaine de la prévention, le seul mandat auquel il est fait allusion est celui qui est accordé aux « organes compétents des Nations Unies », conformément à l'article VIII »¹¹³.

En substance, l'article VIII ne fait qu'exprimer en termes normatifs l'essence des travaux préparatoires à cet égard.

Dans son commentaire, le Secrétariat déclare notamment que :

¹¹² N. Ruhashyankiko, *op. cit.*, p. 79, par. 304; *Version révisée et mise à jour de l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide*, établie par M. B. Whitaker, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 juillet 1985), p. 36, par. 66.

¹¹³ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 448.

«pour que l'action préventive ait le maximum de chances de succès, il est nécessaire que les Membres des Nations Unies ne restent pas passifs ou indifférents. Il convient donc que dans la Convention qui prévoit la répression des crimes de génocide les Etats s'engagent à faire ce qui est en leur pouvoir *pour seconder l'action des Nations Unies destinée à les prévenir ou à y mettre fin.*»¹¹⁴

La proposition des Etats-Unis d'Amérique allait dans le même sens :

«Les Hautes Parties contractantes ... conviennent d'agir de concert, en leur qualité de Membres, *afin de faire en sorte que l'Organisation des Nations Unies prenne toute mesure pouvant se révéler appropriée au regard de la Charte pour prévenir et réprimer le génocide...*»¹¹⁵

La position de l'URSS peut être résumée de la manière suivante :

«Un acte de génocide quel qu'il soit constitue toujours une menace à la paix et à la sécurité internationales, et, comme tel, doit relever des chapitres VI et VII de la Charte... *Les dispositions des chapitres VI et VII de la Charte fournissent, pour prévenir le génocide et le châtier, des moyens infiniment plus concrets et efficaces que tous ceux dont dispose la juridiction internationale...*»¹¹⁶

La pratique des organes compétents des Nations Unies en matière de prévention du génocide s'est manifestée dans le cadre des principes énoncés à l'article VIII de la Convention¹¹⁷.

116. L'obligation de prévenir le génocide en termes juridiques est une chose, et l'obligation juridique de prendre des mesures préventives à cet égard en est une autre.

Si l'obligation de prévention est définie en termes juridiques, le titulaire de l'obligation se trouve alors en position de garant, de sorte que sa responsabilité se trouve engagée du fait même de la commission du génocide. Sur ce point, les mesures préventives sont de nature différente.

Elles peuvent être prises dans un sens plus large ou dans un sens plus étroit.

Dans leur acception plus large, la prévention fait appel à des mesures positives telles que la création d'un environnement social et culturel qui, en soi, exclut l'émergence d'une pathologie génocidaire ou qui réduit au minimum le risque de la voir se créer.

Dans un sens plus restreint, la prévention peut se limiter à des actes qui, bien que n'étant pas des actes de commission et n'étant pas condamnés en général, ont pour effet de faciliter la commission du génocide ou de la rendre possible, c'est-à-dire des actes préparatoires.

¹¹⁴ Nations Unies, doc. E/447, p. 45-46 [version française: A/AC.10/41, p. 67-68].

¹¹⁵ *Basic Principles of a Convention on Genocide*, Nations Unies, doc. E/AC.25/7; les italiques sont de moi.

¹¹⁶ Nations Unies, doc. A/C.6/SR.101; les italiques sont de moi.

¹¹⁷ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 453-479.

Dans son projet de convention sur le crime de génocide, le Secrétariat condamnait notamment les actes préparatoires suivants :

- a) les études et recherches destinées à mettre au point les techniques du génocide ;
- b) le fait d'établir des installations, de fabriquer, de se procurer, de détenir ou de fournir des matériaux et produits, sachant qu'ils sont destinés à l'exécution des crimes de génocide ;
- c) les instructions, ordres, consignes, répartition des tâches en vue de l'exécution du génocide»¹¹⁸.

Cette proposition ne fut toutefois pas retenue, sans doute pour suivre la pratique prévalant dans les systèmes nationaux de droit pénal qui tendait à ne pas ériger en crimes des actes qui, du point de vue juridique, n'étaient pas des actes de commission, ou l'*actus reus*, du crime de génocide. Ainsi, pour reprendre les termes de l'éminent auteur cité plus haut, «l'idée de réprimer des actes préparatoires du génocide semble avoir été oubliée par les législateurs tant à l'échelle internationale que sur le plan interne», si bien que rien «n'autorise à réprimer au pénal pareils actes tant qu'ils n'ont pas atteint le seuil de la tentative»¹¹⁹.

Toutefois, probablement par souci d'équilibre, la Convention a érigé en crimes certains actes tels que l'incitation directe et publique à commettre le génocide ou la tentative de génocide.

Contrairement à la convention sur le génocide, certaines conventions internationales énoncent un dispositif limité ou fort large de mesures de prévention, que ce soit dans un sens plus large, plus étroit ou associant les deux types de mesures (voir, par exemple, l'article 2 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), les articles 3 et 4 de la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960); les articles 1, 3 et 8 de la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956), et les articles 2 et 3 de la convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958).

Il existe une différence substantielle entre l'obligation de prévenir en termes juridiques, d'une part, et les mesures préventives qui sont définies par les dispositions d'une convention, de l'autre. Si la violation de l'obligation juridique de prévention engage la responsabilité de son auteur en droit pénal, un manquement à l'obligation de prendre les mesures préventives stipulées équivaut en revanche à la violation d'un instrument conventionnel, sauf s'il présente les caractéristiques d'une infraction pénale comme la complicité ou la coaction.

117. La position de la majorité quant à la portée *ratione personae* de ce qu'elle conçoit comme une obligation juridique de prévenir le génocide

¹¹⁸ Nations Unies, doc. E/447, p. 29 [version française: A/AC.10/41, p. 10].

¹¹⁹ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 490-491.

semble très problématique. Cette position consiste à établir une différence qualitative entre les effets de l'expression «s'engagent à prévenir» qui conclut l'article premier, d'une part, et ceux de l'article VIII de la Convention, de l'autre. Tandis qu'elle perçoit dans l'expression «s'engagent à prévenir» une «obligation de prévenir le génocide» «distincte» que «les parties contractantes ont directement» (arrêt, par. 165), la majorité voit les effets de l'article VIII comme «parachevant le système en appelant tant à la prévention qu'à la répression du crime de génocide, *cette fois au niveau politique et non plus sous l'angle de la responsabilité juridique*» (arrêt, par. 159; les italiques sont de moi). En somme, la Convention impose aux parties contractantes l'obligation juridique de prévenir le génocide et aux organes compétents des Nations Unies qui sont visés à l'article VIII de la Convention une obligation sociale et politique de prévenir le génocide.

Cette double obligation est difficile à concilier avec la nature de la convention sur le génocide. Celle-ci consacre des droits et des obligations qui revêtent un caractère *erga omnes* (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 31) et qui appartiennent au *corpus juris cogentis*. En tant que telle, ladite obligation constitue une expression normative d'intérêts substantiels et fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, intérêts qui transcendent ceux des Etats pris individuellement. Si le génocide «bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et...est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946)» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23; *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 31), il n'est guère aisé de saisir comment les parties contractantes et les organes compétents des Nations Unies — les seuls à être désignés en la matière à l'article VIII de la Convention, qui traite expressément de la question de la prévention — peuvent être placés dans une position juridique foncièrement différente à l'égard de la prévention du génocide, d'autant plus que cette règle du *jus cogens* devrait en tant que telle se situer au premier rang et posséder un caractère absolument obligatoire.

S'agissant de sa nature impérative, il est difficile de voir comment une obligation qui, par définition, s'impose de manière absolue et qui, de ce fait, n'autorise aucune autre solution ni condition, peut être conçue comme une obligation «de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui [sont] à sa portée» (arrêt, par. 430) sans être une «obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide» (*ibid.*). Ainsi perçue, l'obligation serait d'agir pour empêcher le génocide autant que possible, et non pas de le prévenir. Une obligation de prévention qui est tributaire d'une pléthore de conditions factuelles et juridiques ne peut guère être considérée comme une norme impérative.

En outre, faut-il entendre par là — étant donné que, suivant les vues de la majorité, l'obligation de prévention comprend «celle de ne pas commettre de génocide et les autres actes énumérés à l'article III» de la Convention — que les organes de l'Organisation des Nations Unies ne

sont pas liés sur le plan juridique par l'obligation de ne pas commettre de génocide ni les autres actes punissables en vertu de la Convention ou bien, conformément à la logique dont s'inspire l'opinion de la majorité, à supposer que l'Organisation commette le génocide, ne serait-elle pas tenue, contrairement à un Etat, pour directement responsable?

Toujours est-il que, ces aspects discutables mis à part, l'affirmation selon laquelle l'article VIII parachève «le système en appelant tant à la prévention qu'à la répression du crime de génocide, cette fois au niveau politique» (arrêt, par. 159) semble clairement militer en soi pour une obligation de prévention de caractère social et politique.

118. Seule clause du dispositif de la Convention qui traite de la prévention du génocide, l'article VIII peut revêtir deux significations juridiques selon les circonstances:

- i) en cas de génocide présumé sur le territoire d'un Etat, que celui-ci soit ou non membre de l'Organisation des Nations Unies, il est exclu d'arguer qu'il s'agit d'une affaire relevant essentiellement de la compétence nationale de l'Etat en vertu du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte;
- ii) en ce qui concerne l'action des organes compétents des Nations Unies, les Parties sont tenues de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour lui donner pleinement effet.

119. Les points discutables se sont multipliés avec une facilité remarquable au sein de la majorité sur la nature de la prévention.

A supposer, *arguendo*, que la prévention du génocide existe bien en tant qu'obligation juridique, il est alors contradictoire en soi d'y voir une «obligation de comportement et non de résultat» (arrêt, par. 430) car cela revient à transformer l'obligation de prévenir en obligation d'agir sans prévention pour résultat. En son sens ordinaire et naturel, le terme «prévention» signifie agir pour empêcher un dessein génocidaire present de se concrétiser ou pour le rendre impossible. Dès lors, la prévention devrait par définition appeler un résultat.

Certes, la majorité a vu dans l'obligation de prévention un «devoir d'agir qui en est le corollaire», mais la validité de cet élément complémentaire est douteuse.

2.2. *Le devoir corollaire d'agir*

120. S'agissant de son existence, le «devoir d'agir qui en est le corollaire» paraît être une pure invention du juge s'érigeant lui-même en législateur, aucune trace d'une telle obligation figurant nulle part dans le texte de la Convention ni dans les travaux préparatoires. En tant que telle, il s'agit d'une révision de la Convention et non de sa juste interprétation.

In abstracto, l'introduction d'un devoir corollaire d'agir pourrait raisonnablement servir deux objectifs qui ont pour effet commun d'annuler l'existence de l'obligation juridique de prévenir le génocide en son sens propre et véritable.

Un objectif pourrait être de conférer à l'obligation de prévention une force active ou une sorte de capacité d'exécution. Si, toutefois, la prévention du génocide constitue une obligation juridique distincte, le «devoir d'agir qui en est le corollaire» est alors superflu. En ce sens, ce devoir corollaire d'agir prive en fait l'obligation de prévention supposée de son propre contenu normatif pour en faire un principe juridique général.

L'autre objectif serait de servir à transformer la prévention, dans son sens originel et accepté, en une façon plus souple et modulable d'utiliser tous les moyens disponibles selon les circonstances. Ainsi, l'obligation de prévenir se convertirait en devoir d'agir, sans certitude quant au résultat pour ce qui concerne la prévention, sur la base d'un critère général et abstrait mieux adapté au droit civil qu'au droit pénal.

121. La majorité n'a pas non plus échappé aux problèmes terminologiques. Si l'obligation de prévention comprend aussi celle de ne pas commettre de génocide, le terme «prévention» ne semble alors pas adéquat, du moins en ce qui concerne cet aspect, car il s'agirait en fait d'«auto-prévention» — ce qui n'aurait pourtant absolument aucun sens dans ce contexte particulier, car comment peut-on exercer une prévention sur soi-même du point de vue juridique, en agissant simultanément comme le Dr. Jekyll et Mr. Hyde?

Si la prévention est entendue comme une obligation juridique, l'absence de prévention du génocide appartiendrait à la catégorie des infractions pénales constituées par l'omission d'agir. Pour que l'omission d'agir ait le moindre sens, elle doit se rattacher à une infraction pénale définie par le défaut d'action. Ainsi qu'il est expressément indiqué dans le *Model Penal Code*, la responsabilité peut être basée sur une omission lorsque «l'omission est expressément établie de manière suffisante par le droit définissant l'infraction» (par. 2.01, al. 3)). Or, non seulement la convention sur le génocide n'impose pas de devoir d'agir dans le concret (il s'agit là d'un produit de l'interprétation créatrice de la majorité), mais elle n'inclut même pas l'omission d'agir parmi les actes punissables qui sont définis de manière exhaustive en son article III.

Il s'ensuit donc que l'obligation de prévention, y compris le «devoir d'agir qui en est le corollaire», est une invention judiciaire qui a été créée *ad exemplum legis* avant que le principe de légalité soit devenu le patrimoine commun du droit pénal moderne. En effet, pour que l'obligation juridique de prévenir le génocide ainsi construite puisse servir à fonder la moindre responsabilité, il fallait qu'existe déjà sur le plan judiciaire, fût-ce tacitement, une infraction pénale tenant au défaut d'action. En ce sens, la position de la majorité touche plutôt dangereusement au cœur même du principe *nullum crimen sine lege*.

L'impératif de légalité immanent au droit pénal ne souffre pas d'interprétations dues à l'imagination et extratextuelles, surtout lorsqu'elles entraînent la création de nouvelles infractions pénales ou étendent l'essence de celles qui existent déjà, ou de l'un ou l'autre de leurs éléments constitutifs. En conséquence, l'interprétation de la convention sur le génocide, en tant que traité de droit pénal, doit en principe être plus res-

trictive et se rattacher davantage au texte de la Convention que celle d'autres traités internationaux.

122. L'obligation «de ne pas commettre de génocide» est, aux yeux de la majorité, comprise dans l'obligation de prévention, qui est perçue comme une norme complexe ou une sorte de règle cadre au sein de la Convention.

Mis à part le fait que cette obligation soit perçue comme une norme complexe du point de vue de la responsabilité, le moins que l'on puisse dire, au sujet de sa structure, c'est qu'il ne s'agit pas d'une interprétation cohérente, tant en ce qui concerne la technique juridique que le fond.

Du point de vue de la technique juridique, il est inhabituel de définir différemment les éléments constitutifs d'une norme complexe. Tandis que l'obligation «de ne pas commettre» de génocide a été définie de façon négative, l'obligation de prévention, qui est la norme principale, et le «devoir d'agir qui en est le corollaire» ont été définis de façon positive.

Pour ce qui est du fond, la règle complexe de la prévention comprendrait aux yeux de la majorité diverses obligations, à savoir, d'une part, celles qui concernent la prévention proprement dite — l'obligation de prévenir et le devoir d'agir qui en est le corollaire — et, de l'autre, celle «de ne pas commettre de génocide», qui se rapporte à la notion même de génocide, c'est-à-dire à son auteur lui-même.

La nature hétérogène des devoirs constitutifs de l'obligation de prévention révèle le caractère artificiel de cette construction, qui est adaptée aux besoins. Cela devient encore plus frappant au regard des infractions correspondantes. La violation de toute obligation constituant en droit pénal une infraction pénale, nous serions appelés ici à connaître d'un cas tout à fait inhabituel d'infraction complexe (*zusammengesetztes Verbrechen*), composée de diverses infractions. Ainsi, la commission d'un acte de génocide par un Etat produirait deux conséquences dans le cadre d'une règle complexe unique — une violation de l'obligation «de ne pas commettre de génocide» emportant du même coup violation de l'obligation de prévention ou, plus précisément, de l'obligation d'auto-prévention, assortie du «devoir d'agir qui en est le corollaire».

2.2.1. *L'application de l'obligation de prévention en l'espèce*

123. Quand bien même, aux fins de l'argumentation, l'existence de l'obligation juridique de prévention serait acceptée, il semble erroné de l'appliquer dans le cas du défendeur.

Les arguments sur la base desquels la majorité a conclu que le défendeur avait «violé son obligation de prévenir le génocide de Srebrenica» sont les suivants :

- i) la RFY «se trouvait, à l'égard des Serbes de Bosnie ..., dans une position d'influence qui n'était comparable à celle d'aucun des autres Etats parties à la convention sur le génocide» (arrêt, par. 434);
- ii) la RFY «ne pouva[i]t pas ne pas être conscient[e] du risque sérieux

qui existait à cet égard dès lors que les forces de la VRS avaient décidé de prendre possession de l'enclave de Srebrenica» (*arrêt*, par. 436);
 iii) le défendeur n'a démontré «l'existence d'aucune initiative à des fins préventives ... de sa part», ce dont il faudrait déduire «que [s]es organes ... n'ont rien fait pour prévenir les massacres de Srebrenica» (*ibid.*, par. 438).

Il faut bien admettre qu'aucun des arguments avancés ne paraît convaincant.

S'agissant du premier, il semble reposer sur une certaine confusion entre les notions d'«influence» et de «pouvoir» et entre leurs effets respectifs, et en matière de prévention du génocide.

L'«influence» en tant que telle peut difficilement être un moyen de prévenir le génocide. Etant une forme de pouvoir indirect, elle pourrait inciter le criminel présumé à l'«auto-prévention» mais, en soi, elle ne permet nullement de prévenir le génocide, en particulier lorsque l'intention génocidaire serait apparue de manière apparemment spontanée au cours d'une opération de quelques jours. En tant que moyen d'inciter à la retenue ou à l'«auto-prévention», l'influence doit s'exercer pendant une période bien plus longue que la durée de l'opération au cours de laquelle un massacre a été commis.

Dans son raisonnement, la majorité envisage des actes allant au-delà de l'influence, sous la forme du pouvoir dont le défendeur disposait dans les faits et en droit à l'égard de l'événement dont il s'agit.

La majorité attribue une importance majeure à la notion de «*due diligence*» pour déterminer si une partie contractante a agi dans le sens voulu.

Il semble toutefois que cette notion de diligence ne soit pas d'une grande aide, ni même d'aucun secours sur le plan concret. Comme il ressort des décisions de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*) et dans celle du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran*), la «*due diligence*» s'applique principalement dans le cas d'un sujet relevant de la souveraineté ou du contrôle effectif de l'Etat auquel le défaut de diligence est imputé. Or, la Cour a conclu que le défendeur n'exerçait pas de contrôle effectif sur le territoire dont il s'agissait (*arrêt*, par. 413).

Qui plus est, les mesures qu'un Etat devrait prendre pour ne pas prêter le flanc à l'accusation de défaut de diligence sont difficiles, voire impossibles à mettre en œuvre tout en respectant les limites de ce que permet la légalité internationale lorsqu'il est question du territoire d'un autre Etat.

Il est intéressant de noter que, dans le passage consacré à la responsabilité de l'Etat pour avoir manqué à l'obligation de prévention qui figure au paragraphe 438 de l'arrêt, le terme «pouvoir» a remplacé le terme général «influence». On ne voit pas clairement s'il s'agit là d'une incohérence linguistique dans le texte ou de l'expression d'un *argumentum ad casum*.

L'idée que l'influence constitue par elle-même un facteur de responsabilité tenant à l'omission d'agir est peut-être un emprunt au droit régissant la responsabilité du commandement. En tant que telle, elle est totalement inapplicable en matière de prévention dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, étant donné, notamment, que, dans le cas de la responsabilité du commandement, l'influence est exercée sur une personne qui est également soumise à un contrôle effectif. A titre incident, elle traduit aussi une application hâtive de cette analogie au droit pénal. En effet, exception faite des cas d'*analogia legis*, c'est-à-dire établies par la règle juridique elle-même, les analogies avec le droit pénal ne sauraient être admises compte tenu du principe de la légalité.

Le deuxième argument a essentiellement trait à la connaissance du risque général de génocide, car, comme elle l'a conclu, «la Cour n'a pas non plus jugé que les informations dont disposaient les autorités de Belgrade indiquaient de manière certaine l'imminence du génocide» (par. 436). Pourtant, la triste vérité est que, en temps de guerre civile, surtout lorsque les lignes de démarcation militaire coïncident dans une large mesure avec des frontières ethniques ou religieuses, il existe toujours un risque élevé et grave que des crimes à motivation ethnique soient commis, y compris le génocide. Ce phénomène est tout simplement inhérent à ce type de guerre.

Ainsi, dans le cadre de cette construction baptisée obligation juridique de prévention, la connaissance du risque imminent de génocide semble constituer une meilleure base d'action. Vu, en particulier, que le risque général de génocide, si fréquent en temps de guerre civile, impose en fait de convertir l'action préventive en prévention des guerres civiles, il s'agit en réalité ici de la prévention primaire de situations conduisant ou risquant de conduire au génocide, c'est-à-dire de la prévention au sens criminologique ou de la défense sociale, et non de la prévention répondant à une obligation juridique.

Enfin, l'argument selon lequel le défendeur n'a démontré «l'existence d'aucune initiative à des fins préventives ... de sa part» n'est pas exempt de difficultés tant sur le plan des faits qu'au regard du droit.

Pour ce qui est des faits, il apparaît que le défendeur a produit des éléments attestant que Milošević avait indiqué à Karadžić que prendre Srebrenica serait une erreur, parce qu'un massacre pouvait fort bien avoir lieu du fait d'événements intervenus plus tôt à Bratunac¹²⁰. En outre, pour reprendre les termes de lord Owen :

«Je n'avais quasiment jamais entendu M. Milošević faire montre d'une telle exaspération, mais aussi d'une telle inquiétude; il craignait que, si les forces serbes de Bosnie entraient dans Srebrenica, il y ait un bain de sang en raison de la terrible animosité entre les deux armées. Les Serbes de Bosnie tenaient le jeune commandant des

¹²⁰ Rapport néerlandais concernant Srebrenica, deuxième partie, chap. 2, sect. 5 (avec, en note de bas de page, la mention «information confidentielle n° 43»).

forces musulmanes de Srebrenica, Naser Orić, pour responsable d'un massacre commis près de Bratunac en décembre 1992, au cours duquel de nombreux civils serbes avaient été tués.»¹²¹

Les propos tenus par le président Milošević à lord Owen, qui était alors coprésident du comité directeur de la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, doivent être interprétés comme une mise en garde sur le risque de massacre à Srebrenica.

Etant donné que «chaque Etat ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale» (arrêt, par. 430), cette mise en garde ainsi que les instructions données à Karadžić, le président de la Republika Srpska, semblent constituer la seule mesure que le défendeur pouvait prendre dans les circonstances.

Il convient de noter que, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'Albanie fut déclarée responsable parce qu'elle n'avait «ni notifié l'existence du champ de mines ni averti les navires de guerre britanniques du danger vers lequel ils avançaient» (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). Or, si le défaut d'avertissement a servi de base pour déclarer l'Albanie responsable de l'événement intervenu sur son territoire, il est alors difficile de saisir pourquoi l'avertissement formulé par le président Milošević ne satisfait pas au devoir d'agir, puisqu'il s'agissait en fait de la seule mesure de prévention possible à l'égard du territoire de l'autre Etat concerné. En outre, pour appliquer en l'espèce l'obligation de prévention envisagée, une autre condition de causalité devait être remplie, à savoir que le défaut allégué d'agir devait avoir causé le massacre. Cette condition n'a été ni établie ni appliquée dans l'arrêt.

124. Compte tenu de la responsabilité de premier plan qui incombe aux organes compétents des Nations Unies en matière de prévention du génocide, telle qu'elle figure à l'article VIII de la Convention, l'inquiétude exprimée au président Milošević par le négociateur de l'Union européenne, M. Bildt, sur laquelle l'arrêt appelle particulièrement l'attention (par. 436), n'a guère de pertinence en l'espèce, puisqu'elle traduit simplement une inquiétude de caractère humanitaire. Elle ne peut guère, comme le suggère tacitement le libellé de ce passage, se justifier en tant que mise en garde probable que le représentant de la communauté internationale organisée — qui avait le pouvoir voulu dans les faits et la faculté juridique d'agir et dont les unités militaires étaient en outre, sur la base de la résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, tenues de sécuriser la zone de sécurité qu'était Srebrenica — aurait adressée au chef d'Etat qui, d'après la conclusion de la Cour (arrêt, par. 413), n'exerçait pas de contrôle effectif sur le territoire concerné et n'avait d'ailleurs aucun pouvoir de fait comparable à celui que possédait la communauté internationale organisée (une conclusion foncièrement différente ne s'imposerait que si l'autorité de l'organe international compétent

¹²¹ Lord Owen, *Balkan Odyssey*, 1995, p. 134-135.

avait alors été déléguée au président Milošević en temps voulu pour lui permettre d'intervenir sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine afin de prévenir le massacre de Srebrenica).

125. L'autre argument avancé concerne les ordonnances que la Cour a rendues le 8 avril 1993 ainsi que le 13 septembre 1993, pour indiquer des mesures conservatoires précisant que «la RFY était ... soumise à des obligations très spécifiques du fait des deux ordonnances en indication de mesures conservatoires» (arrêt, par. 435).

Il est possible de formuler deux observations au sujet de cette conclusion particulière de la majorité.

Premièrement, le caractère obligatoire de l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires n'a été exprimé qu'à l'époque de l'affaire *LaGrand* (C.I.J. Recueil 2001, p. 503, par. 102). Avant cette affaire, la force obligatoire de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires ne pouvait pas être tenue pour établie. Ce fait est confirmé par l'ordonnance du 13 septembre 1993 elle-même. Au paragraphe 58 de l'ordonnance, la Cour renvoie à sa conclusion antérieure en l'affaire *Nicaragua*, qui est celle-ci: «lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données...» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 144, par. 289), ajoutant qu'«il en va particulièrement ainsi dans une situation telle qu'elle se présente actuellement en Bosnie-Herzégovine» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 349).

Deuxièmement, cet argument n'est guère justifié, puisque les ordonnances indiquent nettement qu'il s'agit en fait d'une décision provisoire par excellence. Celles-ci prévoient

«des conditions pratiquement illimitées, mal définies et vagues concernant l'exercice de la responsabilité du défendeur dans l'exécution de l'ordonnance de la Cour et l'exposent à des accusations infondées de ne pas de conformer à cette mesure conservatoire» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, déclaration du juge Tarassov, p. 27).

Un fait encore plus remarquable est que les mesures ont été indiquées lors d'une phase de la procédure qui ne permettait à la Cour «d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 33). Ces mesures conservatoires touchaient de si près à l'objet de l'affaire que la Cour risquait de créer un estoppel à l'égard des faits allégués par une partie.

En fait, c'est dans ces ordonnances consacrées aux événements intervenus lors de la guerre civile en Bosnie-Herzégovine que fut utilisée pour la première fois la qualification de «génocide». La première apparition du terme «génocide» dans des résolutions du Conseil de sécurité remonte au 16 avril 1993, lorsque le Conseil prit acte de l'ordonnance du 8 avril 1993¹²². La résolution du 8 mai 1993 portant création du tribunal *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie ne faisait pas même mention du génocide.

La Cour jouit évidemment d'une autorité considérable, mais il conviendrait qu'elle trouve un juste milieu entre l'autorité et la responsabilité qui sont les siennes dans chaque affaire. C'est en faisant preuve de prudence judiciaire et en se conformant strictement à sa compétence dans chaque phase du différend qu'elle pourra trouver l'équilibre non seulement désirable, mais aussi nécessaire entre autorité et responsabilité judiciaires. Sinon, il existe un risque d'abus de la fonction judiciaire.

2.3. *L'obligation de ne pas commettre de génocide*

126. Pour la majorité, l'obligation de ne pas commettre de génocide est implicite: il s'agit d'une obligation qu'«implique nécessairement» celle de prévenir le génocide (arrêt, par 166).

Le raisonnement qui sous-tend cette thèse est que

«L'obligation [de prévenir le génocide] impose notamment aux Etats parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent ... afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III. Il serait paradoxal que les Etats soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit 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.)

A cet égard, la question qu'il convient de se poser préalablement est celle de savoir si l'on peut imposer de manière implicite à une partie contractante à la Convention une obligation pénale.

A l'évidence, la réponse ne peut être que négative. La thèse selon laquelle l'obligation de ne pas commettre le génocide serait nécessairement contenue dans celle de prévenir ce crime et ce, quelle que soit la manière dont est perçue la prévention — à tort ou à raison —, procède d'une interprétation extensive de la Convention que l'on ne peut accepter. Elle est en outre contraire à l'essence même du principe de légalité en droit pénal international. Rien ne justifie le recours à une interprétation

¹²² Nations Unies, doc. S/RES/819 (1993).

extensive pour ce qui concerne l'auteur du génocide. Les dispositions de la Convention sont très claires à cet égard. Les termes employés aux articles II à VIII ne laissent aucun doute quant au sens des dispositions de ce texte (*lex dixit minus quam voluit*), suivant lesquelles seules des personnes physiques peuvent commettre un génocide. En conséquence, rien, absolument rien, ne justifie de recourir à une interprétation extensive.

127. Il est encore moins justifié, concrètement, en l'espèce, de recourir à une interprétation extratextuelle qui ignore et invalide l'intention des parties contractantes clairement exprimée dans le texte de la Convention et confirmée par les travaux préparatoires. De ce point de vue, l'interprétation dépasse très nettement le cadre autorisé.

Une telle interprétation aurait pour conséquence d'imposer une obligation nouvelle aux parties contractantes et ce, en contradiction avec le principe général du droit international selon lequel une obligation incombant à un Etat ne peut être présumée et doit avoir été établie de manière non équivoque, principe sur lequel il est particulièrement mis l'accent en droit pénal international compte tenu des exigences strictes qui entourent la règle *nullum crimen sine lege*.

Il s'agit donc là d'une réécriture de la Convention par incorporation d'une obligation nouvelle, étrangère à l'intention des parties contractantes, et non d'une interprétation *stricto sensu*.

La référence à l'objet et au but de la Convention et la confiance dans le principe de l'effet utile ne semblent guère convaincantes. Elle est énoncée de manière abstraite, par quelques mots — «prévention du génocide» — qui sont détachés du reste de la Convention (voir *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture, avis consultatif, 1922, C.P.J.I. série B n° 2, p. 23*). Le principe de l'effet utile semble, en outre, ne pas être correctement interprété à cet égard non plus, ou n'être pas applicable, car ses effets sont essentiellement négatifs et il ne suffit pas *per se* comme fondement à une interprétation correcte du but de la convention.

128. L'opinion de la majorité semble résulter d'une certaine confusion entre la perpétration du crime — c'est-à-dire la situation dans laquelle se trouve l'auteur du crime de génocide — et la responsabilité découlant de cet acte.

Lorsque des Etats ou d'autres entités juridiques sont en cause, le statut de l'auteur du crime et la responsabilité pénale découlant de sa perpétration peuvent être deux choses distinctes.

Le fait qu'une partie contractante ait pour obligation de ne pas commettre de génocide signifierait, en réalité, *implicitement* qu'un Etat peut être l'auteur d'un génocide.

Cette thèse est pour le moins étrange. En effet, elle ne tient pas compte de ce que l'on appelle le *genus proximus* qui caractérise tout crime, y compris le crime de génocide.

Un crime, quel qu'il soit, est avant tout un acte physique ou une omission présentant un élément moral, qui — en tant que tel — ne peut être

commis par des entités telles que des Etats, lesquels ne possèdent ni attributs physiques leur permettant d'accomplir des actes physiques ou matériels, ni volonté propre. Bien qu'il s'agisse là d'une évidence, cela a de réelles implications en droit pénal.

Le fait qu'un Etat, comme toute autre entité juridique, puisse être tenu pour responsable au regard du droit pénal à raison de crimes commis par des personnes physiques est fort différent. La responsabilité pénale des personnes morales est, toutefois, une fiction par rapport à la responsabilité pénale bien réelle des personnes physiques. Elle est établie comme une fiction juridique (*fictio legalis*) par une règle spéciale.

L'une des versions modernes de cette fiction juridique, dont les origines remontent au droit canonique et médiéval élaboré sous l'influence de Bartolus, est, en droit national, la responsabilité pénale des personnes morales qui consiste à considérer certains actes commis par des personnes physiques comme étant commis par la personne morale en question, ou à recourir à l'imputation comme forme de responsabilité par procuration.

Il semblerait que la majorité se soit inspirée de la responsabilité pénale des personnes morales et qu'elle ait procédé par analogie. Si tel est le cas, l'approche est totalement erronée. En tant que méthode d'interprétation, l'analogie n'a qu'un champ d'application limité en droit pénal, et ce même lorsqu'elle reste *intra legem*, c'est-à-dire qu'elle ne crée pas de règle nouvelle, ce qui est pourtant le cas en l'espèce.

Un autre aspect est toutefois bien plus important. La responsabilité pénale des personnes morales, en tant que fiction juridique, est établie en droit pénal interne par des règles juridiques spéciales. Or, aussi bien la convention sur le génocide que le droit international positif ignorent de telles règles.

Cela ne signifie cependant pas que la responsabilité pénale des Etats ou des organisations internationales n'aura pas, un jour, sa place en droit international positif. Néanmoins, la Cour « en tant que tribunal, ne saurait rendre de décisions *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté » (affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 23-24, par. 53; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 192, par. 45).

129. S'agissant de la responsabilité d'un Etat à raison de la perpétration d'un génocide, l'opinion de la majorité de la Cour ne laisse pas non plus de susciter des difficultés juridiques. Celles-ci sont de deux ordres.

Premièrement, si un Etat peut, au même titre qu'une personne, commettre un génocide, alors la *responsabilité pénale* de l'Etat en tant qu'auteur de ce crime est une conséquence naturelle et inévitable. L'arrêt n'évoque cependant que la « responsabilité » ou la « responsabilité internationale » d'un Etat à cet égard, ce qui n'est certainement pas sans pertinence s'agissant du sens de l'expression « responsabilité d'un Etat ».

Deuxièmement, le fondement de la responsabilité d'un Etat pour génocide est défini de manière peu claire et contradictoire.

Supposons, aux fins de l'argumentation, qu'un Etat puisse être l'auteur d'un génocide; dans ce cas, sa responsabilité pénale est originelle et réelle. La majorité estime cependant 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).

Dès lors, la responsabilité de l'Etat est fondée sur des actes commis par les organes de cet Etat, ou par une personne ou un groupe *ayant commis* l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, lesquels sont *juridiquement attribuables à l'Etat*. L'opération juridique d'attribution ne semble cependant pas nécessaire si la responsabilité de l'Etat pour génocide est originelle et réelle, comme l'implique le fait de définir l'Etat comme un auteur potentiel de ce crime.

2.4. *L'obligation de punir*

130. Certains éléments du raisonnement de la majorité, quand il s'agit du respect par le défendeur de l'obligation de punir, sont formulés d'une manière qui, au regard des critères du raisonnement juridique, ressemble par trop aux demandes adressées au défendeur par certaines institutions politiques internationales et certains Etats. En l'espèce, c'est sur un plan formel et non sur le fond¹²³ que la Cour a agi en tant que principal organe judiciaire.

Cette forte ressemblance, qui vaut principalement pour les conclusions de la Cour et les demandes d'ordre politique adressées au défendeur, est particulièrement manifeste au paragraphe 449 de l'arrêt.

Engager une procédure appropriée à l'encontre d'une personne accusée de génocide est une chose, l'obligation de punir cette personne en est une autre. Il est particulièrement frappant que la majorité ait passé sous silence cette distinction qui touche à l'essence même du principe fondamental de la présomption d'innocence.

Se pose en outre la question de savoir si le défendeur a manqué à son «obligation de punir», au sens des obligations internationales s'agissant des personnes poursuivies par le TPIY.

Comme chacun sait, lors de la réunion tenue à Rome les 17 et 18 février 1996 à l'initiative du président de l'Union européenne de l'époque, S. Agnelli — réunion à laquelle ont participé également le secrétaire d'Etat adjoint des Etats-Unis d'Amérique, M. Holbrooke, le haut représentant, M. Bildt, le commandant de l'IFOR, l'amiral Smith, le commandant des forces américaines, le général Joulwan, parmi d'autres personnalités — les présidents Izetbegović, Milošević et Tudjman convinrent que

¹²³ Sur cette distinction, voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, I, p. 107.

«les personnes autres que celles qui sont déjà accusées par le Tribunal ne peuvent être arrêtées ou détenues pour des violations graves du droit international humanitaire qu'en vertu d'une décision, d'un mandat ou d'un acte d'accusation émis précédemment qui a fait l'objet d'un examen et a été jugé conforme aux règles de droit international par le Tribunal. Des procédures permettant au Tribunal de se prononcer rapidement seront élaborées et seront immédiatement mises en mouvement dès que de tels cas se présenteront.»¹²⁴

Dès lors, ni le défendeur ni le demandeur n'étaient juridiquement en mesure de condamner qui que ce soit pour génocide. En octobre 2004, le procureur général, Carla del Ponte, acheva son examen des plaintes déposées en Bosnie-Herzégovine et, dans le cadre de la fermeture progressive du TPIY, les remit au Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine pour qu'il y soit donné suite et pour que des poursuites pénales¹²⁵ soient engagées.

Accuser le défendeur de ne pas avoir coopéré avec le TPIY au motif que l'une des personnes mises en accusation n'a pas été arrêtée, et ce en l'absence d'éléments de preuve crédibles attestant que l'intéressé se trouve sur le territoire du défendeur, est contraire au principe selon lequel les faits négatifs n'ont pas à être prouvés dans le cadre d'une procédure judiciaire. Cela est d'autant plus vrai si l'on se souvient que le défendeur, en arrêtant ou en extradant les individus mis en accusation qui se sont rendus volontairement, a clairement démontré sa position à cet égard. J'estime qu'un Etat qui a ainsi livré au TPIY trente-sept personnes mises en accusation, dont la quasi-totalité des membres des autorités politiques et militaires, peut difficilement être accusé de ne pas avoir coopéré d'un strict point de vue juridique.

Un autre exemple de formulation semblable à celles contenues dans les communiqués émanant d'institutions internationales figure dans la partie du dispositif qui se rapporte précisément à cette question. Il y est notamment indiqué que le défendeur doit prendre immédiatement des mesures effectives pour «*transférer* les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque de ces autres actes [prohibés par l'article III de la Convention]» (les italiques sont de moi), alors même qu'il est de notoriété publique que ces personnes n'ont pas été arrêtées.

Se pose également la question de savoir si le TPIY peut être considéré comme un «tribunal pénal international» au sens de l'article VI de la Convention.

La réponse enthousiaste consistant à dire «oui, assurément» repose sur une explication qui n'est pas très convaincante:

«La notion de «cour criminelle internationale» au sens de l'ar-

¹²⁴ Rome communiqué, Sect. 5, «Cooperation on War Crimes and Respect for Human Rights», <http://www.barns-dle.demon.co.uk/bosnia/mostar.html>.

¹²⁵ <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>.

ticle VI doit s'entendre au moins de toute juridiction pénale internationale créée après l'adoption de la Convention ... à vocation potentiellement universelle et compétente pour juger les auteurs d'un génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. *Peu importe, à cet égard, la nature de l'instrument juridique en vertu duquel cette juridiction est créée.*» (Arrêt, par. 445; les italiques sont de moi.)

Bien que n'ayant nullement l'intention de m'intéresser à cette question de manière approfondie, je me demande comment il est possible d'affirmer que «la nature de l'instrument juridique en vertu duquel cette juridiction est créée [importe peu]», sans qu'il ait été préalablement établi que les résolutions du Conseil de sécurité sont ou non des instruments juridiques *stricto sensu* ou autre chose, ou que «l'article VI doit s'entendre au moins de toute juridiction pénale internationale créée», sans qu'il soit précisé que cette «création» doit avoir eu lieu conformément au droit international.

En réalité, toute interprétation portant directement ou indirectement légitimation ou, à l'inverse, absence de légitimation du TPIY n'est certainement pas compatible avec la prudence judiciaire qu'imposent, d'une part, les circonstances particulières dans lesquelles ce tribunal a été créé et, d'autre part, le caractère contentieux de la présente espèce.

En outre, si l'intention de la Cour était de se pencher sur le fond de la question, c'est-à-dire de chercher à savoir si le TPIY avait été établi de manière juridiquement valable et était compétent aux termes de l'article VI de la Convention ou d'un organe judiciaire qui serait le fruit d'une justice sélective et militante, elle aurait dû examiner tous les arguments pertinents *pro et contra* afin de parvenir à la bonne conclusion.

En effet, la question de la licéité du TPIY n'a pas même à ce jour été jamais tranchée au terme d'une procédure judiciaire irréprochable. La seule décision judiciaire sur cette question — à savoir celle rendue par le TPIY lui-même dans l'affaire *Tadić*¹²⁶ — ne peut guère être considérée comme irréprochable à la lumière du principe fondamental *nemo iudex in causa sua*.

3. La question de la responsabilité

3.1. La Convention et la question de la responsabilité

131. L'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» est abstraite et son caractère vague la rend fort englobante, notamment au regard de la convention sur le droit pénal.

¹²⁶ *Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense*, 10 août 1995, par. 1-40; *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, par. 26-48.

En droit international, le terme «responsabilité»¹²⁷ peut être utilisé *lato sensu* et *stricto sensu*, ce qui est d'ailleurs le cas.

Considérée *lato sensu*, la responsabilité revêt diverses formes :

- i) La responsabilité au sens courant, c'est-à-dire que l'auteur d'un acte en assume les conséquences. A titre d'exemple, l'on peut citer la position du juge Anzilotti dans l'affaire relative à la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande* (mesures conservatoires) lorsqu'il indiqua qu'«un gouvernement [doit] supporte[r] les conséquences de la rédaction peu claire d'un document *qui émane de lui*» (C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 182; les italiques sont de moi).
- ii) La responsabilité morale ou politique. Cela implique que l'auteur d'un acte a une obligation morale et politique de réparer les conséquences de son acte qui ont porté préjudice à d'autres personnes. Ainsi la commission mixte des réclamations Etats-Unis-Allemagne (1922) a-t-elle jugé que «la responsabilité de l'Allemagne pour l'ensemble des pertes et dommages subis du fait de la guerre [était] une *responsabilité morale*» [traduction du Greffe] (décision administrative n° II (1923), par. 5, p. 15; les italiques sont dans l'original; voir également l'affaire des *Indemnités russes* (1912), HCR, vol. 1, p. 547).
- iii) La responsabilité d'un point de vue juridique. Cela pourrait être interprété comme désignant la responsabilité *stricto sensu*. Toutefois, la «responsabilité d'un point de vue juridique», ou «responsabilité juridique», est plus une expression générale qu'une qualification précise. Elle regroupe deux formes intrinsèquement différentes de responsabilité — la responsabilité civile et la responsabilité pénale, lesquelles doivent être précisées au cas par cas.

S'agissant de l'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide» employée à l'article IX, le fait qu'elle ait trait à la responsabilité *lato sensu* ou *stricto sensu* n'est pas clair. Tel est, à fortiori, le cas si l'on estime qu'existe une différence significative entre les versions anglaise et française de l'article IX, lesquelles font «également foi» aux termes de l'article X de la Convention. Alors que la version anglaise du texte de l'article IX parle, notamment, de «responsibility of a State for genocide», dans le texte français, l'expression est «responsabilité d'un Etat *en matière de génocide*» (les italiques sont de moi). Cette dernière formule est bien plus proche du sens général du terme «responsabilité» que de son sens strict.

Cela est d'autant plus vrai si l'on garde à l'esprit le fait que la référence à la responsabilité de l'Etat et à la compétence de la Cour internationale de Justice avait pour but de renforcer l'efficacité de la Convention. L'on estimait en effet qu'en temps de paix il était quasiment impossible que s'exerce une compétence nationale ou internationale effective à l'égard de

¹²⁷ B. Cheng, *op. cit.*

dirigeants ou de chefs d'Etat (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie*, 103^e séance, p. 430, et 104^e séance, p. 436 et 444).

Ainsi, le terme «responsabilité» peut également être compris comme signifiant «obligation», de sorte que l'article IX conférerait à

««la Cour internationale de Justice compétence à l'égard de différends entre Etats parties» au sujet de «l'interprétation, l'application et l'exécution» de diverses obligations nées d'obligations spécifiques énoncées dans la Convention, à savoir la poursuite, l'extradition et l'adoption de mesures législatives»¹²⁸.

132. Les dispositions de fond de la Convention établissent exclusivement la responsabilité individuelle pour génocide, de manière directe ou indirecte.

Les articles IV, V, VI et VII font directement référence à la responsabilité pénale individuelle. Les travaux préparatoires, notamment ceux des articles IV et VI (qui revêtent une importance particulière pour l'examen de la question à l'étude), confirment le sens clair et naturel des articles auxquels il est fait référence à cet égard. Lors de débats menés au sein de la Sixième Commission au sujet de l'article IV, le Royaume-Uni a présenté un amendement¹²⁹ qui avait pour objet d'établir la responsabilité étatique pour génocide. L'amendement présenté par la Belgique¹³⁰ allait dans le même sens. Ces amendements ont été rejetés pour des raisons résumées par le rapporteur spécial, M. Ruhashyankiko, de la manière suivante:

«la pratique internationale d'après la seconde guerre mondiale a fait constamment application du principe de la responsabilité pénale individuelle en matière de crimes de droit international parmi lesquels se place le génocide»¹³¹.

Une expression indirecte des mêmes idées figure dans les dispositions des articles I, II et III. La notion de «crime du droit des gens», énoncée à l'article premier de la Convention, renvoie en droit international positif — à l'exception des projets *de lege ferenda* — à des actes ou omissions commis exclusivement par des individus. Les articles II et III, lesquels traitent spécifiquement de la définition juridique du crime de génocide et des actes punissables en vertu de la Convention, respectivement, et expriment par leur formulation et leur contenu l'idée qu'un Etat, en tant

¹²⁸ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 434.

¹²⁹ Nations Unies, doc. A/C.6/236 et corr.1.

¹³⁰ Nations Unies, doc. A/SR95.

¹³¹ M. N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, *op. cit.*, p. 36, par. 151. Voir également le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 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), II, 2^e partie, p. 11, par. 32).

que personne juridique abstraite, sans attributs physiques ni volonté propre, ne peut être responsable en droit pénal (*societas delinquere non potest*).

Ainsi, aucune des dispositions de fond de la Convention ne prévoit d'autre forme de responsabilité juridique pour génocide que la responsabilité pénale individuelle.

133. La majorité ne conteste pas l'idée que le texte de la Convention n'établit pas, en soi, la responsabilité de l'Etat. Il est notamment souligné ceci :

«Il est vrai que les notions utilisées dans les *litt. b) à e)* de l'article III ... renvoient à des catégories bien connues du droit pénal, et paraissent, à ce titre, spécialement adaptées à l'exercice de la répression pénale contre des individus.» (Arrêt, par. 167.)

Cependant, la responsabilité d'un Etat pour génocide figure à l'article IX de la Convention. Elle découle de l'obligation imposée aux parties contractantes «de ne pas commettre de génocide» dans le cadre des règles de la responsabilité des Etats telles qu'énoncées dans les articles de la CDI, lesquels expriment l'état du droit international coutumier actuel (par. 414), et ce bien que la position de la CDI — la convention sur le génocide n'envisageait pas le crime d'Etat ou la responsabilité pénale des Etats dans son article IX — semble claire à cet égard¹³².

L'article IX permet-il d'établir la responsabilité d'un Etat pour génocide? Cet article dispose :

«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.»

134. L'article IX de la Convention est, par nature, une clause compromissoire classique. En tant que tel, son objet est d'établir la compétence de la Cour pour ce qui concerne l'interprétation, l'application ou le respect des dispositions de fond de la Convention. Ainsi que Manley Hudson le dit très bien en conclusion :

«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 expressément 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

¹³² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, 20 avril-2 juin 1998, 27 juillet-14 août 1998, Nations Unies, doc. A/53/10 et corr.1, par. 249.

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.»¹³³

Les clauses attributives de compétence ne sauraient modifier ni emporter révision du droit matériel. Ce principe, qui exprime des considérations juridiques primordiales, est tout particulièrement pertinent pour le *type* de conventions auquel appartient la convention sur le génocide.

Comme les dispositions de fond de la Convention appartiennent au *corpus juris cogentis*, elles ne peuvent être modifiées «que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère» (article 53 de la convention sur le droit des traités). De toute évidence, la règle énoncée dans l'article IX n'est pas une «norme du droit international général ayant le même caractère», c'est une règle du *jus dispositivum* à laquelle les parties contractantes peuvent déroger de manière discrétionnaire. Si l'article IX était susceptible de modifier la situation juridique établie par les dispositions de fond de la Convention, cela reviendrait, du point de vue de la dichotomie *jus cogens/jus dispositivum*, à dire qu'au moins certaines règles relevant du *jus dispositivum* sont susceptibles de modifier le régime établi du *jus cogens*. En outre, il s'ensuivrait, d'un point de vue pratique, qu'une partie contractante ayant formulé une réserve à l'article IX serait libérée de la responsabilité que ledit article IX ajouterait aux dispositions de fond de la Convention.

135. A supposer, aux seules fins de l'argumentation, que les rédacteurs de la Convention, lorsqu'ils ont employé le terme «responsabilité» à l'article IX, aient eu à l'esprit la responsabilité d'un point de vue juridique, l'on pourrait alors affirmer avec certitude qu'ils n'envisageaient pas la responsabilité pénale de l'Etat.

La Convention ne prévoit pas spécifiquement la responsabilité civile de l'Etat pour génocide.

Non seulement le texte de la Convention ne contient pas, dans son dispositif, de dispositions spécifiques à cet égard, mais les termes généraux correspondants, tels que «responsabilité civile», ou les précisions concernant la «réparation» ou la «compensation» et les autres notions du même ordre, font également défaut. Il est vrai qu'il a été fait mention de la «responsabilité civile» dans les travaux préparatoires de l'article IX,

¹³³ Hudson, «The Twenty-ninth Year of the World Court», 45 *American Journal of International Law (AJIL)*, 1951, cité dans M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, vol. 11, p. 857.

mais cela ne présente qu'un intérêt limité dans la mesure où ils n'ont qu'un caractère de confirmation et un rôle de soutien dans le cadre de l'interprétation des traités.

Ainsi, on peut dire que la Convention envisage la responsabilité *sui generis* d'une manière plus proche de la responsabilité *lato sensu* que *stricto sensu*. Cela est également confirmé par la nature du droit international pénal et par le fait que l'article VIII de la Convention soit le seul article traitant de la suppression et de la prévention du génocide sur le plan international. Avoir à l'esprit que le crime de génocide, qui contrevient non seulement au droit moral mais aussi à l'esprit et aux buts de la Charte des Nations Unies, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales, et que les organes politiques compétents des Nations Unies, en particulier le Conseil de sécurité, ont l'obligation d'agir *proprio motu* lorsqu'un génocide est suspecté.

Dès lors, on peut dire que la responsabilité d'un Etat pour génocide est essentiellement morale et politique, comme dans le cas d'autres crimes internationaux tels que l'apartheid ou l'agression, qu'elle s'articule avec des mesures de répression décidées par les organes compétents des Nations Unies comme une forme de réaction collective d'une société interétatique décentralisée. Une telle forme de responsabilité de l'Etat pour génocide — laquelle rappelle pour partie la responsabilité collective ou la responsabilité des personnes morales — s'explique par la nature relativement inorganisée, le caractère *de facto* de la communauté internationale, et l'état embryonnaire dans lequel se trouve encore le droit pénal international.

En principe, s'agissant de la logique du droit matériel, une telle conception de la responsabilité de l'Etat pour génocide n'exclut pas la responsabilité civile de l'Etat. Cette responsabilité, bien qu'elle ne soit pas primaire pour ce qui est des crimes internationaux, tire son fondement de ce que la perpétration d'un crime a également des conséquences civiles. Justifiée du point de vue du droit matériel, la responsabilité civile de l'Etat pour génocide est très douteuse d'un point de vue juridictionnel, à tout le moins lorsque la compétence de la Cour est fondée sur l'article IX de la Convention en tant que clause compromissaire.

136. Quand on s'interroge sur la compétence, se pose la question de savoir si ces règles sont applicables quand il est tenu compte du principe *lex specialis derogat legi generali*.

Tout traité en vigueur qui fonde la compétence de la Cour constitue, par lui-même et en soi, le droit applicable à l'espèce. Relevant du *jus specialis*, un traité de cette nature exclut l'application des règles du droit international général. Il convient de présumer que les parties à la Convention connaissaient les règles générales qui existent en matière de responsabilité des Etats et ont décidé d'examiner la question conformément à la Convention. Si leur intention avait été différente, elles se seraient référées — conformément à la pratique habituellement observée en matière de conventions internationales — aux règles du droit international général, par incorporation ou renvoi.

Le principe du *jus specialis* est reconnu comme une règle générale de la

responsabilité de l'Etat. L'article 55 des articles sur la responsabilité de l'Etat dispose que :

«Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illégitime ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international.»¹³⁴

Aux fins de la présente affaire, les règles spéciales de droit international sont, sans nul doute, les règles de fond de la convention sur le génocide.

Le principe du *jus specialis* s'applique, évidemment, en cas de conflit entre des dispositions ayant un caractère spécial et les règles du droit international général. Un tel conflit naît d'une incohérence ou différence, positive ou négative, entre ces deux catégories de règles. Un tel conflit existe bien en l'espèce, dans la mesure où la convention sur le génocide ne traite pas des questions de responsabilité civile d'un Etat pour génocide.

Ainsi, comme l'a souligné le rapporteur spécial dans son premier rapport sur la responsabilité des Etats, «les parties à la Convention n'ont pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour à cet égard»¹³⁵.

Ce n'est qu'en établissant une distinction entre la responsabilité des Etats *dans l'absolu*, et quand il s'agit de la juridiction de la Cour, que l'on trouve un fondement au raisonnement de cette dernière lorsqu'elle se déclare incompétente pour connaître des demandes au motif que

«[i]l existe une distinction fondamentale entre l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international...

Que les Etats acceptent ou non la juridiction de la Cour, ils demeurent en tout état de cause responsables des actes portant atteinte aux droits d'autres Etats qui leur seraient imputables.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 456, par. 55-56; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 33, par. 51; affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 328, par. 128.)

Cependant, lorsque la Cour parvient à la conclusion qu'elle n'est pas compétente pour connaître des demandes formulées en matière de responsabilité, elle ne peut, ainsi qu'il est indiqué dans l'arrêt relatif à la *Licéité de l'emploi de la force*, «se prononcer ni formuler de commentaire sur [la question de] la responsabilité internationale qui pourrait en découler».

¹³⁴ ACIDI, 2001, vol. II, partie 2.

¹³⁵ Premier rapport sur la responsabilité des Etats, présenté par le rapporteur spécial, M. James Crawford, Nations Unies, doc. A/CN.4/490/Add.2, par. 43.

137. En ce qui concerne le volet relatif au fond, l'on peut douter que les règles générales qui régissent la responsabilité de l'Etat puissent en l'état actuel des choses avoir objectivement trait aux crimes internationaux.

Il est vrai que les délits et les crimes internationaux présentent certaines similitudes. Ils ont pour trait commun d'être illicites. En ce sens, ces deux notions appartiennent à la catégorie des «actes illicites», c'est-à-dire des actes contraires aux règles pertinentes du droit international. Ils diffèrent toutefois sur d'autres plans, constituant ainsi deux sous-catégories distinctes d'actes au sein de ladite catégorie.

Les règles générales en matière de responsabilité de l'Etat, quand il s'agit de la responsabilité à raison du préjudice causé, ont été créées comme *jus aequum*. Ainsi, contrairement à la responsabilité pénale, la responsabilité civile peut exister *sine delicto*. Elle découle de la violation du droit subjectif de l'Etat lésé.

La responsabilité pénale est, quant à elle, une responsabilité à raison de la perpétration d'une infraction pénale, responsabilité qui a pour fonction de protéger les valeurs de la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que l'intérêt général exprimé dans les règles du droit objectif en tant que tel; elle est considérée comme *jus strictum*.

Du fait de leur différence de nature juridique, les délits et les crimes internationaux donnent lieu à des sanctions différentes. En matière de responsabilité civile, la sanction est essentiellement le rétablissement de la situation qui aurait existé si le droit subjectif de l'Etat lésé n'avait pas été violé. Par opposition, la sanction d'un crime international — qui constitue principalement un préjudice à l'ordre juridique objectif — consiste à punir l'auteur.

Ces responsabilités étant intrinsèquement différentes, la responsabilité pénale ne peut pas être transformée en responsabilité civile ni vice versa. Les tentatives de transposition aboutissent soit à la pénalisation de la responsabilité civile, soit à la dépenalisation du droit pénal — deux résultats tout aussi peu satisfaisants l'un que l'autre. Dans le cas du génocide, une telle tentative reviendrait soit à créer un «délit civil de génocide», vidé de sa substance dans le cadre de l'article II de la Convention, soit à une timide incursion dans le domaine de la responsabilité pénale de l'Etat, laquelle n'est pas prévue dans les règles primaires. Il semble toutefois que la Cour se soit précisément engagée majoritairement dans cette voie. Les articles premier et 2 de la CDI sur la responsabilité des Etats constituent *prima facie* un terrain fertile pour procéder à une telle transposition, dans la mesure où ils laissent transparaître une nouvelle approche de la notion de responsabilité par un glissement des notions classiques de faute et de dommage vers un concept de responsabilité absolue. Mais il ne s'agit là que d'une illusion, et ce en raison du critère de la violation qui doit être appliqué comme condition nécessaire à l'existence d'un acte internationalement illicite attribuable à un Etat. Ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire de l'article 2:

«Le fait qu'il y ait ou non manquement à une règle peut dépendre de l'intention des organes ou agents habilités de l'Etat ou de la connaissance qu'ils ont; en ce sens, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une violation peut être «subjectif». Ainsi, l'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose: «Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel...» Dans d'autres cas, le critère de violation d'une obligation peut être «objectif», en ce sens que le fait que les organes ou agents habilités de l'Etat en aient été conscients ou non peut être sans objet.»¹³⁶

Les règles relatives à la responsabilité, en tant que règles secondaires, constituent le cadre des conséquences d'une violation, tandis que la détermination du contenu d'une obligation, y compris le critère de violation, est réservée aux règles primaires. En tant que telles, les règles secondaires ne peuvent pas modifier ou déroger aux règles primaires, ce qui *per se* revient à priver de réels effets toute tentative de transposition des règles du droit pénal dans le domaine de la responsabilité des Etats.

III. La qualification juridique du massacre de Srebrenica

Deux décisions rendues par le TPIY, dans les affaires *Krstić* et *Blagojević*, portent sur le tragique massacre de Srebrenica. Pour qualifier juridiquement celui-ci, la Cour s'appuie de la même manière sur ces deux décisions bien que la seconde ne soit pas définitive.

1. Les éléments de l'intention génocidaire

Il s'avère qu'aucun des éléments particuliers de l'intention génocidaire n'est réuni dans la décision *Krstić*.

1.1. Le degré d'intention

138. Les deux chambres du TPIY — la chambre de première instance ainsi que la chambre d'appel — ont, dans l'affaire *Krstić*, considéré l'intention génocidaire alléguée sous l'angle de la «connaissance» et de la «conscience».

Par exemple, la chambre de première instance a jugé que «les forces des Serbes de Bosnie *avaient nécessairement conscience* de l'effet catastrophique qu'aurait la disparition de deux ou trois générations d'hommes sur la survie...»¹³⁷ ou que,

«[a]u moment où elles ont décidé de tuer tous les hommes en âge de

¹³⁶ *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, introduction, texte et commentaires*, J. Crawford (dir. publ.), 2003, p. 99, par. 3.

¹³⁷ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595; les italiques sont de moi.

porter les armes, les forces des Serbes de Bosnie *savaient* déjà que ces meurtres, conjugués au transfert forcé des femmes, des enfants et des personnes âgées, entraîneraient inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica». ¹³⁸

La chambre d'appel a, quant à elle, estimé que «les forces serbes de Bosnie *avaient conscience* de ces conséquences lorsqu'elles ont décidé de procéder à l'élimination systématique des hommes musulmans faits prisonniers» ¹³⁹; elle a indiqué en outre :

«La conclusion selon laquelle des membres de l'état-major principal de la VRS ont formé le projet de tuer les hommes faits prisonniers *alors qu'ils avaient pleinement conscience des conséquences préjudiciables* que cela aurait pour la survie physique de la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica étaye la conclusion de la chambre de première instance selon laquelle les instigateurs de l'opération *avaient l'intention génocidaire requise.*» ¹⁴⁰

Dans l'affaire *Blagojević*, la chambre de première instance a, au fond, séparé l'intention spécifique des actes de génocide, détruisant ainsi l'unité organique entre l'élément objectif et l'élément subjectif qui constitue l'essence du crime de génocide. Ayant conclu qu'il conviendrait de faire une

«distinction entre la nature des «actes» [de génocide] énumérés et «l'intention» avec laquelle ils sont commis», au sens où, «tandis que les actes énumérés doivent effectivement prendre une forme physique ou biologique, cette condition ne s'applique pas à l'intention» ¹⁴¹,

la chambre de première instance écarte en fait, dans les actes pertinents de cette affaire, l'intention de détruire un groupe protégé car, à l'exception des actes énumérés aux alinéas *c)* et *d)* du paragraphe 2 de l'article 4, «le Statut n'exige pas [l'intention d'entraîner la destruction physique ou biologique du groupe, en tout ou en partie]» ¹⁴².

139. Toutefois, la «connaissance» ou la «conscience» est une chose et l'«intention spécifique» en est une autre. La «connaissance» ou la «conscience», en tant qu'élément intellectuel passif de l'intention, constitue en réalité un *dolus generalis*. En revanche, l'intention spécifique entraîne un *dolus specialis* ¹⁴³, sens qui ressort clairement du chapeau du paragraphe 2 de l'article 4 du Statut du TPIY. Tandis que le *dolus generalis* exige que l'auteur «entend[e] causer» certaine conséquence ou soit conscient que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements (Statut de la CPI, art. 30, par. 2 *b)*), le *dolus specialis* nécessite que l'auteur ait claire-

¹³⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595; les italiques sont de moi.

¹³⁹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 29; les italiques sont de moi.

¹⁴⁰ *Ibid.*; les italiques sont de moi.

¹⁴¹ TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 659.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, arrêt, par. 51.

ment cherché le résultat ou ait nettement cherché à provoquer l'acte incriminé. La différence réside donc dans l'élément actif de volonté, lequel est primordial dans l'intention spécifique en tant qu'il constitue l'élément subjectif constitutif du crime de génocide.

En ce qui concerne le groupe protégé, «[l]a simple connaissance que les auteurs des crimes pouvaient avoir de l'appartenance des victimes à un groupe distinct ne permet pas d'établir l'intention de détruire le groupe comme tel»¹⁴⁴. Même si les auteurs des crimes savaient qu'exécuter les hommes aurait des conséquences à long terme, cela ne signifie pas nécessairement que cette connaissance fondait leur intention, en particulier lorsqu'il est tenu compte du fait que, parallèlement, des mesures concernant le transfert des femmes, des enfants et des personnes âgées ont été prises délibérément afin de protéger le reste de la communauté¹⁴⁵.

1.2. Le type de destruction

140. La destruction, telle que la considère le TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević*, est une destruction au sens social plutôt que physique ou biologique, qui en sont les formes juridiquement pertinentes au regard de la convention sur le génocide.

Dans l'affaire *Krstić*, la chambre de première instance a jugé notamment que la destruction d'un nombre considérable d'hommes en âge de porter les armes «entraînerait inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica»¹⁴⁶, puisque «leurs épouses ne seront pas en mesure de se remarier et donc d'avoir d'autres enfants»¹⁴⁷. Une telle conclusion, qui exprime l'idée de destruction sociale, paraît extrêmement incertaine du point de vue juridique. Dans le contexte décrit, les conséquences possibles sur la descendance de la communauté musulmane, à supposer même que les meurtres d'hommes aient été commis avec l'intention de produire de telles conséquences, pourraient difficilement être qualifiées de génocide. Il semble évident que ces conséquences, si elles survenaient, ne sauraient avoir comme cause directe le meurtre des hommes mais l'impossibilité pour leurs épouses de «se remarier et ... d'avoir d'autres enfants» étant donné le «caractère patriarcal de la société des Musulmans de Srebrenica»¹⁴⁸. Cette interprétation ne convient pas à ce qu'il est convenu d'appeler l'imputation objective (*imputatio facti*), car elle suggère une intervention délibérée de la victime ainsi qu'une prise de décision de sa part dans le lien de causalité (*Selbstverantwortung*). Plus encore, elle signifie qu'il y a eu libre décision de la part de la victime elle-même.

¹⁴⁴ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 561.

¹⁴⁵ K. Southwick, «Srebrenica as Genocide? The Krstić Decision and the Language of the Unspeakable», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2005, p. 7.

¹⁴⁶ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

¹⁴⁷ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28.

¹⁴⁸ *Ibid.*

L'affaire *Blagojević* insiste même davantage sur la conception sociale de la destruction. La chambre de première instance a appliqué «une notion élargie du verbe «détruire», s'étendant également à des «actes qui peuvent ne pas causer la mort» (par. 662), une interprétation qui ne correspond pas à l'interprétation de la destruction au regard de la convention sur le génocide (voir ci-après, par. 84 et suiv.). En ce sens, la chambre de première instance trouve un soutien dans la décision du tribunal constitutionnel fédéral allemand, qui a jugé *expressis verbis* que:

«la définition légale du génocide protège un sujet de droit supra-individuel, à savoir l'existence sociale du groupe [et que] l'intention de détruire le groupe ... va au-delà de l'extermination physique et biologique... Le texte de la loi n'impose donc pas d'interpréter l'intention du coupable comme devant être d'exterminer physiquement à tout le moins une partie substantielle du groupe.»¹⁴⁹

Interprété de cette façon, le terme de «destruction» «peut, dans la définition du génocide, couvrir le transfert forcé de population»¹⁵⁰.

1.3. Le groupe visé

141. Dans l'affaire *Krstić*, l'accusation, dans son réquisitoire, a dit que les «Musulmans de Bosnie orientale» étaient le groupe visé. La chambre de première instance n'a pas retenu cette définition, jugeant que le groupe protégé, «au sens de l'article 4 du Statut, [était] en l'espèce celui des Musulmans de Bosnie»¹⁵¹. Dans un exposé exact de l'idée sous-tendant la disposition de l'article II de la convention sur le génocide, la chambre a jugé que: «[l]es Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale constituaient une partie du groupe protégé aux termes de l'article 4 du Statut» (lequel reproduit textuellement l'article II de la convention sur le génocide)¹⁵². Il faut cependant noter que la chambre a également jugé que:

«aucune caractéristique nationale, ethnique, raciale ou religieuse ne permet de distinguer les Musulmans de Bosnie habitant à Srebrenica lors de l'offensive de 1995 des autres Musulmans de Bosnie. Leur seul trait distinctif serait la localisation géographique, *laquelle ne figure pas au nombre des critères envisagés par la Convention.*»¹⁵³

La chambre de première instance a défini les Musulmans de Bosnie en termes généraux comme étant le groupe protégé, sans rechercher de base nationale, ethnique, religieuse ou raciale pour le qualifier d'entité dis-

¹⁴⁹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28; TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 664.

¹⁵⁰ TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 665.

¹⁵¹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 560.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, par. 559; les italiques sont de moi.

tincte et particulière. Ainsi, suivant l'interprétation des travaux préparatoires de la Convention réalisée par la chambre de première instance, il ressort que

«cette énumération visait davantage à décrire un seul et même phénomène, correspondant en gros à ce qu'il était convenu d'appeler, avant la seconde guerre mondiale, les «minorités nationales», qu'à renvoyer à différents types distincts de groupes humains»¹⁵⁴.

Il faut comprendre l'interprétation au sens où il suffit qu'il s'agisse d'un groupe reconnaissable par son contenu générique, sans qu'il soit nécessaire «de chercher à distinguer chacun des groupes énumérés à partir de critères scientifiquement objectifs ... ce qui serait contraire à l'objet et au but de la Convention»¹⁵⁵. La mise en place de critères scientifiquement objectifs est souhaitable en soi et ne peut que favoriser une administration saine de la justice, en particulier en ce qui concerne l'élément relatif à l'intention génocidaire. En outre, dans certains cas, il ne s'agit pas d'un objectif inaccessible, comme la jurisprudence du TPIR l'a également démontré¹⁵⁶. La recherche de «critères scientifiquement objectifs» pourrait cependant aller à l'encontre de l'objet et du but de la Convention s'il s'agissait de laisser sans protection un groupe d'individus qui ne pourrait être identifié sur la base de critères de nationalité, d'appartenance ethnique, de religion ou de race, pris individuellement, mais qui, au sens général et générique, remplirait les conditions pour être considéré comme un groupe distinct et séparé au sens de la convention sur le génocide.

1.4. En tout ou en partie

142. L'expression «en partie» dans le cadre de l'article II de la Convention ne signifie pas une quelconque partie du groupe protégé, mais une partie déterminée. S'il fallait entendre une partie d'un groupe comme *une partie quelconque*, «l'intention qui fonde l'*actus reus* et la *mens rea* spécifique au crime de génocide se chevaucheraient, faisant ainsi disparaître l'intention génocidaire qui constitue la caractéristique particulière de ce crime»¹⁵⁷.

Parmi les «Musulmans de Bosnie» en tant que groupe protégé en vertu de la Convention, la chambre de première instance a défini les «Musulmans de Bosnie de Srebrenica» ou «les Musulmans de Bosnie orientale» comme une partie du groupe protégé¹⁵⁸.

Les «Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale» peuvent-ils être considérés comme une partie substantielle des

¹⁵⁴ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 556.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, jugement, par. 510-516.

¹⁵⁷ C. Tournaye, «Genocidal Intent before the ICTY», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, avril 2003, p. 459.

¹⁵⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 560.

Musulmans de Bosnie? A titre de remarque préliminaire, on peut dire que, contrairement à la manière dont elles sont formulées, les expressions «Musulmans de Bosnie de Srebrenica» et «Musulmans de Bosnie orientale» ne peuvent être considérées comme synonymes. Même si la population musulmane de Srebrenica a considérablement progressé au cours de la période considérée, elle était loin d'atteindre, en nombre, la population musulmane de Bosnie orientale qui comptait plus de 170 000 personnes.

En tenant compte du fait que quelque 40 000 Musulmans de Bosnie ont été concentrés à Srebrenica au cours de la période critique et si l'on acceptait comme prouvé que quelque 5000 à 7000 personnes ont été massacrées, ils pourraient alors difficilement, suivant un critère quantitatif, représenter une «partie substantielle» de la communauté. Au demeurant, la chambre de première instance a en réalité défini le groupe visé en termes précis comme «les Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale».

Suivant les chiffres issus du dernier recensement réalisé en Bosnie-Herzégovine en 1991, il y avait en Bosnie orientale plus de 170 000 Musulmans (26 316 à Gorazde, 18 699 à Vlasenica, 21 564 à Bratunac, 4007 à Cajnice, 30 314 à Bijeljina, 48 208 à Zvornik, 13 438 à Visegrad, 4140 à Bosanski Brod et 2248 à Bosanski Samac).

Pour savoir si les «Musulmans de Bosnie» de Srebrenica ou les «Musulmans de Bosnie orientale» pouvaient être qualifiés, suivant le critère quantitatif, de partie substantielle des Musulmans de Bosnie en tant que groupe protégé en vertu de la Convention, on doit tenir compte du fait que, sur la base des chiffres du dernier recensement réalisé en Bosnie-Herzégovine en 1991, la communauté musulmane de Bosnie-Herzégovine comptait plus de 1 900 000 personnes¹⁵⁹.

Pour ce qui est du critère qualitatif, le jugement ne précise pas quelle élite a été massacrée. L'élite dont il s'agit — élite politique, militaire ou intellectuelle — n'apparaît pas clairement.

Il ressort du *dictum* de la chambre de première instance, ainsi que de son raisonnement, que l'élite est, en fait, composée d'hommes en âge de porter les armes. Ainsi, l'élite militaire, dirigée par le commandant de division Naser Oric, a également, comme tout le monde le sait, quitté la ville quelques jours avant qu'elle ne tombe.

Il y avait, à Srebrenica, pendant la période considérée, environ 40 000 Musulmans de Bosnie, dont les membres de l'armée de Bosnie-Herzégovine. Compte tenu des critères quantitatifs pour définir une partie substantielle d'un groupe protégé, il semble évident que, comparés à plus d'un million et quelques centaines de milliers de Musulmans de Bosnie, ceux qui se trouvaient à Srebrenica ne pouvaient constituer une partie substantielle de ce groupe. La même conclusion s'impose également dans le cas de l'application de l'autre critère, le critère qualitatif, parce que les élites politique et intellectuelle des Musulmans de Bosnie se trouvaient à Sarajevo.

¹⁵⁹ Voir www.FZS.ba.

143. Le nombre d'hommes en âge de porter les armes massacrés à Srebrenica n'a jamais été déterminé avec précision. En outre, il est possible que ce chiffre soit nettement plus faible que celui que le Tribunal cite dans l'affaire *Krstić*.

En l'occurrence, le Tribunal a assimilé les hommes en âge de combattre qui ont été portés disparus et ceux qui ont été tués à Srebrenica. Une telle assimilation n'est pas seulement contestable du point de vue des normes juridiques acceptées dans la jurisprudence du Tribunal (voir par. 88 ci-dessus), mais également, au regard de certains éléments que, notamment, ni le TPIY ni la Cour n'ont examinés. Si l'on compare la liste électorale définitive de la municipalité de Srebrenica, établie par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), et la liste des corps identifiés des personnes inhumées au mémorial de «Srebrenica — Potocare» (The «Srebrenica Potocare Memorial and Mezaje», Srebrenica, septembre 2003) et les ordres d'inhumation au JKP «cimetières municipaux», Visoko¹⁶⁰, il ressort que plus d'un tiers des noms figurent dans les deux documents.

En outre, un certain nombre de soldats de l'armée de Bosnie-Herzégovine inhumés au mémorial de «Srebrenica — Potocare» ont, d'après les archives de l'armée, été tués lors de combats qui se sont déroulés avant les événements de Srebrenica. Voir, par exemple, la proposition et la justification du commandement de la 28^e division de l'armée de Bosnie-Herzégovine¹⁶¹.

144. Toutefois, concernant l'intention spécifique, la chambre de première instance a introduit une autre notion de «partie» du groupe protégé fondée sur des critères de zone géographique. La chambre de première instance a jugé que

«l'intention de détruire un groupe, fût-ce en partie, implique la volonté de détruire *une fraction distincte du groupe*, et non une multitude d'individus isolés appartenant au groupe. S'il n'est pas nécessaire que les auteurs d'actes de génocide aient eu l'intention de détruire la totalité du groupe protégé par la Convention, il est en revanche impératif qu'ils aient considéré la partie du groupe qu'ils souhaitaient détruire comme une entité distincte devant être éliminée, comme telle ... *le massacre de tous les membres de la fraction d'un groupe* présente dans une zone géographique restreinte peut, en dépit d'un nombre inférieur de victimes, recevoir la qualification de génocide s'il a été perpétré avec l'intention de détruire la fraction en question comme telle.»¹⁶²

Une telle interprétation pourrait être considérée comme large par rap-

¹⁶⁰ Voir www.gradska.groblja.co.br.srebrenica.html.

¹⁶¹ Document classé n° 04-16/95 du 30 mars 1995, pour la remise de l'ordre du «Lys d'or», figurant dans le «Guide of the Chronicle of the Bosnia and Herzegovina Army»; M. Ivanisevic, «Srebrenica, July 1995, Looking for the Truth in the Press».

¹⁶² TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 590; les italiques sont de moi.

port à la définition énoncée à l'article II de la convention sur le génocide, allant bien au-delà de sa signification réelle.

En outre, il semble que la chambre de première instance soit volontairement allée au-delà de la portée de la Convention parce qu'elle a jugé que «[l]eur seul trait distinctif serait la localisation géographique, laquelle ne figure pas au nombre des critères envisagés par la Convention»¹⁶³.

Réduire la «partie visée» aux municipalités pourrait avoir un effet déformant, comme l'a dit la chambre de première instance dans l'affaire *Brdjanin*¹⁶⁴, essentiellement parce que l'intention de détruire un groupe en partie signifie chercher à détruire une «fraction distincte» du groupe. Il est cependant difficile de comprendre comment les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica constituent une fraction distincte par rapport aux Musulmans de Bosnie dans leur ensemble. Au regard de la Convention, un groupe national, ethnique ou religieux n'est pas une entité composée de fractions distinctes mais une entité distincte en soi. Lorsque la Convention protège le groupe en partie elle protège, en réalité, le groupe dans son intégralité. A cet égard, reconnaître qu'une fraction d'un groupe est distincte sur la base de sa localisation géographique diminuerait l'efficacité de la protection dont le groupe bénéficie dans son ensemble. Si, toutefois, des fractions d'un groupe se distinguent relativement aux caractéristiques qui constituent le *genus proximus* du groupe (par exemple, les Sunnites et les Chiites parmi les Musulmans), il est possible de parler de sous-groupes constituant un regroupement par opposition aux groupes homogènes auxquels très certainement les Musulmans de Bosnie appartiennent également.

En fait, une telle interprétation revient à transformer une partie du groupe en un «sous-groupe», les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica, sur la base de la perception qu'en auraient eue les auteurs des crimes, à savoir celle d'une entité distincte. L'intention de détruire les Musulmans de Bosnie de Srebrenica, en tant que «sous-groupe», constitue donc une intention de détruire une partie substantielle du groupe des Musulmans de Bosnie.

En outre, la chambre de première instance a utilisé le critère du caractère substantiel à deux reprises successivement de telle sorte que: «[l]'intention génocidaire démontrée dans l'affaire *Krstić* est une intention de détruire *une partie substantielle d'une partie substantielle*»¹⁶⁵, et non, comme il est exigé, une partie substantielle du groupe protégé. A savoir que, en plus de qualifier les Musulmans de Bosnie de Srebrenica de partie substantielle du groupe protégé des Musulmans de Bosnie, la chambre de première instance a jugé que l'intention de détruire les hommes en âge de porter les armes à l'intérieur du sous-groupe signifiait une intention de détruire une partie substantielle de ce sous-groupe, du point

¹⁶³ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 559.

¹⁶⁴ TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, jugement, par. 966.

¹⁶⁵ Tournaye, *op. cit.*, p. 460; les italiques sont de moi.

de vue non seulement quantitatif (jugement, par. 594), mais également qualitatif (jugement, par. 595). En fait, la qualification de «groupe ... en partie», appliquée aux hommes musulmans de Srebrenica en âge de se battre et physiquement capables de le faire, est fondée sur un triple critère, à savoir le sexe des victimes (uniquement des hommes), leur âge (seulement ou principalement ceux en âge de porter les armes) et leur origine géographique (Srebrenica et ses environs)¹⁶⁶. La qualification en soi excède donc de loin le sens du «groupe ... en partie» de l'article II de la Convention tel qu'il est envisagé par la chambre elle-même¹⁶⁷.

1.5. Comment conclure à l'intention de détruire

145. La chambre de première instance a conclu à l'intention génocidaire à partir de trois sources différentes.

Premièrement, «le massacre par la VRS de l'ensemble des hommes de cette communauté en âge de combattre»¹⁶⁸ est qualifié de «génocide sélectif»¹⁶⁹. Mise à part la question du bien-fondé de la conclusion selon laquelle «l'ensemble des hommes ... en âge de combattre» a été massacré¹⁷⁰, et afin d'analyser l'aspect concret de l'intention de détruire, la question de savoir si les hommes en âge de porter les armes ont été massacrés exclusivement pour des raisons de nationalité, d'appartenance ethnique ou de religion revêt une importance cruciale.

La réponse à cette question est donnée par l'arrêt lui-même, qui

¹⁶⁶ G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, p. 222.

¹⁶⁷ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 559.

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 594; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 26.

¹⁶⁹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 593.

¹⁷⁰ La conclusion contredit apparemment les faits établis. Par exemple, la chambre de première instance a jugé que les attaques d'artillerie visaient «une colonne d'hommes musulmans de Bosnie marchant sur Tuzla» (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 546) et que, «pendant la semaine fatale du 11 au 16 juillet ... ils ont abouti à l'ouverture de négociations entre les camps musulmans de Bosnie et serbes de Bosnie, et une partie [un groupe de 3000 hommes] de la colonne d'hommes musulmans de Bosnie a finalement pu passer en territoire sous contrôle gouvernemental» (*ibid.*). La conclusion finale de la chambre de première instance est que : «sur les 10 000 à 15 000 Musulmans de Bosnie que comptait la colonne, 8000 à 10 000 hommes ont finalement été portés disparus» (*ibid.*; les italiques sont de moi). Il faut mentionner que l'écrasante majorité est encore considérée comme «portés disparus», bien que le droit en vigueur en Bosnie-Herzégovine prévoit une période de deux ans à compter de la disparition des personnes en temps de guerre pour pouvoir les déclarer décédées. Il est raisonnablement permis de douter que toutes les personnes portées disparues soient mortes. Ibrahim Mustafic, le représentant musulman au sein du Parlement fédéral et de celui de Bosnie, qui a fondé le SDA à Srebrenica, a suggéré au Parlement de Bosnie de mettre en place une commission spéciale chargée de rechercher les survivants de l'enclave, sans obtenir de réaction du Parlement. Il indique que :

«l'attitude actuelle des autorités à l'égard de ces personnes suffit à me convaincre que les autorités s'attendaient à ce qu'il y ait moins de survivants; il semble que le nombre de survivants soit trop élevé pour leurs calculs. Ils me font dire ceci : «[i] semble que vous ayez peur des habitants de Srebrenica qui sont en vie»» (*Slobodna Bosna*, Sarajevo, 14 juillet 1996).

indique que «l'extermination de ces hommes n'était pas motivée *uniquement* par des considérations militaires»¹⁷¹.

Il apparaît que la chambre de première instance a exclu que des considérations exclusivement militaires aient été à l'origine du massacre et, à cette fin, s'est fondée sur deux éléments :

- a) aucune distinction n'a été faite entre les militaires et les civils; et
- b) des hommes n'ayant pas l'âge de combattre figuraient parmi les personnes massacrées.

Divers arguments semblent cependant pouvoir relativiser cette conclusion. En ce qui concerne la distinction entre les militaires et les civils, le rapport de Srebrenica cite notamment le fait que des membres du bataillon néerlandais ont parlé de «conflit dans lequel la distinction entre civils et soldats était souvent floue»¹⁷². Il est possible de comprendre une telle situation si l'on tient compte du concept particulier de défense en RFSY, à savoir la défense dite populaire. Les forces armées y étaient constituées de l'armée régulière et de la défense territoriale, qui comprenait non seulement des hommes en âge de combattre qui ne faisaient pas partie de l'armée régulière, mais également des personnes qui n'entraient pas dans cette catégorie. Le jugement ne fournit aucune information concernant les hommes qui n'étaient pas en âge de porter les armes et qui ont été massacrés. En ce qui concerne les jeunes gens (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 27), il s'agit probablement de grands mineurs, à la différence des «enfants», lesquels ont été déplacés. En pratique, cependant, ces mineurs relèvent bien de la catégorie des appelés dans de nombreux pays (par exemple, à partir de l'âge de seize ans aux Etats-Unis d'Amérique). Pour écarter les considérations militaires, la chambre de première instance s'est également appuyée sur la preuve que «certaines victimes étaient des personnes gravement handicapées, et qu'il ne pouvait donc s'agir de combattants»¹⁷³. Toutefois, on ne trouve mention que d'un seul cas de cette nature (*ibid.*).

En outre, il semble que le raisonnement du Tribunal permette de conclure que les personnes pour lesquelles il a été estimé qu'elles n'entraient pas dans la catégorie des hommes en âge de combattre ne représentaient, elles aussi, qu'une menace militaire légère et non une menace sérieuse. La chambre d'appel a en effet jugé que :

«[s]il est possible que les jeunes et les vieillards *aient été à même de porter les armes*, la chambre de première instance était fondée à conclure qu'ils ne représentaient pas *une menace militaire sérieuse...*» (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 27; les italiques sont de moi.)

¹⁷¹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 26.

¹⁷² Deuxième partie, chap. 8, sect. 10, p. 4.

¹⁷³ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 75.

Deuxièmement, les conséquences des meurtres d'hommes de la communauté musulmane de Srebrenica sur la postérité de celle-ci.

Troisièmement, le transfert de femmes, d'enfants et de personnes âgées qui se trouvaient à l'intérieur de leur zone de contrôle (celle des Serbes de Bosnie) vers d'autres régions de la Bosnie sous contrôle musulman. Même si «le transfert forcé ne constitue pas par lui-même un acte génocidaire»¹⁷⁴, cela n'empêche pas la chambre de première instance de s'en servir comme d'un élément de preuve des intentions de l'état-major de la VRS.

146. Il apparaît évident que l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie à Srebrenica en tant que tels n'est pas la seule conclusion raisonnable qu'il soit possible de tirer des éléments de preuve disponibles. Dans le cas où il faut énoncer une conclusion, il faut que ce soit la seule conclusion raisonnable possible au vu des éléments de preuve. Concrètement, l'intention génocidaire de l'auteur du massacre n'est pas la seule déduction raisonnable; or, à en juger par la conclusion de la chambre de première instance, «l'extermination ... n'était pas motivée uniquement par des considérations militaires»¹⁷⁵ et, compte tenu des arguments avancés, voilà une conclusion dont on peut difficilement dire qu'elle répondrait même à un critère plus souple que celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. «Il semble assez démesuré de conclure qu'en tuant les hommes et les garçons en âge de porter les armes l'intention était d'éliminer la communauté dans son intégralité,... en se fondant sur le fait que des hommes et des jeunes gens en âge de porter les armes ont été massacrés.»¹⁷⁶

La manière dont la chambre de première instance est parvenue à sa conclusion dans l'affaire *Krstić* diverge nettement des décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Jelisić* (jugement, par. 107-108) et *Brdjanin*. Dans cette dernière affaire, la chambre de première instance, d'une manière qui peut être considérée comme un exemple classique de démonstration de la condition intrinsèque d'une déduction, a conclu que

«les forces des Serbes de Bosnie contrôlaient le territoire de la région autonome de Krajina (RAK), comme l'a démontré le fait qu'elles étaient en mesure de gérer les ressources logistiques pour déplacer par la force des dizaines de milliers de Musulmans de Bosnie..., ressources qui, si telle avait été l'intention, auraient pu être utilisées pour détruire tous les Musulmans de Bosnie ... de la RAK»,

et que, par conséquent,

«les victimes des actes énumérés à l'article 4 2) jusqu'à l'alinéa c), en particulier dans les camps et centres de détention, étaient essentiellement des hommes en âge de combattre mais pas seulement. Cet élé-

¹⁷⁴ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

¹⁷⁵ TPIY, *ibid.*, par. 26.

¹⁷⁶ W. Schabas, «Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001, p. 46.

ment supplémentaire pourrait jouer encore contre la conclusion selon laquelle l'existence de l'intention génocidaire est la seule déduction raisonnable pouvant être tirée des éléments de preuve soumis.»¹⁷⁷

147. La conclusion du Tribunal, selon laquelle les meurtres d'hommes à Srebrenica ont de graves conséquences pour la postérité de la communauté musulmane de Bosnie, puisque cette destruction «entraînerai[t] inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica»¹⁷⁸ en empêchant leurs épouses de se remarier et donc d'avoir d'autres enfants¹⁷⁹, paraît extrêmement incertaine du point de vue juridique.

On pourrait également dire que «la disparition physique de la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica»¹⁸⁰ ne signifie pas et ne peut pas signifier, en soi, la destruction physique. Indépendamment des arguments de caractère juridique, l'indéniable réalité témoigne de ce que la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica s'est reconstituée après la conclusion de l'accord de Dayton.

148. En ce qui concerne le transfert des femmes, enfants et personnes âgées, la preuve du transfert ne peut servir de véritable substrat pour déduire l'intention génocidaire, puisque, suivant la conclusion du Tribunal lui-même, ce transfert «ne constitue pas en soi un acte génocidaire»¹⁸¹. En effet, la chambre de première instance a utilisé le transfert pour étayer sa conclusion, qui est que «des membres de l'état-major principal de la VRS avaient l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica»¹⁸². Sur ce point, le Tribunal semble avoir une conception large comparée à l'esprit et à la lettre de la convention sur le génocide. Le substrat factuel permettant de déduire l'intention génocidaire devrait, en principe, consister en actes matériels susceptibles, objectivement, de produire des effets génocidaires. Les actes matériels qui ne peuvent avoir de tels effets, comme l'acte de transfert, ne peuvent qu'étayer la conclusion de l'intention génocidaire qui a déjà été adoptée ou confirmer son existence. Dans le cas contraire, la preuve du transfert serait traitée implicitement comme une preuve de la destruction des parties visées du groupe protégé, ce qui reviendrait en fait, bien que de manière déguisée, à considérer le transfert forcé comme un acte sous-jacent au regard de l'article II de la convention sur le génocide. Concrètement, et en tenant compte de ce que les meurtres, à Srebrenica, ont concerné essentiellement des hommes en âge de porter les armes, il n'est pas permis de conclure à l'intention génocidaire comme la seule déduc-

¹⁷⁷ TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, par. 978-979.

¹⁷⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

¹⁷⁹ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28.

¹⁸⁰ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

¹⁸¹ TPIY, *Le procureur c. Stakić*, jugement, par. 519; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

¹⁸² TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

tion raisonnable en s'appuyant sur la preuve du transfert, laquelle transcenderait les limites permises pour être considérée comme corroborante en cherchant à remédier à une valeur probante insuffisante aux fins de déduire l'intention génocidaire ou même de s'y substituer.

Les actes matériels qui, en soi, ne sont pas en mesure de produire des effets génocidaires, même s'ils sont motivés par une intention de détruire un groupe protégé, ne représentent juridiquement rien de plus qu'une tentative manquée que l'on peut distinguer de celle de commettre un génocide prévue à l'article III de la Convention, à savoir «des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de [l]a volonté [de l'individu qui agit]»¹⁸³.

149. Ces moyens ne peuvent pas être assimilés à une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» au sens de l'article II de la Convention. Différents par leur nature même — certains d'entre eux comprennent l'*actus reus* des crimes contre l'humanité (traitement inhumain, déportation) tandis que d'autres sont des crimes internationaux distincts (torture, viol) —, ces moyens, même s'ils peuvent produire une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale», ne constituent pas un acte répondant à la définition de la Convention. A cet égard, une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» apparaît comme un résultat des méthodes ou des moyens appliqués et non comme un acte en soi. C'est-à-dire qu'on devrait le considérer «sur les bases de l'intention et de la possibilité d'appliquer cette intention au dommage causé»¹⁸⁴.

150. L'interprétation du génocide en ce qui concerne le massacre de Srebrenica, que le TPIY a exposée dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* (le dernier jugement n'étant pas définitif), est fondée sur un raisonnement erroné.

Dans le cas de Srebrenica, l'existence d'un plan de génocide, que ce soit à l'échelle locale ou à l'échelle régionale, dont le massacre une fois commis constituerait la mise en œuvre, n'a pas été démontrée. Par conséquent, les chambres de première instance ont tenté de retenir l'intention génocidaire alléguée en la déduisant des faits présentés.

Il apparaît cependant que le processus de déduction n'a pas été appliqué *lege artis*, à savoir qu'il n'a pas respecté les conditions intrinsèques que l'exercice de déduction proprement dit impose nécessairement. Le substrat à partir duquel il est possible de déduire l'intention spécifique doit respecter intrinsèquement les normes applicables tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

En ce qui concerne les conditions qualitatives, le substrat doit consister en actes en mesure de produire, au sens objectif, des effets génocidaires ou d'être constitutifs de génocide.

Il semble évident, même dans la jurisprudence du Tribunal, que le transfert des femmes, des enfants et des personnes âgées n'a pas en soi

¹⁸³ Article 25 (par. 3, al. f)) du Statut de la CPI.

¹⁸⁴ N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.

cette capacité génocidaire. En réalité, le transfert a été utilisé comme source d'information subsidiaire par la chambre de première instance pour déduire l'intention génocidaire, compte tenu du fait que les «meurtres», en tant que source primaire d'une telle conclusion, n'étaient pas une source suffisante et qu'ils ne constituaient pas non plus une source crédible à cet égard. En l'occurrence, il semble que tant l'étendue que l'objet des meurtres ne peuvent donner lieu qu'à l'interprétation énoncée dans l'affaire *Krstić*, à savoir celle du «génocide sélectif», notion qui, au vu des conditions de l'article II de la Convention, ne représente rien d'autre qu'une *contradictio in adjecto*.

«Le génocide sélectif», qui est par nature non génocidaire, l'est devenu par le biais de l'interprétation de l'intention génocidaire à partir d'autres sources que celle des meurtres, c'est-à-dire d'actes qui ne sont pas constitutifs de ce crime.

Suivant cette interprétation, l'intention génocidaire est alors considérée comme démontrable en ce qui concerne la nature d'actes comme le déplacement forcé et les pertes subies par les survivants (*Krstić*, jugement de première instance, par. 543; *Blagojević*, jugement de première instance, par. 644, 654), actes que la majorité considère comme «l'élément matériel d'atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale» au sens du *litt. b)* de l'article II de la Convention (par. 290 de l'arrêt).

Un tel processus ne saurait être admis. Déduire une intention génocidaire d'actes qui ne peuvent avoir en soi des effets génocidaires et qui, comme tels, ne peuvent être considérés comme des actes au sens de l'article II de la Convention, conduit inévitablement à affaiblir la notion de génocide telle qu'elle est établie par la Convention¹⁸⁵.

Des actes incapables de produire des effets génocidaires ne peuvent que corroborer ou étayer une intention génocidaire déjà établie.

En ce qui concerne le massacre de Srebrenica, le TPIY a, en quelque sorte, en déduisant l'intention génocidaire alléguée à partir d'un substrat erroné, transformé d'éventuels effets corroborant ou étayant la déduction tirée à partir d'un tel substrat en effets constituant cette déduction. Bref, le TPIY a eu recours à l'interprétation au lieu de déduire l'intention génocidaire.

Même si, par hypothèse, l'intention génocidaire avait été prouvée à Srebrenica, il serait possible de parler plutôt de tentative de commettre un génocide plutôt que de génocide proprement dit.

Il s'avère que la chambre de première instance a procédé à partir d'une distinction insoutenable au regard de la nature du nettoyage ethnique. Même si elle a jugé *expressis verbis* que le nettoyage ethnique ne saurait être comparé au génocide, elle l'utilise comme substrat pour déduire l'intention génocidaire.

¹⁸⁵ William A. Schabas, «Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001, p. 45-46.

1.6. *Le véritable sens juridique des décisions du TPIY dans les affaires Blagojević et Krstić*

151. Le général Krstić a été condamné pour complicité de génocide.

De par sa nature même, la complicité dans le génocide est un crime accessoire. La complicité en tant que telle ne produit pas de conséquences ni d'actes leur faisant suite, c'est juste une condition ou l'une des conditions qui les favorise.

La convention sur le génocide établit une nette distinction entre le génocide et la complicité dans le génocide. Cette distinction est faite de manière stricte aux articles III, IV, V, VI, VII et VIII, avec la formule «le génocide et ... autres actes énumérés à l'article III». L'expression «actes de génocide» n'apparaît qu'à l'article VIII, indiquant que l'expression renvoie aux cinq alinéas de l'article II et non aux «autres actes» définis à l'article III¹⁸⁶. De nature qualitative, la distinction entre génocide et complicité dans le génocide implique que ces deux notions s'excluent mutuellement.

En l'absence d'un auteur de génocide en tant que crime principal, le général Krstić a en réalité été condamné pour complicité de meurtres et non de génocide comme tel.

En effet, le meurtre est l'un des actes définis à l'article II de la Convention comme constituant l'*actus reus* du génocide au sens normatif, mais c'est un acte qui constitue un crime d'extermination ou bien un crime de guerre.

152. Un acte répréhensible au sens du droit pénal existe en tant que tel, le crime international est autre chose.

L'analyse qui assimile l'acte répréhensible à un crime réduit essentiellement la notion de crime à l'illicéité en tant qu'élément objectif du crime.

Quoi qu'il en soit, la notion de crime est fondée sur l'association de deux éléments — l'un, objectif, consistant dans l'illicéité d'un acte concret ou d'une omission, et l'autre, subjectif, constitué par la culpabilité personnalisée et personnalisée. La notion de crime existe donc comme le résultat d'un lien entre acte illicite et culpabilité personnalisée. Une telle notion constitue un patrimoine commun dans la législation moderne en matière pénale et fonde également les catégories proprement dites du droit pénal. En matière de droit pénal international, par exemple, sans un élément subjectif sous les différentes formes que peut prendre une intention criminelle, il n'est pas possible de faire une véritable distinction entre le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Même en ce qui concerne les crimes relevant de la responsabilité objective, il existe nécessairement un élément subjectif sous la forme d'une présomption absolue de culpabilité.

Le crime international implique une accumulation de plusieurs éléments, parmi lesquels l'existence d'un auteur du crime. Comme le TPIY l'a souvent indiqué:

«Afin d'établir la responsabilité pénale individuelle pour avoir planifié, incité à commettre, ordonné ou de toute autre manière aidé et

¹⁸⁶ W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 155.

encouragé la planification et la préparation d'un crime visé aux articles 2 à 5 du Statut, *il faut prouver que le crime en question a effectivement été commis par l'auteur principal (ou les auteurs principaux).*¹⁸⁷

La conclusion concrète du Tribunal est à fortiori valable pour les crimes caractérisés par une intention spécifique comme le génocide. Sans auteur en tant que personne ayant l'intention criminelle de détruire un groupe ethnique, national, religieux ou racial, il est tout simplement impossible juridiquement de parler de génocide comme d'un crime commis.

La culpabilité est un élément subjectif sans lequel il n'existe pas de crime au sens juridique. L'acte même n'est pas en soi suffisant pour constituer un crime; il s'agit juste d'une solide indication de son existence.

De même qu'un acte criminel n'existe pas en l'absence d'un auteur, la culpabilité, comme élément indispensable d'un crime, n'existe pas juridiquement en tant que culpabilité abstraite, non personnifiée. Elle est la substance de la notion de responsabilité pénale individuelle. L'acte matériel, qui viole une norme juridique pénale, se transforme, en principe, en crime lorsque la condition subjective est remplie, à savoir l'intention criminelle d'un auteur, mais si la culpabilité n'est pas véritablement établie à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, il ne représente qu'un acte répréhensible au sens du droit pénal (*Unrecht*, acte illicite).

153. Le général Krstić a été déclaré coupable de participation à une «entreprise criminelle commune». L'absence de plan visant à perpétrer un génocide jusqu'aux jours qui ont immédiatement précédé le massacre n'a pas empêché la chambre de première instance de juger que le général Krstić «se doutait forcément que l'objectif originel de nettoyage ethnique par le transfert forcé s'était mué en un projet meurtrier, celui d'en finir une fois pour toutes avec la population masculine de Srebrenica»¹⁸⁸.

Formuler quelques observations semble, sur ce point, d'une importance cruciale.

Comme la notion d'«entreprise criminelle commune» est fondée sur les conséquences naturelles et prévisibles d'un acte particulier, elle relève de par sa nature de la catégorie des infractions de négligence difficilement conciliable avec les crimes les plus graves, en particulier le génocide, essentiellement caractérisé par son intention spécifique. En tant que telle, «[i]l s'agit plutôt d'une forme de comportement antisocial jugé d'après un critère différent de ceux qui caractérisent les crimes avec intention criminelle et préméditation»¹⁸⁹.

¹⁸⁷ TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, jugement, par. 473; TPIY, *Le procureur c. Blaskić*, jugement, par. 278; TPIY, *Le procureur c. Kordić*, jugement, par. 386; TPIY, *Le procureur c. Stakić*, jugement, par. 445; TPIY, *Le procureur c. Tadić*, arrêt, par. 229; TPIY, *Le procureur c. Aleksovski*, arrêt, par. 164; TPIY, *Le procureur c. Furundžija*, jugement, par. 235; TPIY, *Le procureur c. Vasiljević*, jugement, par. 70; TPIY, *Le procureur c. Nalčević*, jugement, par. 63; TPIY, *Le procureur c. Simić*, jugement, par. 161; les italiennes sont de moi.

¹⁸⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 622.

¹⁸⁹ W. Schabas, «*Mens rea and the ICTY*», *New England Law Review*, vol. 37, 2003, p. 1033.

Le plus important en l'espèce est que la notion d'«entreprise criminelle commune» n'appartient manifestement pas au droit du génocide établi par la Convention. L'«entreprise criminelle commune» ne figure pas parmi les actes punissables, autres que le génocide, qui sont énumérés de manière exhaustive à l'article III de la Convention sur le génocide. La totalité de ces actes exprimant la condition énoncée dans l'intitulé de l'article II est basée sur un critère subjectif de l'appréciation de la *mens rea*. Par opposition, l'«entreprise criminelle commune» implique plutôt un critère objectif formulé en fonction du caractère raisonnable mieux adapté à la responsabilité civile du fait d'autrui qu'à la responsabilité pénale. En outre, elle ne figure pas, comme forme de participation, au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut du TPIY, étant, en fait, une création des juges du TPIY¹⁹⁰ peut-être au mépris du principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ses effets reviennent à élargir la *mens rea* du crime de génocide, avec de dangereuses conséquences.

Comme l'a souligné la chambre de première instance (les juges May, Bennouna et Robins) dans le jugement qu'elle a rendu en l'affaire *Kordić*:

«Une conception trop large de la notion de *mens rea* pourrait mener à imputer à des individus une pleine responsabilité pénale pour ce qui ne relève en réalité que d'une «culpabilité par association», ce qui est contraire aux principes fondateurs de ce Tribunal international.»¹⁹¹

Les dangers de la «culpabilité par association» ont été présentés par le Tribunal dans son premier rapport annuel. Le Tribunal a estimé qu'elle pouvait conduire à une «responsabilité collective» sous forme de concept primitif et archaïque signifiant qu'«on tiendra des groupes entiers pour coupables d'avoir massacré, torturé et violé, d'avoir procédé au nettoyage ethnique et d'avoir détruit aveuglément villes et villages». Et l'histoire montre que, «si l'on s'accroche à ces idées de «responsabilité collective», cela dégénère facilement en rancune, en haine et en frustration et conduit inévitablement à un regain de violences et de crimes»¹⁹².

(Signé) Milenko KREĆA.

¹⁹⁰ TPIY, *Le procureur c. Furundžija*, jugement, par. 199-226; TPIY, *Le procureur c. Tadić*, jugement, par. 190.

¹⁹¹ TPIY, *Le procureur c. Kordić*, jugement, par. 219.

¹⁹² Rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, *GAOR/SCOR*, quarante-neuvième session, Nations Unies, doc. A/49/342-S/1994/1007, 1994, par. 16.