

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* KREČA

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. LEGAL BACKGROUND	1-27
1. Constitutional concept of the Yugoslav State and of Croatia as a federal unit	2-17
2. Decisions of the Constitutional Court of the SFRY	18-27
II. JURISDICTIONAL ISSUES	28-83
1. Validity in time complex <i>in casu</i>	28-45
1.1. From which date is the Genocide Convention in force as regards the Parties individually?	29-33
1.2. From which date can the Genocide Convention be considered as applicable between the Parties?	34-35
1.3. Application of the principle <i>in casu</i>	36-43
1.4. By which date was the Genocide Convention in force as regards the SFRY?	44-45
2. Nature and effects of the second preliminary objection of the Respondent	46-54
3. Treatment of preliminary objections to jurisdiction and admissibility <i>in casu</i>	55-59.1
4. Succession to responsibility as a purported rule of general international law	60-65.4
5. Rule in Article 10 (2) of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts as a purported rule of general international law	66-67
6. Applicable substantive law <i>in casu</i> in the light of rules on interpretation of treaties	68-79
7. The issue of the indispensable third party	80-83
III. SUBSTANTIVE LAW ISSUES	84-138
1. Relationship between the ICJ and the ICTY in respect of the adjudication of genocide	84-106
1.1. The need for a balanced and critical approach to the jurisprudence of the ICTY	87
1.1.1. Factual findings of the ICTY	88-89
1.1.2. Legal findings of the ICTY	90-99
1.2. Compromising effects on the Court's jurisprudence on genocide	100-106

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

## TABLE DES MATIÈRES

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

2. Was genocide committed in Croatia?	107-114
3. Issue of incitement to genocide	115
3.1. Issue of incitement to genocide as inchoate crime	116
3.2. Incitement in terms of Article III ( <i>c</i> ) of the Convention	116-119
3.3. Ustasha ideology as a genocidal one	120-124
3.4. The establishment of the NDH — the Ustasha ideology becomes State policy	125-128
3.5. President Tudjman's Croatia and the legacy of the NDH	129-133
3.6. State symbols and other acts	134-138
3.7. Statements of Croatia's officials in the light of the jurisprudence of the ICTR regarding incitement	

\*

Having great respect for the Court, it is for me a matter of regret to find necessary to avail myself of the right to express a separate opinion based on the considerations that follow.

#### I. LEGAL BACKGROUND

1. The background part of the Judgment in the case at hand comprises two parts: "A. The break-up of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and emergence of new States"; and "B. The situation in Croatia".

It consists almost entirely of a statement of facts of a historical and political nature, neglecting at the same time the relevant legal facts which, in my opinion, not only should constitute a part of the "background", but without which the causes of the Yugoslav crisis and the civil war in Croatia can hardly be understood. The only relevant legal fact stated in the "background" part of the Judgment is the assertion of the Respondent that the "Croatian Serbs considered that the adoption of this new Constitution [of Croatia on 22 December 1990] deprived them of certain basic rights and removed their status as a constituent nation of Croatia" (Judgment, para. 64).

The relevant legal facts, together with other facts, can only be helpful in the creation of a full picture of the background of the case.

##### *1. Constitutional Concept of the Yugoslav State and of Croatia as a Federal Unit*

2. The legal facts relate to the domestic law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) and that of the Socialist Republic of Croatia in force during the relevant period.

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

\*

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

## I. CONTEXTE JURIDIQUE

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

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

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

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

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

In a case like the one at hand, domestic law is highly relevant.

3. The original international legal norm of self-determination of peoples is both incomplete and imperfect, at least when it concerns subjects entitled to self-determination in multi-ethnic States and their exercise of external self-determination infringing upon the territorial integrity of a State. Given its incompleteness, the original norm of self-determination of peoples is rendered inapplicable in its respective parts to certain practical situations and constitutes a sort of decorative, empty normative structure. Interested entities often refer to it, but it can function only outside the legal domain, as a convenient cover for an eminently political strategy, based on opportuneness and the balance of power.

This implies a need to see the norm of the right to external self-determination in States composed of more than one people as a complex norm consisting of two parts: on the one hand, original international legal norms of the right of peoples to external self-determination, and, on the other, relevant parts of the internal law of the given State. In this context, the original international legal norm of the right of peoples has the role of a general, permissive norm, which assumes an operative character, the property of a norm which may become effective in the event that the internal law of a multi-ethnic State has stipulated the right to external self-determination if it defines the entitlement to it, as well as the procedure for its exercise. In other words, the relevant provisions of internal law are *ad casum* an integral part of the norm of the right of peoples to external self-determination. Only in this way does the original international legal norm of the right to external self-determination become applicable at the level of the fundamental premise of the rule of law.

The necessity for such a relationship between international and internal laws is rightfully suggested by the following:

“If the rule of law is to be made effective in world affairs it must cover a wide range of increasingly complex transactions which are governed partly by international and partly by municipal law . . . It is therefore important that international courts and tribunals should be in a position, when adjudicating upon complex international transactions, to apply simultaneously the relevant principles and rules of international law and the provisions of any system of municipal law which may be applicable to the particular transaction . . . One of the essential functions of international law and international organization is to promote the rule of law within as well as among nations, for only on the basis of the rule of law within nations can the rule of law among nations develop and be made secure. International courts and tribunals can contribute to this result more effectively if the extent to which the interpretation and application of municipal law in the course of their work is a normal and necessary incident of international adjudication on complex transactions is more fully understood.”

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

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

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

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

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

(C. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, p. 547.)

4. Thus, in the present case, this is not a matter of a conflict between a norm of international law and a norm of internal law, a type of case adjudicated by several international courts (*Greco-Bulgarian "Communities"*, *Advisory Opinion*, 1930, *P.C.I.J., Series B, No. 17*, p. 32; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 167; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion*, 1932, *P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24), but rather of the application of an international norm of a complex structure, namely a norm that incorporates relevant norms of internal law relating to external self-determination. I am of the view that, in this case, the reasoning of the Court in the case concerning *Brazilian Loans* (1929) is relevant.

In that case, the Court pointed out, *inter alia*, that:

“Once the Court has arrived at the conclusion that it is necessary to apply the municipal law of a particular country, there seems no doubt that it must seek to apply it as it would be applied in that country. It would not be applying the municipal law of a country if it were to apply it in a manner different from that in which that law would be applied in the country in which it is in force.

It follows that the Court must pay the utmost regard to the decisions of the municipal courts of a country, for it is with the aid of their jurisprudence that it will be enabled to decide what are the rules which, in actual fact, are applied in the country the law of which is recognized as applicable in a given case. If the Court were obliged to disregard the decisions of municipal courts, the result would be that it might in certain circumstance apply rules other than those actually applied; this would seem to be contrary to the whole theory on which the application of municipal law is based.

Of course, the Court will endeavour to make a just appreciation of the jurisprudence of municipal courts. If this is uncertain or divided, it will rest with the Court to select the interpretation which it considers most in conformity with the law. But to compel the Court to disregard that jurisprudence would not be in conformity with its function when applying municipal law.” (*Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21*, p. 124.)

5. Yugoslavia, both the Kingdom of Yugoslavia and the federal Yugoslavia constituted after the Second World War, were multinational States in the factual and constitutional sense.

6. The first constitution of the Yugoslav State — the Constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, promulgated on 28 June 1921, stipulated that the Kingdom “is a State of Serbs, Croats and Slo-

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

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

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

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

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

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

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

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



venes, a constitutional, parliamentary and hereditary monarchy. The official State name is: Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.” Article 3 of the Constitution provided that the “official language of the Kingdom will be Serb-Croat-Slovenian”.

7. The Constitution of the Kingdom of Yugoslavia of 3 September 1931 did not indicate *expressis verbis* its constitutive peoples. They were mentioned only indirectly, as, for example, in the provision of Article 3 of the Constitution stipulating that the “official language of the Kingdom will be Serb-Croat-Slovenian”.

8. The resolution constituting Yugoslavia on the federal principle, approved by the Second Conference of the Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia on 29 November 1943, said *inter alia*,

“By virtue of the right of each people to self-determination including the right to separation or unification with other peoples . . . the *Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia passes the following*:

RESOLUTION

.....

(2) To effectuate the principle of sovereignty of the peoples of Yugoslavia, . . . Yugoslavia is being constructed and will be constructed on the federal principle which will secure full equality to Serbs, Croats, Slovenians, Macedonians and Montenegrins.” (Emphasis added.)

9. The Declaration on Basic Rights of Peoples and Citizens of the Democratic Croatia, adopted at the Third Assembly of State Anti-Fascist Council of National Liberation of Croatia on 9 May 1944 stipulated in Article I that “Croatian and Serbian people in Croatia are completely equal” (Decision on building up Yugoslavia on the federal principle, *Official Gazette* [of DFI], No. 1/1945).

At its last meeting ZAVNOH (The State Anti-Fascist Council of National Liberation of Croatia) changed its name to the National Parliament of Croatia.

10. The first Constitution of the Federal Yugoslavia of 1946, in its Article 1, defined the Federal Peoples’ Republic of Yugoslavia as

“*a federal peoples’ State in the form of a Republic, a community of peoples who have expressed their will, based on the right to self-determination, including the right to separation to live together in a federal State*” (emphasis added).

11. In the second Constitution of 1963, the Federation was defined as a: “Federal State freely unified *and equal peoples* and a Socialist Democratic community based on the rule of working people and self-government.” (Emphasis added.)

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

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

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

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

#### RÉSOLUTION

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

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

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

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

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

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

Article 1 of the Constitution of Croatia of 1963 qualified it as “a State Socialist democratic community *of peoples* of Croatia, based on the rule of working people and self-government” (emphasis added).

12. The Constitution of the SFRY of 1974 begins with Chapter I of the Basic Principles, which was worded as follows:

*“The peoples of Yugoslavia, starting from the right of each nation to self-determination, including the right to secession, on the grounds of their will freely expressed in the joint struggle of all peoples and nationalities in the national liberation war and socialist revolution . . . have created a socialist federal community of working peoples — the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.”*

In Chapter VII of the “Basic Principles”, it is stated, *inter alia* that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) upholds:

- the right of each people freely to determine and build its social and political order by ways of and means freely chosen;
- the right of people to self-determination and national independence and the right to wage a liberation war, in pursuit of their causes;
- regard for generally accepted norms of international law.”

The Constitution of the SFRY in its operative part, defined it as a

*“federal State, a state community of freely united peoples and their socialist republics . . . based on the rule and self-management of the working class and of all working people and the socialist self-managed democratic community of working people and citizens and equal peoples and nationalities”* (Article 1 of the Constitution).

13. The 1974 Constitution of the Socialist Republic of Croatia laid down, in Article 1, paragraph 2, that: “The Socialist Republic of *Croatia is the national State of the Croatian people, the State of the Serbian people in Croatia* and the State of all nationalities living in it.”<sup>1</sup>

In the practice and legal terminology of the SFRY, the word “nationalities” denoted national minorities. The rationale of this terminological substitution led to the perception of the expression “national minorities” as a pejorative one.

14. It seems clear that a consistently undeniable fact underlies the broad spectrum of changes that have affected the Yugoslav State since its inception in 1918, functioning as a point of departure, explicit or implicit,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

of all constitutional solutions: *that is that Yugoslavia has primarily been a community of peoples since its birth.*

The subject of changes was the number of constitutive peoples (in the constitutional practice and the theory of constitutional law of federal Yugoslavia, the term “constituent nations” is the synonym of the term “peoples” equipped with the right to self-determination). At the moment of its inception in 1918, Yugoslavia was a community of three constitutive peoples (Serbs, Croats and Slovenes). The Federal Constitution of 1946 recognized the status of constitutive peoples of Macedonians and Montenegrins, who used to be regarded as parts of the Serbian national corps. Finally, the Constitution of 1963 included Muslims in the rank of constitutive peoples.

15. Federal Yugoslavia was formed under the resolution of the Second Conference of the Anti-Fascist Council of National Liberation of Yugoslavia in 1943, *as a community of sovereign and equal peoples, while subsequent constitutional intervention created republics, as federal units.* Thus, like the rest of the republics, Croatia was formally brought into being by its Constitution of 1946, although temporary authorities had been created by the ZAVNOH resolution in 1944.

16. *In the light of constitutional solutions the qualification of Croatia as a union of nations, personal sui generis, is the closest to the real state of affairs.* Such a qualification was justified by several facts of fundamental importance.

Firstly, in the light of both norms and facts, Croatia was a community of two peoples, Croats and Serbs, as well as a *community* of nationalities (national minorities).

Secondly, the SFRY Constitution of 1974 and the Constitution of the Socialist Republic of Croatia promulgated the same year, defined the right to self-determination as a subjective, collective right of peoples. Such a provision was consigned in earlier constitutions. It derives from the very nature of the matter. The subject entitled to self-determination is, by definition, a people. It is yet another question that as the right to self-determination is exercised on the given territory, the consequences of the exercised right to self-determination are territorialized. Overlapping of the right to self-determination and territorialization occurs, as a rule, *in single-people communities, and it follows that formulations which recognize the right to a territorial entity are colloquial formulations.* However, in multi-ethnic communities composed of two or more peoples provided with equal rights, a territory is exclusively an area where equal rights of self-determination are exercised.

Thirdly, in the light of the relevant constitution provisions, both federal and that of Croatia, it seems clear that *Croatia*, as a federal unit, was not equipped with a right to self-determination that would include the right to secession. The Yugoslav federal units possessed no

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

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

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

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

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

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

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

right to secession, for that right was absolutely reserved for constitutive peoples.

Fourthly, the constitutional system of the Socialist Republic of Croatia designed the right to self-determination as a collective, subjective right of Croatian and Serb people in Croatia, which is, by its nature, inalienable. However, the Constitution of Croatia of 1990 deprived the Serbs in Croatia of the status of a people equipped with the right to self-determination and illegally transformed them into a national minority.

The proposal to resolve the controversies surrounding the exercise of the right to external self-determination *constitutione artis*, namely via a corresponding constitutional revision, was contained in the “Concept for the Future Organization of the State Proposed by a Working Group Comprising Representatives of All the Republics as a Basis for Further Talks between the Republican President and the State Presidency”.

Starting from the basic premise that:

“The Yugoslav State community, seen as a Federal State of equal citizens and equal peoples and their republics [footnote commentary: Kasim Trnka from Bosnia and Herzegovina proposed that the republics be placed first] and as a democratic State, will be founded on human and civil rights and liberties, the rule of law and social justice”,

the “Concept” contains a part entitled “Proposed Procedure for Dissociation from Yugoslavia” which reads:

“In connection with initiatives in certain republics for secession from Yugoslavia, that is, the ‘disunion’ of the country, and in view of the general demand for a peaceful, democratic and constitutional resolution of the constitutional crisis, the question of procedure arises with regard to the possible realization of these initiatives. The aim of the initiatives is the withdrawal of certain republics from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. They are based on the permanent and inalienable right of peoples to self-determination and should be constitutionally regulated. The right of peoples to self-determination, as one of the universal rights of modern law, is set out in the basic principles of the SFRY Constitution. However, the realization of the right of peoples to secession, which includes the possibility of certain republics’ withdrawal from the SFRY, is not regulated by the SFRY Constitution. It is therefore necessary to amend the SFRY Constitution in order to create a basis for exercising this right. Revision of the SFRY Constitution on these lines should be based on the democratic nature of the entire process of statement of views, the equality of the Yugoslav people, the protection of fundamental human and civil rights and freedoms, and the principle of the peaceful resolution of all disputes. In keeping with the above, appropriate amendments should be made to the SFRY Constitution which would in a general manner regulate the procedure for the execution of the right of

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

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

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

Ce texte, qui part du postulat que

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

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

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



peoples to secession and thereby the withdrawal of certain republics from the SFRY.

The amendments to the SFRY Constitution should express the following commitments:

1. The right to launch the initiative for a certain republic to withdraw from the SFRY is vested in the Assembly of the respective republic, except if otherwise regulated by the republican constitution.
2. A decision on the initiative is taken at a referendum at which the free, direct and secret voting of all citizens of the republic is ensured.
3. During the preparations for the referendum, the public and voters will be informed objectively and on time of the importance and the consequences of the referendum.
4. The referendum will be monitored by representatives of the Assembly of Yugoslavia and, possibly, representatives of other republics and interested international institutions.
5. A decision will be deemed adopted if it receives more than one half of the votes of all registered voters.
6. In republics populated by members of several Yugoslav nations, the necessary majority will be established for each Yugoslav nation separately. If one nation votes against, all settlements in which this nation is predominant and which border on the remaining territory of Yugoslavia and can constitute its territorial compactness will remain part of the SFRY. [ . . . ]
8. The Assembly of the republic will inform the public and the Assembly of Yugoslavia of the result of the referendum, and will submit to the Assembly of Yugoslavia a proposal to adopt a constitutional enactment on the withdrawal of the respective republic from the SFRY, in accordance with the will of the people expressed at the referendum.
9. The Assembly of Yugoslavia acknowledges the legality and legitimacy of the expressed will of the people and members of nations, and instructs the Federal Government to carry out the necessary preparations for the adoption of the enactment on withdrawal from the SFRY.

In this context, the Federal Government is obligated to:

- (a) prepare a proposal for the division of jointly created values and the property of the federation (movable and immovable property) in the country and abroad registered as the property of the federation; international obligations and claims; assets of the National Bank of Yugoslavia; foreign currency, commodity and monetary reserves of the federation, property of the Yugoslav People's Army, archives of Yugoslavia, certain infrastructure facilities, licenses and other rights and obligations ensuing from ratified international conventions. The Federal Government proposal would also include issues relating to citizenship, pension

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

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

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

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

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

and other rights of citizens and the like. This requires the establishment of common responsibility for the obligations and guarantees of the SFRY toward foreign countries;

- (b) propose to the Assembly of Yugoslavia the manner of the election and authorization of a parity body or committee which will prepare a proposal for the division of rights and obligations and submit it to the Assembly of Yugoslavia;
- (c) prepare proposals for the territorial demarcation and the frontiers of the future States and other issues of importance for formulating the enactment on withdrawal.

10. On the basis of the Federal Government proposals regarding material and territorial issues, the Assembly of Yugoslavia will formulate, with the consent of the republican assemblies, a constitutional enactment (constitutional law) on withdrawal from the SFRY which, among other things, establishes:

- citizens' right of choice (term and manner in which citizens will state their choice in the event of territorial changes), and the obligation to ensure just compensation for change of residence);
- the obligation to provide judicial protection of the rights of citizens, legal entities and members of certain nations (compensation for damages resulting directly from the execution of the right to withdrawal, etc.);
- the obligation to harmonize certain laws and other enactments with changes in the structure of the SFRY;
- supervision and control of the enforcement of determined obligations;
- other issues which must be resolved by the time of the definitive disassociation (judiciary, environment protection, joint ventures and the like);
- the transitional period and the moment of disassociation from the SFRY. If the result of the referendum is negative, the same initiative may be launched after the expiry of a period of five years." (*Focus*, Special Issue, January 1992, pp. 31-33.)

17. The proposal offered the peaceful change, the possibility of resolving the crisis *constitutio artis*, for the exercise of right to self-determination should be carried out according to the following pattern:

"Whether the federation dissolves into two or more States also brings into focus the doctrine of self-determination in the form of secession. *Such a dissolution may be the result of an amicable and constitutional agreement or may occur pursuant to a forceful exercise of secession. In the latter case, international legal rules may be pleaded in aid, but the position would seem to be that (apart from recognized colonial situations) there is no right of self-determination applicable to independent States that would justify the resort to secession.*" (M. N. Shaw, *International Law*, 2008, p. 218; emphasis added.)

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

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

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

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

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

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

2. *Decisions of the Constitutional Court of the SFRY*

18. The Constitutional Court of the SFRY was designed as the guardian of constitutionality and legality in the legal system of the SFRY. It consisted of a President and thirteen judges elected according to the following formula: two from each Republic and one from each autonomous province (Article 381 of the Constitution of the SFRY).

19. The Federal Executive Council (the Government of the SFRY), headed by Croat Ante Markovic, instituted proceedings before the Constitutional Court of Yugoslavia for the assessment of the constitutionality of the Declaration on the Proclamation of Sovereign and Independent Republic of Croatia (*Narodne novine* — Official Journal of the Republic of Croatia, No. 31/91).

In the view of the Government of the SFRY,

“the Declaration on the Proclamation of Sovereign and Independent Republic of Croatia, in particular its Parts III, IV and V are not [ . . . ] in accordance with the Constitution of the SFRY and is contrary to the federal laws regulating the fields of national defence, security, foreign affairs and public administration because the right to self-determination, including the right to secession, can be realized only under the conditions, via the procedure and in the manner determined by agreement of all the Republics, in accordance with the Constitution of the SFRY”.

19.1. Part III of the Declaration on the Proclamation of Sovereign and Independent Republic of Croatia stated *inter alia*:

“The Republic of Croatia guarantees to Serbs in Croatia and to all national minorities living on its territory respect for all human and civil rights, particularly freedom of speech and the cultivation of their own languages and promotion of their cultures, and freedom to form political organizations

.....

The Republic of Croatia in its capacity of the legal successor of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia guarantees to all States and international organizations that it will fully and conscientiously exercise all rights and perform all obligations in the part relating to the Republic of Croatia.”

Part IV of the Declaration said:

“The Constitutions of the Federal People’s Republic of Yugoslavia and of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia granted the Republic of Croatia the right to self-determination and secession.

Being established as an independent and sovereign State, the Republic of Croatia, which has up till now realized part of its sovereign

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

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

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

De l'avis du gouvernement de la RFSY,

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

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

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

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

Le titre IV de la déclaration affirmait ce qui suit :

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

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

rights together with the other constituent Republics and Autonomous Provinces of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, is now changing its status and its State-law relations with the Federal Republic of Yugoslavia, and agrees to take part in its individual institutions and functions of common interest conducive to the disassociation process.

In the course of the disassociation process it is necessary to establish the rights and obligations, i.e., the share of the Republic of Croatia in the total movable and immovable property and in the rights of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

By proclaiming the Constitutional Decision on Independence, the Republic of Croatia has started the process of disassociation from other Republics of the SFRY, and wants to terminate this process as soon as possible in a democratic and peaceful manner respecting the interests of all Republics and Autonomous Provinces making up the SFRY.

By the Constitutional Decision the present borders of the Republic of Croatia have become State borders with other Republics and with the countries adjoining the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia

.....

Only laws which have been adopted by the Sabor of the Republic of Croatia shall apply on the territory of the Republic of Croatia, with the exception of the federal regulations which have not been repealed pending the termination of the disassociation process

.....

Federal agencies may not operate on the territory of the Republic of Croatia unless given specific and temporary authority by the Government of the Republic of Croatia.

The Republic of Croatia shall withdraw its representatives from the Federal Chamber of the SFRY Assembly, as its term expired and its existence rendered unnecessary in the process of disassociation.”

In the Part V of the Declaration, it was stated *inter alia*:

“The Republic of Croatia recognizes full sovereignty and subjectivity under international law of the States which come into existence as a result of the disassociation from the SFRY with the existing boundaries of the SFRY and within the boundaries among themselves, as laid down in the present Constitution or as decided agreement among them.”

20. The position of the Constitutional Court as regards disputed parts of the declaration was as follows:

“The provisions of Articles 1 and 2 of the Constitution of the SFRY provide for that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is a

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

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

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

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

.....

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

.....

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

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

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

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

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

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



Federal State, as the State community of voluntarily united nations and their Republics, as well as of the Autonomous Provinces of Vojvodina and Kosovo — which are constituent parts of Serbia — which consists of: the Socialist Republic of Bosnia and Herzegovina, the Socialist Republic of Macedonia, the Socialist Republic of Slovenia, the Socialist Republic of Serbia, as well as the SAP Vojvodina and Kosovo which are constituent parts of the Socialist Republic of Serbia, the Socialist Republic of Croatia and the Socialist Republic of Montenegro.

The provisions of Article 5 of the Constitution of the SFRY provide for that the territory of the SFRY is a single united whole; that it consists of the territories of the socialist republics, and that the frontiers of the SFRY may not be altered without the consent of all the Republics and Autonomous Provinces.

Alterations of the boundaries of the SFRY are decided upon by the Federal Chamber of the Assembly of the SFRY in accordance with the provisions of Article 283, paragraph 4, and Article 285, paragraph 6.

The Constitutional Court of Yugoslavia, proceeding from the mentioned provisions of the Constitution of the SFRY, assessed that Parts III, sections 2 and 4, IV, sections 2 to 10 and V of the Declaration on the Proclamation of [a] Sovereign and Independent Republic of Croatia — are not in conformity with the Constitution of the SFRY.”

The Court devoted due regard to the right to self-determination. It stated:

“Parts III, sections 2 and 4, IV, sections 2 to 10 and Part V of the disputed declaration are based on the understanding of the Assembly of the Republic of Croatia as regards the right of the Croatian people to self-determination, including the right to secession.

The rationale of the mentioned provisions of the Declaration on the Proclamation of a Sovereign and Independent Republic of Croatia is not, in the opinion of the Constitutional Court of Yugoslavia, only in the expression of the right of the Croatian people to self-determination, including the right to secession. The import of the disputed declaration is the proclamation of the Republic of Croatia an independent State which is not a constituent part of the SFRY, as a Federal State and a State community of voluntarily united peoples and their republics, a proclamation of the State community of the Yugoslav nations and their republics a non-existent community, proclamation of federal laws null and void on the territory of the Republic of Croatia, prevention of the functioning of federal bodies on the territory of the Republic of Croatia within the jurisdiction of these bodies and ignorance of certain federal institutions.

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

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

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

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

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

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

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

The right of peoples of Yugoslavia to self-determination, including the right to secession, established by the Constitution of the SFRY, may not, in the opinion of the Constitutional Court of Yugoslavia, be realized by unilateral acts of peoples and/or acts of the assemblies of their Republics. This right can only be realized under the conditions and in the manner to be determined, in accordance with the Constitution of the SFRY, with the consent of each people and its republic individually, and all of them together. Although the procedure for the realization of the right to self-determination including the right to secession, has not been defined by the Constitution of the SFRY, this does not mean that this right may be realized on the grounds of unilateral acts relating to the realization of that right.”

21. At its meeting held on 13 November 1991, the Constitutional Court, pursuant to the provision of Article 375, paragraph 1, subparagraph 4, of the Constitution of the SFRY, adopted the decision that:

“The provisions of Part III, sections 2 and 4, Part IV, sections 2 to 10 and Part V of the Declaration on the Proclamation of Sovereign and Independent Republic of Croatia (*Narodne novine* (Official Journal of the Republic of Croatia), No. 31/91) are abolished.” (Decision II-U-No. 123/91 of 13 November 1991.)

22. The Federal Executive Council instituted also proceedings before the Constitutional Court of Yugoslavia for the assessment of the constitutionality of the decision of the Assembly of the Republic of Croatia on the breakup of State-legal connection with the SFRY (*Narodne novine* (Official Journal), No. 53/91).

The Council considered

“that the said decision is not in conformity with the Constitution of the SFRY and that the breakup of the State-legal connections is possible only between independent and sovereign States having recognized international legal personality, but not between a constituent part of a sovereign State and that State”.

23. The decision of the Assembly of the Republic of Croatia determined that the Republic of Croatia, as of 8 October 1991, broke up its State-legal connections on the basis of which, in common with other republics and provinces, it had constituted the SFRY up to that date; denied the legitimacy and legality of all bodies of the Federation; recognized, on a reciprocal basis, the independence and sovereignty of the other republics of the former SFRY; guaranteed and ensured the basic rights of man and national minorities, as guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights and other international documents; and expressed the readiness to enter into inter-State associations with other States.

24. The Constitutional Court found that

“the decision of the Assembly of the Republic of Croatia on the breakup of its State-legal connection with the SFRY is not in con-

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

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

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

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

Le conseil exécutif fédéral considérait en effet

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

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

24. La Cour constitutionnelle a statué que

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

formity with the Constitution of the SFRY. The Constitutional Court of Yugoslavia based this decision on the fact that, according to the Constitution of the SFRY, the Republic of Croatia is one of the constituent Republics of the SFRY of which it consists as a State community. That is why it cannot, by any unilateral act of its own, breakup State-legal connections with the federal State of which it is a part nor can it, by such an act, change the status of the Republic established by the Constitution of the SFRY, leave the State community of the SFRY and change the boundaries of the SFRY.

The Constitutional Court of Yugoslavia bases its assessment also on the fact that the disputed decision, contrary to the Constitution of the SFRY, denies the legitimacy and legality of the federal bodies, and refuses to recognize all legal acts of the federal bodies. The Constitution of the SFRY determines which common interests are realized within the Federation and which of these common interests the Federation realizes through the federal bodies; consequently, the relations in the Federation cannot be altered by a unilateral act or denied its rights and obligations determined by the Constitution of the SFRY nor can the federal bodies be denied legitimacy and legality. Likewise, it is not possible to deny recognition and validity of legal acts of the federal bodies because these acts are binding and valid on the whole territory of the SFRY.” (Decision II-U-No. 194/91 of 25 December 1991 published in the *Official Gazette* of the SFRY, No. 12/92.)

25. It should be emphasized that both decisions were adopted by the Court in its full composition, as prescribed by the Constitution, with only a judge from Slovenia not taking part in adopting the decisions.

\* \*

26. The set out legal facts provide a different picture of the so-called “Greater Serbia” project, which, by the way, has never been a policy of the FRY and Serbia. The so-called “Greater Serbia” project is rather a myth or abuse in the circumstances of the Yugoslav crisis.

The term was adopted from the political programme of the Serbian politician I. Garašanin who, in the mid-nineteenth century, wrote “Nacertanije” (“Draft Plan”), which was a programme on the unification of Serbs on the basis of the principle of nationalities, a principle that served as the legal ground for the constitution of European national States like Germany and Italy. In both theory and practice, as a national ideology and real policy, a similar notion of a national State existed in the past of every nation in Europe.

27. During the Yugoslav crisis the substance of the “Greater Serbia” concept, if accepted as relevant, amounted to a possibility of the expan-

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

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

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

\* \*

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

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

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

sion of the FRY/Serbia based on the outcome of the exercise by Serbs living outside Serbia of their right to self-determination.

The primary political objective of the FRY and the Serbs in Croatia was the safeguarding of Yugoslavia as a common home for Serbs. This objective is fully understandable if one has in mind that more than a third of Serbs lived outside the borders of the Federal Republic of Yugoslavia. The territorial expansion of the FRY/Serbia figured as a possibility whose realization would depend on the outcome of self-determination of the Serbs in Croatia and Bosnia and Herzegovina. The possibility as regards Croatia was not realized primarily because of the fact that:

“The achievement of independence by . . . Croatia . . . can be seen as a revolutionary process that has taken place beyond the control of existing body of laws . . . Self-determination has operated at the level of political rhetoric, as a set of political principles legitimizing the secession.” (A. Cassese, “Self-Determination of Peoples and the Recent Break-up of USSR and Yugoslavia” in R. Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, 1994, pp. 141-144.)

## II. JURISDICTIONAL ISSUES

### 1. *Validity in Time Complex In Casu*

28. The Court’s approach to the validity in time complex is highly relaxed, in particular if one has in mind that the scope of its jurisdiction *ratione temporis* is a key jurisdictional issue in the present case. The question which, in the circumstances surrounding the case, necessarily affects also the two primary forms of the jurisdiction of the Court — jurisdiction *ratione personae et ratione materiae* (see paras. 50-54 below). The Court did not decide from which date the Genocide Convention can be considered binding for the Applicant, and from which date the Genocide Convention can be considered applicable between the Parties. It did not tackle at all the question of the date until which the Convention was in force in relation to the SFRY, although, *inter alia*, it dealt with the question as to whether the acts on which Croatia relied are “attributable to the SFRY at the time of their commission” (Judgment, para. 114). Without these parameters a proper treatment of the preliminary objection of Serbia *ratione temporis* seems a difficult, if not an impossible task. It comes as no surprise that the Court has not decided the Respondent’s other preliminary objection in accordance with Article 79, paragraph 9, of the Rules of the Court and its well established jurisprudence, but treated the issue of jurisdiction *ratione temporis* and the related issue of admissibility as accessory consequence of the decision as regards the principal claim and counter-claim (see paras. 56 and 59 below). The intrinsic meaning of such an action of the Court is far-reaching — it ignores the fundamental

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

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

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

## II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

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

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



principle on which the Court's jurisdiction is based, i.e., the principle of consent.

*1.1. From which date is the Genocide Convention in force as regards the Parties individually?*

29. Within the set of issues relating to the validity in time of the provisions of the Genocide Convention, one issue, on which the Parties had opposing opinions *ab initio*, was resolved by the Judgment of the Court in the preliminary objections phase, i.e., the issue of since when the Respondent can be considered as bound by the provisions of the Convention. In its Judgment on the preliminary objections raised by Serbia the Court found that, by combined effect of the declaration and Note of 27 April 1992 and the consistent conduct at the time of its making and through the years 1992-2000, the FRY is considered as bound by the Genocide Convention "from that date (27 April 1992) onwards" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008* (hereinafter "2008 Judgment"), pp. 454-455, para. 117). In that part, the Judgment of the Court possesses *res iudicata* effects.

30. However, the Judgment did not provide the answer to the question as to when Croatia acquired the status of a party to the Convention. The Court addressed the issue in a general way stating that "Croatia deposited a notification of succession with the Secretary-General of the United Nations on 12 October 1992" (2008 Judgment, p. 445, para. 94). The Judgment states further that "[Croatia] asserted that it had already been a party prior thereto as a successor State to the SFRY from the date it assumed responsibility for its international relations with respect to the territory, namely from 8 October 1991" (*ibid.*). It is up to the Court to determine precisely the date, one of the two mentioned, since when Croatia can be considered a party to the Genocide Convention.

31. In its 2008 Judgment, the Court did not, in fact, tackle the claim of Croatia, but simply presented, in its paragraph 94, the position of Croatia.

In the light of the relevant circumstances, it appears that Croatia's claim is based on:

*Primo*, its notification on succession.

In a letter dated 27 July 1992, received by the Secretary-General on 4 August 1992 and accompanied by a list of multilateral treaties deposited with the Secretary-General, the Government of the Republic of Croatia notified that:

"[The Government of] . . . the Republic of Croatia has decided, based on the Constitutional Decision on Sovereignty and Independ-

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

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

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

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

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

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

Premièrement, la notification de succession déposée par la Croatie.

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

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

ence of the Republic of Croatia of 25 June 1991 and the Decision of the Croatian Parliament in respect of the territory of the Republic of Croatia, by virtue of succession of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia of 8 October 1991, to be considered a party to the conventions that Socialist Federal Republic of Yugoslavia and its predecessor States (the Kingdom of Yugoslavia, Federal People's Republic of Yugoslavia) were parties, according to the enclosed list.

*In conformity with the international practice*, [The Government of the Republic of Croatia] would like to suggest that this take effect from 8 October 1991, the date on which the Republic of Croatia became independent.”

*Secundo*, the depositary records for the Genocide Convention draw a distinction between the date of notification deposit and the date of effect. The date of the deposit of notification of succession is, according to the depositary practice for the Genocide Convention, the date on which the State deposited notification in reality, whereas the date of effect is the expression of the consent of the State to be bound by the Convention prior to that date, from the moment when it assumed responsibility for its international relations with respect to its territory. In that sense, the information in respect of the succession of the former federal units of the SFRY to the Genocide Convention is coinciding, excepting Yugoslavia/Serbia.

	Action	Date of Notification/ Deposit	Date of Effect
Bosnia and Herzegovina	Succession	29 December 1992	6 March 1992
Croatia	Succession	12 October 1992	8 October 1991
Montenegro	Succession	23 October 2006	3 June 2006
Slovenia	Succession	6 July 1992	25 June 1991
the former Yugoslav Republic of Macedonia	Succession	18 January 1994	17 November 1991
Yugoslavia (Serbia)	Accession	12 March 2001	10 June 2001

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

*Tertio*, in its written pleadings Serbia “does not contest that Croatia could become a contracting party to the Genocide Convention by submitting a declaration of succession and that Croatia could thereby become a

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

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

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

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

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

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

contracting party thereof, effective 8 October 1991” (Counter-Memorial of Serbia, para. 370).

32. If the date of effect of a convention, as in the case at hand, is prior to the date of the deposit of notification of succession, then undoubtedly retroactivity is at work. For, notification of succession, as defined by the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties (1978), means “in relation to a multilateral treaty, any notification, however framed or named, made by a successor State *expressing its consent* to be considered as bound by the treaty” (Article 2 (*g*) of the Convention, emphasis added). In this way the successor State expresses its consent to be considered as bound as from the date X which is later in relation to the date Y as the “date of effect” being, in fact, the date of entry of the treaty into force for that State. This appears to be a clear case of retroactive effect. However, retroactivity in this case is of a *sui generis* nature, for it relates to the successor State individually.

33. The basis of retroactive effect of the Genocide Convention in this particular case is in the combined effect of Croatia’s notification of succession and the consent of third States. The conclusion relies on two parts:

- (i) the connection that exists between the rules on succession with respect to international treaties and the rules of treaty law; and
- (ii) the meaning of the instrument of “notification of succession”.

It is natural that the succession of States with respect to treaties has the closest links with the law of treaties itself and could be regarded as dealing with particular aspects of participation in treaties, the conclusion of treaties and the application of treaties.

Special Rapporteur Humphrey Waldock described these links as follows:

“the Commission could not do otherwise than examine the topic of succession with respect to treaties within the general framework of the law of treaties . . . the principles and rules of the law of treaties seemed to provide a surer guide to the problems of succession with respect to treaties than any general theories of succession” (*Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1968, Vol. I, p. 131, para. 52).

Or, as stated by O’Connell:

“The effect of a change of sovereignty on treaties is not a manifestation of some general principle or rule of State succession, but rather a matter of treaty law and interpretation.” (D. P. O’Connell, *The Law of State Succession*, 1956, p. 15.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The determination of “notification of succession” given in Article 2 (g) of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, as well as the practice of States in the matter, cast serious doubts as to the possibility of “notification of succession” as an instrument, per se, that acts as a means of binding by treaty.

The Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) stipulates in Article 11 (means of expressing consent to be bound by a treaty): “The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means *if so agreed*.” (Emphasis added.)

The formulation of Article 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not exclude the *possibility* of notification of succession being understood as a means of expressing approval to be bound by a treaty. The operationalization of this possibility implies, however, the agreement of the parties for, in the light of treaty law as expressed in Article 11 of the Convention, “notification of succession” undoubtedly comes under “*any other means*” of expressing consent to be bound by a treaty, but is conditioned by the phrase “if so agreed”. From this viewpoint, “*notification of succession*” as a unilateral act of the State, constitutes a basis for a collateral agreement in simplified form between the new State and the individual parties to its predecessor’s treaties. Thus “notification of succession” actually represents an abstract, generalized form of the new State’s consent to be bound by the treaties of the predecessor State — a form of consent which is, in each particular case, realized in conformity with the general rule of the law of treaties on expression of consent to be bound by a treaty contained in Article 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and prescribed by provisions of the concrete treaty.

An exception to the general rule according to which consent of the successor State to be bound by a treaty has to be expressed *ad casum* in conformity with Article 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties could be envisaged in the event that, outside and independently of the Convention, there exists a generally accepted rule according to which “notification of succession” is considered a specific means of binding new States by treaties. Grounds for such an interpretation are also provided by Article 73 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: “The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States . . .”

There is no credible evidence that such a rule exists. The Vienna Convention on the Law of Treaties which is, by its nature, a combination of codification and progressive development, does not make any mention in its Article 11 (means of expressing consent to be bound by a treaty) of “notification of succession” as such a means. This is particularly conspicuous in view of the fact that Article 11 is built on the premise of de-formalization of the means of expressing consent to be bound by a treaty.

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

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

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

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

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



Since succession *per se* is not and cannot be an independent method of expressing consent to be bound by a treaty, it follows that “notification of succession” can only be a descriptive notion, a collective term for various forms of expression of consent of a new State to be bound by a treaty. As pointed out by Professor Annie Gruber:

“Since it is a unilateral act, the legal effect of which cannot depend solely on the will of the author of the act, a unilateral declaration of succession may be considered to contain a sort of personal proposition which third States may accept or reject.” (A. Gruber, *Le droit international de la succession d’Etats*, 1986, p. 221.)

Finally, Article 9 of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties clearly states:

“Obligation or rights under treaties in force in respect of a territory at the date of a succession of States do not become the obligations or rights of the successor State or of other States parties to those treaties by reason only of the fact that the successor State has made a unilateral declaration providing for the continuance in force of the treaties in respect of its territory.”

That in particular terms means that Croatia’s notification of succession constitute an offer which the parties to the Convention are free to accept or reject. Only acceptance by the parties to the Convention could create treaty *nexus* between a State that make a notification and other States parties to the Convention.

### 1.2. *From which date can the Genocide Convention be considered as applicable between the Parties?*

#### *Scenario one*

34. The determining of the date on which the Convention came into force in relation to the FRY/Serbia and Croatia does not solve the issue of validity in time of the Convention *in casu*, but rather constitutes only a part of that set of issues. The fact that the Genocide Convention is binding on both Parties *in casu* is one thing, whereas its applicability in terms of time between the Parties is quite another in the circumstances surrounding the case.

The status of Croatia and the FRY/Serbia as parties to the Convention only determines the jurisdictional title *in casu* and does not solve the issue of its temporal scope because the dates from which the parties are considered as bound by the Convention do not coincide.

Croatia can be considered a contracting party to the Convention as from 8 October 1991, while Serbia can be considered a contracting party as from 27 April 1992.

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

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

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

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

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

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

#### *Premier scénario*

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

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

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

35. The jurisdiction of the Court *in casu* is based on Article IX of the Genocide Convention. In contrast to the substantive provisions of the Convention which are, by their nature, integral (“Third Report on the Law of Treaties” by G. Fitzmaurice, *YILC*, 1958, Vol. II; United Nations doc. A/CN.4/115, Art. 18, p. 27, para. 2), collective obligations towards the international community as a whole (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3), Article IX of the Convention, as a standard compromissory clause, is a bilateral obligation between the parties.

As regards the substantive obligation of the Convention, the will of the contracting parties, taken individually, is only a constitutive element of the will of the international community as a whole, as a basis of its peremptory nature. As such, substantive obligations of the Genocide Convention are binding on States “even without any conventional obligations” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23). Consequently, any new State is *a priori* subject to these rules since they express the universal interest of the international community as a whole.

It might be concluded that, having in mind that nature of the principles underlying the Genocide Convention, the then Secretary-General Dag Hammarskjöld warned the Congolese authorities during the United Nations’ operations in that country that the principles of the Convention must be held to govern even a new State and to apply to subordinate political authorities within the Congolese State (*Annual Report of the Secretary-General 1960-1961*, General Assembly, Sixteenth Session, Supp. No. 1, p. 11; H. Waldock, “General Course on Public International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1962, Vol. 106, p. 228).

In contrast to its substantive provisions, the provision of Article IX of the Convention, being of a contractual nature, operates on the *inter partes* level, within the reciprocity principle.

Accordingly, in relation to Article IX of the Convention, a multitude of bilateral links is constituted between the parties to the Genocide Convention depending on the consent of the parties. In other words, the obligations of the parties to the Convention as regards Article IX are not “self-existent, absolute and inherent” (G. Fitzmaurice, “Third Report on the Law of Treaties”, *YILC*, 1958, Vol. II; United Nations doc. A/CN.4/115, Art. 19, p. 28), but relative, extrinsic, depending on the consent. The distinction is, in the ILC Articles on State Responsibility, derived in explicit terms. In contrast to collective obligations embodied in multilateral treaties, the International Law Commission notes that there exist obligations in multilateral treaties where “performance in a given situation involves a relationship of a bilateral character between two parties” (Commentary to Art. 42 (*a*)).

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

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

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

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

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

As far as the bilateral relationship, or bundles of bilateral relations, between the parties to a multilateral treaty, reciprocity and mutuality may be regarded as an essential principle of international law (a good example, in addition to the one which we are discussing, is the requirement of consent by other States to reservations to multilateral treaties).

### 1.3. *Application of the principle in casu*

36. The jurisdiction of the Court in the case at hand is based on Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court which reads:

“The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or *in treaties and conventions in force*.” (Emphasis added.)

When jurisdiction is based on paragraph 1 of Article 36:

“the Court is empowered only to apply the specific treaty. Where it is based on paragraph 2, the Court’s jurisdiction may allow it and even require it to have recourse to rules of customary international law which resemble the rules of a treaty but which exist independently of the treaty, if for any reason that treaty is excluded from the scope of the jurisdiction of the Court in that particular case.” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4th ed., Vol. II, 2006, pp. 648-649, referring in a footnote to *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 38, para. 56.)

As the Genocide Convention is the only jurisdictional title in the case at hand, the date on which the Convention came into force as regards Croatia and the FRY/Serbia is of paramount importance. For, proceedings between these two parties may be validly instituted only during the currency of the title of jurisdiction (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 29).

It appears that the Genocide Convention came into force as regards Croatia and the FRY/Serbia on different dates — 8 October 1991 in relation to Croatia and 27 April 1992 in relation to the FRY/Serbia.

In the light of the principle of reciprocity and mutuality, it follows that the Genocide Convention is applicable between Croatia and the FRY/Serbia as from 27 April 1992 as the later date, limiting the jurisdiction of the Court *ratione temporis* to acts and situations after that date.

The pattern of such legal reasoning was demonstrated by the Court in the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* case. In that case, the specific treaty was the Convention on Elimination of Racial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Discrimination which provides, in its Article 22, that: “Any dispute between two or more States Parties with respect to the interpretation or application of this Convention . . . shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision . . .”.

Since the Convention entered into force as regards Russia on 4 February 1969 and as regards Georgia on 2 July 1999, the Court concluded that “CERD entered into force between the Parties on 2 July 1999” (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I)*), p. 81, para. 20).

#### *Scenario two*

37. This scenario is based on the principle that mutual recognition is needed for establishment of treaty nexus between the contracting parties to the Convention. The principle derives from the contractual nature of the jurisdictional clauses operating on the *inter partes* level, within the limits of the reciprocity. In that regard, international treaty law is a sort of *vinculum iuris*, a legal relationship between States which recognize each other.

38. As stated by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts:

“Generally, a situation which is denied recognition, and the consequences directly flowing from it, will be treated by non-recognizing States as without international legal effect.” (*Oppenheim’s International Law*, 9th edition, 1992, p. 199.);

and

“The non-recognized Government will not be regarded by non-recognizing States as competent to make its State a party to a multilateral treaty, or to act on behalf of the State in legal proceedings.” (*Ibid.*, p. 198.)

Kelsen, although starting from the consideration that “the legal act of recognition is the establishment of a fact” (H. Kelsen, “Recognition in International Law — Theoretical Observations”, in L. Gross (ed.), *International Law in the Twentieth Century*, 1969, p. 592) finds that:

“The new State starts its legal existence with its declaration of statehood but it exists only for itself, not in relation to other States. This is a typical border case. In order to become a subject of international law in relation to other States, the new State has also to be recognized as such by these other States, but the old State, too, in its relation to the new State is a State, in the sense of international law, only if the new State recognizes it as such. Therefore mutual recognition is necessary.” (*Ibid.*, p. 593.)

A similar opinion is represented by Hersch Lauterpacht. According to the learned author and judge, recognition “marks the beginning of the

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

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

#### *Deuxième scénario*

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

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

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

et

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

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

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

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



international rights and duties of the recognized community” (*Oppenheim’s International Law: A Treatise*, 8th ed., 1955, p. 128).

39. Such considerations are not unknown to the jurisprudence of the Court. In the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, the Permanent Court stated *inter alia*:

“Poland is not a contracting Party either to the Armistice Convention or to the Protocol of Spa. At the time of the conclusion of those two Conventions, Poland was not recognized as a belligerent by Germany; it is, however, only on the basis of such recognition that an armistice could have been concluded between those two Powers.

The Principal Allied Powers had, it is true, recognized the Polish armed forces as an autonomous, allied and co-belligerent (or belligerent) army. This army was placed under the supreme political authority of the Polish National Committee with headquarters in Paris. Without considering the question what was at this moment the political importance of this Committee, the Court observes that these facts cannot be relied on as against Germany, which had no share in the transaction.” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, pp. 27-28.)

Judge Skubiszewski, in his dissenting opinion in the *East Timor* case, found that “[r]ecognition leads to the validation of factual control over territory and to the establishment of corresponding rights” (*East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, dissenting opinion of Judge Skubiszewski, p. 265, para. 131; emphasis added).

In the *Bosnian Genocide* Case, the Court refrained from giving a clear answer to the question with the explanation:

“For the purposes of determining its jurisdiction in this case, the Court has no need to settle the question of what the effects of a situation of non-recognition may be on the contractual ties between parties to a multilateral treaty. It need only note that, even if it were to be assumed that the Genocide Convention did not enter into force between the Parties until the signature of the Dayton-Paris Agreement, all the conditions are now fulfilled to found the jurisdiction of the Court *ratione personae* [ . . . ]

In the present case, even if it were established that the Parties, each of which was bound by the Convention when the Application was filed, had only been bound as between themselves with effect from 14 December 1995, the Court could not set aside its jurisdiction on this basis . . .” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 613-614, para. 26.)

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

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

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

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

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

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

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

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

It should be noted, however, that the pronouncement of the Court relates to jurisdiction *ratione personae* — not to jurisdiction *ratione temporis*.

40. Recent practice confirms that the recognition of a State determines the critical date as regards the beginning of the international rights and duties of the recognized community vis-à-vis recognizing State by establishing a necessary treaty *nexus* between them. *Exempli causa*, Switzerland, having recognized Slovenia and Croatia on 15 January 1992, declared that the treaties formerly concluded with Yugoslavia shall henceforth be applicable to bilateral relations (*Revue suisse de droit international et européen*, 1993, p. 709).

The same pattern of reasoning underlines the decision of the Supreme Court of the Federal Republic of Germany of 18 December 1959:

“The Contracting Parties which are already bound by a multilateral convention can be bound by the accession of another State entity only to the extent that the latter is a subject of international law as far as *they themselves are concerned* . . . Any entity which exists *in fact* requires, in addition, the *recognition* of its existence in some form . . . In relation to other States which do not recognize it as a subject of international law, such an entity cannot be a party to a treaty, let alone become a party merely by a unilateral declaration, as e.g., by accession to a multilateral convention, thus conferring upon itself the status of a subject of international law in relation to States which do not recognize it.” (*International Law Reports*, Vol. 28, 1959, pp. 87-88; emphasis in original.)

41. In the letter dated 5 April 1994 from the *chargé d'affaires* A.I. of the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General as the depositary of international conventions, the Federal Republic of Yugoslavia stated, *inter alia*, that:

“Croatia, no doubt, is a successor State and the Federal Republic of Yugoslavia does not deny that. The term ‘successor State’, however, implies exclusively the change of sovereignty in a part of the territory of the Yugoslav Federation in the sense of the transformation of that part of the territory into an independent State. The very act of the change of territorial sovereignty is not automatically linked to the transfer of the rights and obligations of the Federation to the seceded part, since such a transfer implies legality of the territorial change, i.e., that the territorial change has been carried out in conformity with the principles of positive international law.” (United Nations doc. S/1994/398, 5 April 1994.)

The statement makes the distinction between succession taken in terms of territorial change (*de facto* succession) and succession as the transmission of rights and obligations from predecessor State(s) (*de iure* succession) elaborated in the doctrine of international law (H. Kelsen,

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

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

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

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

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

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

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

*Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Vol. 42, p. 314; D. P. O'Connell, *The Law of State Succession*, 1956, pp. 3, 6; K. Zemanek, "Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Verträge", *Ius Humanitatis: Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, p. 719; M. Jones, "State Succession in Matter of Treaties", *British Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1947, pp. 360-361) and embodied in Article 6 of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties. Article 6, entitled "Cases of Succession of States covered by the present Convention", specifies that the Convention "applies only to the effects of a succession of States occurring in conformity with the international law and, in particular, the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations".

42. The mutual recognition took place only on the day the Dayton Agreement was signed, i.e., 14 December 1995 or, alternatively, on 23 August 1996, the date when the Agreement on Normalization of Relations between the Republic of Croatia and the Federal Republic of Yugoslavia was signed (*Narodne novine*. Međunarodni ugovor br. 10/96).

Article 1 of the Agreement stipulates: "The Contracting Parties shall respect each other as independent, sovereign and equal States within their international borders."

43. The fact that the Respondent asserted during the proceedings that the Convention is applicable between the Parties as from 27 April 1992 is not of decisive importance in the view of the fact that "the establishment or otherwise of jurisdiction is not a matter for the parties but for the Court itself" (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37).

The Court must "always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*" (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13).

#### 1.4. *By which date was the Genocide Convention in force as regards the SFRY?*

44. It is hardly necessary to recall that two elements determine the validity in time of a treaty or of a particular rule:

- (i) the moment of its entering into force; and
- (ii) the moment of its termination *in toto* or of its particular rule, as Article IX of the Convention.

The latter element is of special relevance as regards the SFRY as a State party to the Genocide Convention in the circumstances surrounding the case. *Sedes materiae* of the dispute in the light of the Applicant's claim is determined by the Court in the following terms:

- "(1) whether the acts relied on by Croatia took place; and, if they did, whether they were contrary to the Convention;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (2) if so, whether those acts were attributable to the SFRY at the time that they occurred and engaged its responsibility; and
- (3) if the responsibility of the SFRY had been engaged, whether the FRY succeeded to that responsibility.

While there is no dispute that many (though not all) of the acts relied upon by Croatia took place, the Parties disagree over whether or not they constituted violations of the Genocide Convention. In addition, Serbia rejects Croatia's argument that Serbia has incurred responsibility, on whatever basis, for those acts." (Judgment, para. 112.)

The only logical and legally founded conclusion is that the SFRY was bound by the Convention until the moment when the process of its dissolution was complete.

That necessarily brings into focus the responsibility of the SFRY, for the predominant number of acts which the Applicant considers as acts of genocide took place before 27 April 1992 when the Respondent was established as a State.

The Court is right in stating that "the SFRY was bound by the Convention at the time when it is alleged that the relevant acts occurred" (*ibid.*, para. 113). However, this is only one aspect of the issue of the temporal validity of the Genocide Convention as regards the SFRY. The other aspect of the issue is the moment until which the SFRY was bound by the provisions of the Genocide Convention.

The answer seems simple. As dissolution of a State means that it no longer has legal personality (Conference for Peace in Yugoslavia, Arbitration Commission, Opinion 8, point (2)), it appears that when the process of dissolution of the SFRY was completed, its status as a State party to treaties was terminated *ipso facto*.

45. The reasoning of the Court is designed in terms of retroactivity, both of the substantive provisions of the Genocide Convention and of Article IX, although this is denied by the Court (see, *inter alia*, Judgment, paras. 95, 98, 99).

Pointing out that "the temporal scope of Article IX is necessarily linked to the temporal scope of the other provisions of the Genocide Convention" (*ibid.*, para. 93), which are not retroactive (*ibid.*, para. 99), the Court points, however, to its dictum in its 1996 and 2008 Judgments, which is obviously based on the assumption of retroactivity.

In its 1996 Judgment, the Court determined:

"it remains for the Court to specify the scope of that jurisdiction *ratione temporis*. In its sixth and seventh preliminary objections, Yugoslavia, basing its contention on the principle of the non-retroactivity of legal acts, has indeed asserted as a subsidiary argument that, even though the Court might have jurisdiction on the basis of the Convention, it could only deal with events subsequent to the different dates on which the Convention might have become applicable as

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

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

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

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

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

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

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

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

Dans son arrêt de 1996, la Cour a conclu :

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



between the Parties. In this regard, the Court will confine itself to the observation that the Genocide Convention — and in particular Article IX — does not contain any clause the object or effect of which is to limit in such manner the scope of its jurisdiction *ratione temporis*, and nor did the Parties themselves make any reservation to that end, either to the Convention or on the occasion of the signature of the Dayton-Paris Agreement. The Court thus finds that it has jurisdiction in this case to give effect to the Genocide Convention with regard to the relevant facts which have occurred since the beginning of the conflict which took place in Bosnia and Herzegovina. This finding is, moreover, in accordance with the object and purpose of the Convention as defined by the Court in 1951 and referred to above. As a result, the Court considers that it must reject Yugoslavia's sixth and seventh preliminary objections." (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 617, para. 34; reference omitted.)

It is perfectly true that the Genocide Convention does not contain "express provision . . . limiting its jurisdiction *ratione temporis*" (2008 Judgment, para. 123). However, this is not the real issue at hand. The real issue is whether the Convention contains a provision that *excludes* the application of the general rule of international law regarding the non-retroactivity of treaties, embodied in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

The substantive reason concerns the very specific approach of the Court to the temporal scope of the Genocide Convention in the *Bosnian Genocide* case. The reasoning of the Court seems to be an inversion of the logic incorporated in Article 28 of the Convention on the Law of Treaties; it rests upon the presumption of retroactivity in contrast to Article 28 which is based on presumption of non-retroactivity.

Therefore, "the presumption was reversed: absent some express reservation, the temporal limitation did not apply" (R. Kolb, *The International Court of Justice*, 2013, p. 423).

Thus, "[c]ompromissory clauses (and, perhaps, generally, jurisdictional clauses in treaties) are . . . aligned with the regime of the optional clause" (*ibid.*). In the light of the jurisprudence of the Court, it may be understood as retrospective effects of the title of jurisdiction (i.e., application of a jurisdictional clause in view of the events and acts prior to its entry into force) rather than retroactive effects of the jurisdictional clause at the time when it was not yet in force.

The conclusion regarding the assumption of retroactivity in the 1996 Judgment becomes even more evident if the context is taken into

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

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

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

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

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

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

consideration. The dictum cited above is actually the response to the sixth and seventh preliminary objection raised by Yugoslavia. Basing its contention on the principle of non-retroactivity for legal acts, Yugoslavia had indeed asserted, as a subsidiary argument, that, even if the Court might have jurisdiction on the basis of the Convention, it could only deal with events subsequent to the different dates on which the Convention might have become applicable as between the Parties.

45.1. In fact, the Court essentially accepted the Applicant's interpretation that:

“Croatia responds that the Court has jurisdiction over the entirety of its claim and that there is no bar to admissibility. For Croatia, the essential point is that the Genocide Convention was in force in the territories concerned throughout the relevant period, because the SFRY was a party to the Convention. According to Croatia, the FRY emerged directly from the SFRY, with the organs of the new State taking over the control of those of the old State during the course of 1991 when the SFRY was ‘in a process of dissolution’ (the phrase used by the Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia in Opinion No. 1, 29 November 1991, 92 *International Law Reports (ILR)*, p. 162). On 27 April 1992, the FRY made a declaration which, as the Court determined in 2008, had the effect of a notification of succession to the Genocide Convention and other treaties to which the SFRY had been party. Croatia maintains that there was, therefore, a continuous application of the Convention, that it would be artificial and formalistic to confine jurisdiction to the period from 27 April 1992, and that a decision to limit jurisdiction to events occurring on or after that date would create a ‘time gap’ in the protection afforded by the Convention. Croatia points to the absence of any temporal limitation in the terms of Article IX of the Genocide Convention. At least by the early summer of 1991, according to Croatia, the SFRY had ceased to be a functioning State and what became the FRY was already a State *in statu nascendi*.” (Judgment, para. 81.)

In that sense, the Applicant is correct because, in the light of the Applicant's assertions, it is not a matter of retroactivity in the technical sense, but in the sense of the “continuous application of the Convention”.

The Applicant's assertion of the “continuous application of the Convention” is based on:

- (i) the rules on succession to responsibility; and
- (ii) the attribution of alleged acts of genocide to Serbia on the basis of Article 10 (2) of the Rules on the Responsibility of States.

In order for the Court to act in the frame of the rule on non-retroactivity, it was necessary for it, before entering into the merits of the case, to establish that the Applicant's assertions relating to the rules on succession

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

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

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

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

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

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

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

to responsibility and attribution on the basis of Article 10 (2) were well-founded, that is, that they constituted part of the applicable substantive law *in casu*.

If established as part of the applicable substantive law, those rules would produce retroactive effects independently of Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, as a proper consequence of effects of the rules themselves.

## *2. Nature and Effects of the Second Preliminary Objection of the Respondent*

46. In its Judgment on Preliminary Objections, the Court found, *inter alia*, that “the Respondent was bound by the Genocide Convention, including Article IX thereof, at the date of the institution of the proceedings and remained so bound at least until 1 November 2000” (2008 Judgment, p. 455, para. 118) and “if consequently the Applicant would have been at liberty, had it so desired, to submit a fresh application identical in substance to the present Application, the conditions for the jurisdiction of the Court would be satisfied” (*ibid.*). It appears that the Court, by adopting this conclusion, established its jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae*.

47. The Court, however, did not pronounce itself as regards Serbia’s preliminary objection *ratione temporis*, having found that this objection “does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” (*ibid.*, p. 460, para. 130). The objection *ratione temporis* in the circumstances surrounding the case triggers the issues of jurisdiction and admissibility as two inseparable issues:

“In the view of the Court, the questions of jurisdiction and admissibility raised by Serbia’s preliminary objection *ratione temporis* constitute two inseparable issues in the present case. The first issue is that of the Court’s jurisdiction to determine whether breaches of the Genocide Convention were committed in the light of the facts that occurred prior to the date on which the FRY came into existence as a separate State, capable of being a party in its own right to the Convention; this may be regarded as a question of the applicability of the obligations under the Genocide Convention to the FRY before 27 April 1992. The second issue, that of admissibility of the claim in relation to those facts, and involving questions of attribution, concerns the consequences to be drawn with regard to the responsibility of the FRY for those same facts under the general rules of State responsibility. In order to be in a position to make any findings on each of these issues, the Court will need to have more elements before it.” (*Ibid.*, p. 460, para. 129.)

48. The situation is one characterized by Judge Fitzmaurice as the distinction between jurisdiction and admissibility. Discussing the issue of retroactivity, Judge Fitzmaurice said:

“But an unsuccessful jurisdictional plea leaves open the possibility that a finding on the ultimate merits may still be excluded through a

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

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

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

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

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

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

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

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

decision given against the substantive admissibility of the claim.” (G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, 1986, p. 439.)

Thus, “substantive admissibility may arise as an issue *after* jurisdiction has been established”.

49. The temporal element of the jurisdiction of the Court *in casu* is to be regarded as part of the issue of jurisdiction *ratione personae* primarily, producing a corresponding effect on the jurisdiction of the Court *ratione materiae*. It, in fact, determines the scope of jurisdiction, both *ratione personae et ratione materiae*.

50. The temporal scope of jurisdiction *ratione personae* in the case at hand is highly specific. Usually, jurisdiction *ratione personae* means that the parties to the case are parties to the Statute or have undertaken the obligations of a party to the Statute at the time of institution of proceedings. In other words, “[i]t is necessary that the parties be under the obligation to accept the jurisdiction of the Court at the time at which the determination of the existence of that obligation has to be made, normally the date of the institution of the proceedings” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4th ed., Vol. II, 2006, p. 562).

51. *In casu*, the question is whether or not FRY/Serbia was a State at all before 29 April 1993, in the sense of a subject of international law, suitable to be equipped with the capacities for the establishment of the jurisdiction of the Court *ratione personae*. That is the fundamental question which precedes, both in terms of logic and law, the issue of jurisdiction, constituting a segment of *ius standi in iudicio*. For, the status of a party to the Statute or non-party to the Statute, which has undertaken the obligations as regards jurisdiction of the Court *ratione personae* is absolutely reserved for States as legal persons in terms of international law. If one or both parties to the case are not States as legal persons in terms of international law, the establishment of jurisdiction of the Court is an impossible mission, because a litigation before the Court implies *ius standi* before the Court as a pre-condition for the establishment of the jurisdiction of the Court (see e.g., *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (III)*, p. 1030, para. 45).

52. The temporal element *in casu* extends its relevance also to the jurisdiction of the Court *ratione materiae*, since the limitation of the Court’s jurisdiction *ratione personae* produces corresponding effects on its jurisdiction *ratione materiae*. For, jurisdiction *ratione materiae* necessarily implies that events which give rise to the reference to the Court occurred during the space of time in respect to which jurisdiction *ratione personae* exists.

53. The combined effects of temporal limitations of the jurisdiction of the Court *ratione personae* and *ratione materiae* may have, as a consequence, the disappearance of the dispute before the Court in part or *in toto*.

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

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

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

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

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

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

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



The substance of the international dispute consists of the two cumulative elements — personal and material. The generally accepted definition of a dispute, which the Court gave in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case represents, in fact, only the material element of the concept of “international dispute”. In order to qualify “a disagreement over a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests”, which is evident in this specific case, as an “international dispute”, another, formal, element is indispensable, i.e., that the parties in the “disagreement or conflict” be States in the sense of international public law.

Article IX of the Genocide Convention stipulates the competence of the Court regarding “disputes between the Parties”. The term “Parties”, as it obviously results from Article XI of the Convention, means States, either members or non-members of the United Nations. The term “State” is not used either *in abstracto* in the Genocide Convention, or elsewhere; it means a concrete entity which combines in its personality the constituting elements of a State, determined by international law. The pretention of an entity to represent a State, and even recognition by other States, is not, in the eyes of the law, sufficient, on its own, to make it a State within the meaning of international law.

54. The following statement of Judge Fitzmaurice seems to rest on common sense and cogent legal consideration:

“since the . . . State did not exist as such at the date of these acts and events, these could not have constituted, in relation to it, an international wrong, nor have caused it an international injury. An act which did not, in relation to the party complaining of it, constitute a wrong at the time it took place, obviously cannot *ex post facto* become one . . . [T]he . . . State was not then one [i.e., a Member of the United Nations], nor even, over most of the relevant period, in existence as a State and separate international *persona*.” (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, separate opinion of Judge Fitzmaurice, p. 129.)

Responsibility, as a legal notion, does not exist *in se* and *per se*. It is necessarily linked with the rights and obligations of the State as a legal person in terms of international law. As the Court stated: “Responsibility is the necessary corollary of a right.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 33, para. 36); and “Thus it is the existence or absence of a right, belonging to [a State] and recognized as such by international law, which is decisive for the problem . . .” (*ibid.*).

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

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

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

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

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

3. *Treatment of Preliminary Objections to Jurisdiction and Admissibility In Casu*

55. The general approach of the majority of the Court to the issue of the preliminary objection *ratione temporis* raised by Serbia, as well as to the arguments of the Parties *pro* and *contra* in that regard or in connection with that issue, has been expressed succinctly in two conclusions:

*Primo*

“Having concluded in its 2008 Judgment that the present dispute falls within Article IX of the Genocide Convention in so far as it concerns acts said to have occurred after 27 April 1992, the Court now finds that, to the extent that the dispute concerns acts said to have occurred before that date, it also falls within the scope of Article IX and that the Court therefore has jurisdiction to rule upon the entirety of Croatia’s claim. In reaching that conclusion, it is not necessary to decide whether the FRY, and therefore Serbia, actually succeeded to any responsibility that might have been incurred by the SFRY, any more than it is necessary to decide whether acts contrary to the Genocide Convention took place before 27 April 1992 or, if they did, to whom those acts were attributable.” (Judgment, para. 117.)

*Secundo*

“It follows from the foregoing that Croatia has failed to substantiate its allegations that genocide was committed. Accordingly, no issue of responsibility under the Convention for the commission of genocide can arise in the present case. Nor can there be any question of responsibility for a failure to prevent genocide, a failure to punish genocide, or complicity in genocide.

In view of the fact that *dolus specialis* has not been established by Croatia, its claims of conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, and attempt to commit genocide also necessarily fail.

Accordingly, Croatia’s claim must be dismissed in its entirety.” (*Ibid.*, para. 441.)

56. The applied methodology cannot be denied a certain judicial elegance which served, in fact, to sweep under the carpet the complex issue of the admissibility of the claim in relation to the facts that occurred prior to the date on which the FRY came into existence as a separate State, involving, in addition, questions of attribution, and to link it with the issue as to whether the principal claim and counter-claim are founded in law and fact.

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

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

*Primo*

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

*Secundo*

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

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

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

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

Qualifying tacitly the issue of admissibility of the claim not as incidental to, but rather as coincident with, the principal claim, the majority reduced the fundamental issue of the jurisdiction of the Court to the level of a technical question, and the jurisdictional decision to some kind of accessory consequence of the decision as regards the principal claim and counter-claim. In this way, the procedure as established by the law of the Court has been turned on its head.

57. In the case at hand, such a reduction does not produce material consequences for the outcome of the dispute. However, this fact does not amnesty or vindicate the action undertaken by the majority. Although designed *ad casum*, its implications as regards future jurisprudence of the Court cannot *a priori* be excluded.

58. The preliminary objection of Serbia *ratione temporis* has been qualified by the Court as an objection which “does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” (2008 Judgment, para. 130).

What is the inherent meaning of this qualification? Does it suggest that an objection which does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character loses its preliminary quality and gives the Court discretionary powers to act in accordance with the broadly conceived and undefined formula “as good administration of justice requires”? The answer to this question, it appears, has to be negative.

58.1. The qualification that “the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character” implies that the objection in issue does “possess, at least in principle, an intrinsic preliminary character, which may only be partially affected by the circumstances of the case” (E. J. de Aréchaga, “The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 15). *Ratio legis* of the introduction of objections having no exclusively preliminary character in the nomenclature of the decisions of the Court as regards preliminary character in Article 79 of the Rules of Court primarily concerns practical effects in a case when the Court, on the basis of provision of Article 62 of the 1946 Rules of Court, used its power to join an objection to the merits “whenever the interests of the good administration of justice require it” (*Panevezys-Saldutiskis Railway, Order of 30 June 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 75, p. 56; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 29, para. 39*). When

“the character of the objections is not exclusively preliminary because they contain both preliminary aspects and other aspects relating to the merits, they will have to be dealt with at the stage of merits. This approach . . . tends to discourage the unnecessary prolongation of proceedings at the jurisdictional stage.” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 31, para. 41*; emphasis added.)

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

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

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

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

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

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

58.2. The characterization of the particular objection does not deprive the objection of its preliminary character. As observed by Judge Aréchaga, who was one of the architects of the revision of the 1972 Rules, the concrete qualification means that “the objection that has been raised by a party as preliminary is so intertwined with elements pertaining to the merits that a hearing of those issues would siphon off into the preliminary stage the whole of the case” (E. J. de Aréchaga, *op. cit.*, p. 17) with the risk of “adjudicating on questions which appertain to the merits of the case or of prejudging their solution” (*Panevezys-Saldutiskis Railway, Preliminary Objections, Order of 30 June 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 75*, p. 56).

In other words, the fact that the objection, in the circumstances of the case, does not possess an exclusively preliminary character, does not deprive it of its material content in the sense of challenging the jurisdiction of the Court, in whole or in part. Or, as Rosenne says, there is “a formal distinction between the objection as a shell . . . and its material content” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 4th ed., Vol. II, 2006, p. 894). As such, it must be pronounced by the Court in the final judgment before pronouncement on the principal claim.

The treatment of such an objection that was found to be not exclusively preliminary in nature at the merits phase does not mean that the objection has been incorporated in the *meritum* of the dispute, but simply that the Court must bring decision on the objection within the merits phase as a jurisdictional issue. The ratio of the transfer of the objection from the preliminary objection phase to the merits phase is not the consequence of the change in its jurisdictional nature, but of relation to cognition of the facts, and law indispensable for a decision on an eminently jurisdictional matter. The Court itself in the 2008 Judgment stated, *inter alia*, that:

“In order to be in a position to make any findings on each of these issues, [the issue of its jurisdiction, as regards facts that occurred prior to 27 April 1992 and the issue of admissibility of the claim] *the Court will need to have more elements before it.*” (2008 Judgment, p. 460, para. 129; emphasis added.)

58.3. Such a solution is dictated, it appears, by the nature of the jurisdiction of the Court. The issue of jurisdiction is of fundamental importance for the judicial activity of the Court, being a *questio iuris* (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 76, para. 16) and a matter of the international public order (intervention of Judge M. Yovanovitch, Preliminary Session of the Court, *Preparation of the Rules of Court of 30 January-24 March 1922) P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 59; R. Monaco, “Observations sur la hiérarchie des sources du droit international”, *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für H. Mosler*, 1983, pp. 607-608).

The importance of the issue necessitates that “[t]he Court must . . . always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into

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

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

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

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

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

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



that matter *proprio motu*” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13).

Even the 2008 Judgment, which is *res iudicata* for the Court, stated in the “Conclusion” that it “will consider the preliminary objection that it has found to be not of an exclusively preliminary character *when it reaches the merits of the case*” (2008 Judgment, p. 465, para. 145; emphasis added).

58.4. The Court adjudicates on the issue of its jurisdiction through operation of the principle *compétence de la compétence*. The power of the Court to determine whether it has jurisdiction *in casu*, emanating from the general principle of *compétence de la compétence*, should be distinguished from the corresponding power of the Court to determine the extent of its jurisdiction.

The extent of jurisdiction of the Court is not a matter to be decided on the basis of the principle of *compétence de la compétence* solely as a functional norm, but on the basis of substantive norms of the Statute defining the scope of the exercise of the judicial function of the Court. In that regard, the basic norm of the consensual nature of the Court’s jurisdiction — some sort of a constitutional norm of the law of the Court, and of international tribunals as well — is of relevance.

Already in its Judgment No. 2, the Permanent Court of International Justice clearly established the limits of its jurisdiction by stating that “the Court, bearing in mind the fact that its jurisdiction is limited, that it is invariably based on . . . consent . . . and only exists in so far as this consent has been given” (*Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment No. 2, 1924, *P.C.I.J., Series A*, p. 16).

59. By deciding that, in view of the absence of genocide in terms of Article II of the Convention, there is no need for the Court to enter into consideration of the objection, the majority linked the issue of jurisdiction with the principal claim and thus made a Copernican turnaround, paradoxical in the light of the relevant rules of the law of the Court, running counter to the general rule that, without established jurisdiction, the Court not only cannot determine the case, but cannot even hear it.

The adoption of a decision on the jurisdictional issue in the merits phase is an act, indeed a condition for the determination of the principal claim.

59.1. A proper pattern of treatment of a preliminary objection not having, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character, is demonstrated in the *Land and Maritime Boundary* case. The Court, following the well-established jurisprudence on the issue, stated, *inter alia*:

“The Court would first observe that its finding in its Judgment of 11 June 1998 on the eight preliminary objection of Nigeria that that preliminary objection did ‘not have, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character’” (*I.C.J. Reports 1998*, p. 326, para. 118 (2)) requires it to deal now with the preliminary objection

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

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

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

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

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

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

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

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

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

before proceeding further on the merits. That this is so follows from the provision on preliminary objections adopted by the Court in its Rules in 1972 and retained in 1978, which provide that the Court is to give a decision

‘by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Court rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings.’ (Rules of Court, Art. 79, para. 7.)

(See *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 27-28, paras. 49-50; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 132-134, paras. 48-49; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 30, para. 40.) Since Nigeria maintains its objection, the Court must now rule on it.” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 420, para. 237.)

#### 4. Succession to Responsibility as a Purported Rule of General International Law

60. The impression is that the Court qualified succession to responsibility as a rule of general international law with amazing ease. It found that “the rules on succession . . . come into play in the present case *fall into the same category as those on treaty interpretation and responsibility of States referred to*” in the Judgment of the Court in the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, hereinafter “2007 Judgment”) (Judgment, para. 115; emphasis added).

61. The Court gives no indication of any source of international law that would vindicate the qualification that the rules of succession of States to responsibility pertain to the *corpus* of rules of general international law. Noting the arguments of the Parties concerning succession to responsibility as *status controversiae*, the Court only points to the reliance of the Applicant on

“the award of the arbitration tribunal in the *Lighthouses Arbitration between France and Greece, Claims Nos. 11 and 4*, 24 July 1956 (United

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

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

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

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

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

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

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

Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XII, p. 155; *International Law Reports (ILR)*, Vol. 23, 1956, p. 81), which stated that the responsibility of a State might be transferred to a successor if the facts were such as to make it appropriate to hold the latter responsible for the former's wrongdoing" (Judgment, para. 107).

It appears, in the light of the relevant facts, that the Court, by taking such a position, is heading precisely in the direction opposite to that contained in its own dictum in the *Fisheries Jurisdiction* case: "the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before legislator has laid it down" (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, pp. 23-24, para. 53; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 192, para. 45).

62. Arbitral jurisprudence as regards succession to responsibility offers only a few isolated decisions. Seemingly they stand on diametrically opposed positions.

The paradigm of succession to responsibility represents, in essence, the French claim in the *Agios Nikolaos* case within the *Lighthouses Arbitration* (Claim No. 11, United Nations, *RIAA*, Vol. XII, pp. 161 *et seq.* p. 190; *ILR*, Vol. 23, 1956, pp. 81 *et seq.*, pp. 88-90) in which the claim relating to the construction of lighthouses at Spada and Elaphonissi was dismissed.

The position of the arbitration was expressed in clear terms:

"In view of this division between the three parties concerned of the responsibility for the events of 1903 to 1908, the Tribunal sees no real reason to saddle, after the event, Greece, who had absolutely nothing to do with the dealings between those parties, with this responsibility, in whole or in part. Not even the part of the general responsibility for the events of 1903 to 1908 to be imputed to the autonomous State of Crete can be regarded as having devolved upon Greece. Such a transmission of responsibility is not justified in the present case either from the particular point of view of the final succession of Greece to the rights and obligations of the concession in 1923/1924 — if only for the reason that the said events took place outside the scope of the concession — or from the more general point of view of its succession in 1913 to the territorial sovereignty over Crete." (*Ibid.*, p. 89.)

The paradigm of non-succession to responsibility is expressed also in the *Brown* case in which the United States claim against Great Britain, based on succession to responsibility, was disallowed by the Anglo-

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

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

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

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

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

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

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

American Claims Commission in November 1923 (United Nations, *RIAA*, Vol. VI, p. 120).

63. The *sedes materiae* of the decision in the *Agios Nikolaos* case seems clear. The Award stated, *inter alia*:

“In the present case, we are concerned with the violation of a term of a contract by the legislative power of an autonomous island State the population of which had for decades passionately aspired to be united, by force of arms if necessary, with Greece, which was regarded as the mother country — a violation which was recognized by the State itself as constituting a breach of the concession contract, which was effected in favour of a shipping company belonging to the same mother-country, which was endorsed by the latter as if it had been a regular transaction and which was eventually continued by her, even after the acquisition of territorial sovereignty over the island in question. In these circumstances, the Tribunal can only come to the conclusion that Greece, having adopted the illegal conduct of Crete in its recent past as autonomous State, is bound, as successor State, to take upon its charge the financial consequences of the breach of the concession contract.” (*ILR*, Vol. 23, 1956, p. 92.)

The Court further stated that “the Greek Government with good reason commenced by recognizing its own responsibility” (*ibid.*).

64. In the light of the facts of the case, it appears that the qualification of the decision as the expression of the acceptance of succession to responsibility is exaggerated. For, the last fact tends to speak in favour of the perception of the responsibility of Greece as a “direct responsibility for tort of her own” (J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Part VII, 1974, p. 223). The position of the arbitral tribunal appears to be an *obiter dictum* rather than a precedent *stricto sensu*.

Besides the intrinsic reasons which make relative the scope of the decision taken in the *Agios Nikolaos* case, also relevant in the case at hand are some extrinsic reasons.

*Primo*, the *Lighthouse Arbitration* considered disputes between natural and legal persons, on the one hand, and a territorial State, on the other, disputes which, in particular in the continental legal tradition, appertain to international private law, rather than international public law. The legal basis in a dispute is provided, as a rule, by concessionary contracts. As the Court stated in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the concessionary contract signed between the Government of a State and of a foreign oil company:

“has a single purpose: the purpose of regulating the relations between that Government and the Company in regard to the concession. *It*

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

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

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

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

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

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

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

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



*does not regulate in any way the relations between the two Governments [the Government and the Company's national State] . . . The fact that the concessionary contract was reported to the Council . . . does not convert its terms into the terms of a treaty by which [a Government] is bound vis-à-vis [another Government]" (Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 112; emphasis added).*

*Secundo*, jurisdiction of arbitration courts and mixed commissions is, as a rule, based on arbitral compromises. That fact, *per se*, imposes certain limits on the scope of adopted decisions. In the *Barcelona Traction* case, the Court clearly determined its position in respect of jurisprudence of arbitration courts and mixed claims commissions as regards their impact on general international law. The Court stated:

“However, in most cases the decisions cited rested upon the terms of instruments establishing the jurisdiction of the tribunal or claims commission and determining what rights might enjoy protection; they cannot therefore give rise to generalization going beyond the special circumstances of each case. Other decisions, allowing or disallowing claims by way of exception, are not, in view of the particular facts concerned, directly relevant in the present case.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 40, para. 63.*)

*Tertio*, the jurisprudence of the Court, as a rule, does not recognize the quality of juridical precedent to decisions of arbitral tribunals.

It is pointed out that “[s]pecific references in the decisions of the Court to the jurisprudence of arbitral tribunals have in the past been extremely rare”, and “in fact partake more of the nature of a reference to State practice than that of recourse to a judicial precedent” (H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. I, 2013, p. 248).

65. In addition to cases from arbitral practice, the issue of succession to responsibility is the subject of doctrinal opinions and, in the form of an exception to the general rule, of Article 10 (2) of the International Law Commission Articles on State Responsibility.

65.1. In the light of the *status versiae et controversiae* in the case at hand — whether the FRY succeeded to alleged responsibility of the SFRY for acts and omissions contrary to the Genocide Convention — these would hardly seem applicable. The opinions expressed in that regard are a doctrinal plea for the formulation of a comprehensive doctrine of succession to responsibility rather than an all-embracing and comprehensive doctrine *per se*.

Namely, the focus of the theory of succession to responsibility is on the responsibility for delictual debts, as a rule in the relations between the

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

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

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

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

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

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

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

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

State and physical or legal personalities which possess specific characteristics. It is based on the doctrine of acquired rights (*droits acquis*), understood as the rights held by private citizens at the time of succession to sovereignty (see *German Settlers in Poland, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 6, p. 36*).

Besides the doctrine of acquired rights, the appropriate support is the passage of rights and obligations principle and the principle of international servitudes (M. J. Volkovitch, "Righting Wrongs: Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", *Columbia Law Review*, Vol. 92, 1992, pp. 2162-2214). In addition to the principles of international law, support for succession to responsibility can also be found in borrowing from internal law in the form of the principle of unjust enrichment (*ibid.*, p. 2210; P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007, p. 263).

65.2. The said principles are, by their nature, unsuitable to uphold the idea of responsibility *in personam*, such as responsibility for violation of the Genocide Convention, although they carry certain weight as regards responsibility *in rem*.

Responsibility *in personam* is too much linked with the legal identity and continuity of the State which makes it difficult to ascertain it in terms of *ipso iure* succession to responsibility without prejudice to the fundamental principles of equality and independence of States.

The legal identity and continuity of a State appears to be the powerful argument in favour of the general principle of *action personalis moritur cum persona*.

65.3. It is no coincidence that the perception of the notion of legal identity and continuity on the part of the supporters of succession to responsibility well exceeds the generally accepted meaning of that notion. It is said, *exempli causa* that: "successor States' are those nations which take over the international identity of 'Predecessor States'" (M. J. Volkovitch, *op. cit.*, p. 2164, fn. 1; emphasis added), although the notions "successor State(s)" and "predecessor State" are mutually exclusive. Or, in the elaborated concept of "shared identity", which is, in fact, the negation of legal identity and continuity as usually understood, the crucial role is given to the notion of "organic substitution", according to which, even in the case where succession took place, "organic forces" or "constitutive elements" of the predecessor State (its territory and its population) survive its disintegration, being only affected, but not extinguished (P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007, pp. 49-50). The concept implies that the successor State is equipped with an identity similar to that held by the predecessor State. Precisely "shared identity" justifies the transfer of any responsibility that existed at the time of the succession.

65.4. It appears that the concept of "organic substitution" fails to take into account the element of legal identity and continuity as the very substance of international personality in the frame of territorial changes. It

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

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

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

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

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

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

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

reduces the State to its physical attributes (territory, population), which are also possessed by territorial non-State entities devoid of the quality of subjects in terms of international law.

“Shared identity” as the product of the concept of “organic substitution” portrays new States as a specific mix of the successor State and the continuator State expressed in percentage share, because each of them possesses a part of the territory and population of the predecessor State. It contains an element of legal absurdity, which is, perhaps, best illustrated in the case when, after separation of any part(s) of its territory, the predecessor State continues to exist, both States, the predecessor State and the newly emerged successor State possess identity — the successor State with its predecessor State, whereas the predecessor State, retains its own.

To sum up, it seems clear that, in the present phase of development, succession to responsibility *in personam* is not a part of the *corpus* of general international law. Insurmountable legal obstacles lie, to use the International Law Commission explanation, in the fact that entitlement “to invoke State responsibility (exists) when an obligation owed to that State *individually* was breached” (Draft Articles on State Responsibility Adopted by the Commission on First Reading, 1996, Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May-26 July 1996, General Assembly Official Records, United Nations doc. A/51/10, in relation to Article 42 (a); emphasis in original). In the present context, *individually* means the State as an individual legal personality, equipped with its own rights and obligations.

Succession to responsibility *in personam* is not *stricto sensu* legally possible. As regards this kind of responsibility, it could be said that applicable is the parallel with “an incoming tenant [who] is bound by the obligations of his predecessor who has been evicted, or a son by the obligations of his parent” (T. Baty, “The Obligations of Extinct States”, *Yale Law Journal*, Vol. 35, 1925-1926, p. 434), at least when speaking about violations of the rules of international criminal law based on the principle of subjective responsibility. Even if responsibility of a State for acts or omissions of another State is established on the basis of consented succession to responsibility, it is not *stricto sensu* a matter of succession to responsibility as subjective, of the *intuitu personae* category, but of assuming the *consequences* of responsibility in a proper form.

5. *Rule in Article 10 (2) of the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts as a Purported Rule of General International Law*

66. In the commentary to Article 10 (2) of the Articles on State Responsibility it is stated, inter alia, that “[a]rbitral decisions, together

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

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

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

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

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

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

with *State practice and the literature*, indicate a general acceptance of the two positive attribution rules in Article 10” (J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, 2002, p. 119, para. 12).

The two positive attribution rules to which this refers are attribution of the “conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State” (para. 1 of Art. 10) and attribution of the “conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State” (para. 2 of Art. 10).

66.1. Consequently, it is a matter of two distinct rules (Counsel of Croatia said that there is “very good reason to cover both situations”) (Reply of Croatia, para. 7.54) by the practice relating to Article 10 as a whole. This position is, however, questionable in view of the differences which exist between these situations.

In case of revolutionary change of Government, the State remains the identical subject of international law, responsible on the basis of the fact that “it represented *ab initio* a changing national will, crystallizing in the fully successful result” (*Bolivar Railway Company*, United Nations, *RIAA*, 1903, Vol. IX, p. 445). Basically, its responsibility derives from the general principle underlying the rule provided by Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which stipulates that “[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”. Consequently, in the case of change of Government, responsibility of the State is genuine, does not imply any transfer of responsibility because in question is the same and identical State in terms of legal personality, a personality with unimpaired rights and obligations. In a colloquial sense, as opposed to the legal one, it is possible to speak only of a transfer of responsibility from one Government to another Government.

As regards “a movement, insurrectional or other which succeeds in establishing a new State”, the situation is entirely different. A new State is a new legal person in terms of international law, whose corpus of rights and obligations does not coincide with the rights and obligations of its parent State, but is determined on the basis of the rules of succession of States. From a legal point of view, responsibility of the new State is essentially an issue of the law of succession rather than an issue of State responsibility. Or, a combination of both. It is logical to presume that this is the reason why it is pointed out that “Article 10 concerns the special case of responsibility . . .” (J. Crawford, *op. cit.*, p. 93, para. 8).

66.2. An additional reason against the treatment of paragraphs 1 and 2 of Article 10 as a whole is of a formal nature and concerns the postulates of legal logic. Basically, such a treatment would imply analogy or extensive interpretation of paragraph 1.

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

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

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

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

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

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



Analogy and extensive interpretation, as legal vehicles, are used in case of the existence of lacunae which are thus filled in by a rule which has not originally been created for the concrete situation/or relation, or by interpretation of the existing rule as if it were created for that specific situation.

In the concrete case there are no lacunae — the conduct of “insurrectional movement which [become] a new Government” and movements “insurrectional or other, which [succeed] in establishing a new State” are regulated by two distinct rules expressed in paragraphs 1 and 2 of Article 10; hence, a rational and legal basis for the application of analogy or extensive interpretation of paragraph 1 is non-existent.

It appears, however, that the arbitral awards referred to in the Commentary to Article 10 of the Draft Articles on State Responsibility relate to different objects (the general principle of non-responsibility for rebellions (J. Crawford, *op. cit.*, p. 116); the principle that liability could be established in the case of a lack of good faith or negligence in suppressing an insurrection (*ibid.*); and, the responsibility for successful revolutionary/insurrectional movements (*ibid.*, p. 113)).

The only cases which relate to the concrete issue are stated in paragraph 14 of the Commentary (*ibid.*, p. 120), including the explanation that “more recent decisions and practice do not, on the whole, give any reason to doubt the propositions contained in Article 10”. It appears, however, that such a characterization is, in terms of law, wishful thinking rather than a respectable argument.

The decision in *Minister of Defence, Namibia v. Mwandighi* 1992 (2) seems to involve the liability of the newly independent State for actions of the predecessor State. But, it is based on a constitutional provision, Article 140 (3) of the Republic of Namibia, which states that the said Republic inherited liability for “anything done” by the predecessor State (see *ILR*, Vol. 91, 1991, p. 341).

Although based on municipal and constitutional law, the decision discussed some elements of international law. However, the position of the court at the first instance appears to be contrary to the rule contained in paragraph 2 of Article 10. The court found that “in international law a new State is not liable for the delicts committed by its predecessor” (*ibid.*, p. 353).

On appeal, the reasoning of the court was founded on constitutional interpretation exclusively (*ibid.*, p. 361).

The decision in *Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga and Others* is also of little, if any relevance, to the issue at hand. The case considered whether a contract concluded with a rebel movement seeking to overthrow the Government could be enforceable against the Government when that movement subsequently seized power. The applicant claims that the con-

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

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

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

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

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

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

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

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

tract was not illegal and that once the revolution succeeded, the actions of the revolutionary movement were validated. The Government argued that the revolutionary movement did not have any legal personality until they achieved power and thus they could not have entered into the contract and could not, at that time, have signed a contract binding on the Government of Uganda. The Judgment is based entirely on municipal contract law and does not refer to international law. It upholds the above claims of the Ugandan Government. The essential finding is that:

“It is true that for a contract to be binding it must be between persons existing at the time the contract is made: *Kelner v. Baxter* (1866) LR 2 CP 174. The case is also authority for the legal proposition that a person or persons cannot act as an agent of a non-existent principal because an act which cannot be done by a principal cannot be done by him through an agent. Again at common law there are contracts which are illegal in the sense that they are entered into to commit crimes, and they are enforceable.” (44123 *Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga and Others* (1992) 11 Kampala LR 14, pp. 20-21; *ILR*, Vol. 103, p. 259, p. 266 (High Court, Uganda).)

67. In the Commentary of the International Law Commission, together with State practice and arbitral decisions, literature is also cited as an indicator of general acceptance of the rules contained in Article 100 (J. Crawford, *op. cit.*, p. 119, para. 12).

The Commentary, however, mentions only one Article which concerns insurrectional movements which succeed in establishing a new State (H. Atlam, “International Liberation Movement and International Responsibility”, in B. Simma and M. Spinedi (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, 1987, p. 35).

The Arbitral Tribunal in the *Lighthouse Arbitration* stressed the unsatisfactory nature of the theoretical analysis of the issue, speaking, moreover, of the “chaotic state of authoritative writings” (*Lighthouses Arbitration between France and Greece, Claims Nos. 11 and 4*, 24 July 1956 (United Nations, *RIAA*, Vol. XII, p. 155; 23 *ILR* 81, p. 91). Dumberry, the author of a unique systematic work on the issue of succession to international responsibility (P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007), in concluding a comprehensive research into the responsibility of an insurrectional movement that succeeds in establishing a new State says:

“The work of the International Law Commission and doctrine has long considered as well-established principle of international law the fact

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

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

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

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

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

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

that whenever an insurrectional movement succeeds in creating a new State, the new State should be held responsible for obligations arising from internationally wrongful acts committed by the insurrectional movement against third States during the armed struggle for independence. The new State should remain responsible for acts which took place before its independence because there is a 'structural' and 'organic' continuity of the legal personality of what was then a rebel movement and what has since successfully become a new independent State.

The somehow surprising result of the research outlined here is the limited State practice which can be found in support of this principle. Thus, State practice ultimately consists of one *obiter dictum* by an internal United States compensation commission and one sentence taken from a legal opinion discussing the likely consequences arising from uncertain future events. Even the several French municipal court decisions, which held that the new State of Algeria was (in principle) responsible for the internationally wrongful acts committed by the FLN before 1960, had limited concrete implications since Algeria was in fact not a party to any of these proceedings." (P. Dumberry, "New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement", *European Journal of International Law*, Vol. 17, 2006, p. 620.)

In assessing the legal force of the Articles on State Responsibility, it should be born in mind that the International Law Commission recommended to the General Assembly simply to "take note" of these Articles, with the caveat that at a later stage the General Assembly should consider the adoption of a Convention (Report of the International Law Commission 2001, United Nations doc. A/56/10, paras. 67, 72, 73). The General Assembly followed this suggestion "without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action". It took this decision without a vote, in the Sixth Committee, as well as in the Plenary.

Consequently, the Articles on the Responsibility of States are, by their nature, closest to the doctrinary codification by a prestigious body of international lawyers such as the International Law Commission. *They have no binding force by themselves, but they can possess it indirectly via customary law to the extent to which they express it.*

General Assembly resolution 59/35 (2004) entrusted the United Nations Secretariat with the task of producing a compilation of express references to the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and their commentaries in international judicial practice (see General Assembly resolution 56/83 (2001) and General Assembly resolution 59/35 (2004)). It is an extremely important task which should demonstrate the reaction of international courts and tribunals in terms of its perception of the Articles as expressing positive law or not.

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

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

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

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

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

Even more useful in this respect is perhaps the study prepared by the British Institute of International and Comparative Law, which is considerably more extensive in its scope *ratione materiae*. It comprises not only international judicial practice, but

“it includes references to the Articles made in the separate or dissenting opinions of judges of both the International Court of Justice and other bodies . . . it aims to provide a greater amount of context to instances of express reference . . . it aims to provide some comment upon, and where appropriate, criticism of, the way in which the Articles have been applied in specific instances . . . it includes the most important instances of reliance on the Articles by domestic courts.” (Simon Olleson, *The Impact of ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Preliminary Draft, British Institute of International and Comparative Law, 2003, p. iv.)

Moreover, the study “aims to provide a survey not only of express reference to the Articles, but also to the most important judicial pronouncements (in particular those of the International Court of Justice), which, although made without express reference to the Articles, are relevant to matters falling within their subject-matter and which are therefore relevant to an assessment of the impact of the Articles since the adoption” (*ibid.*). (See also “Responsibility of States; Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies”, *Report of the Secretary-General*, United Nations doc. A/62/62 and Add. 1; D. Caron, “The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, pp. 857, 863-866, 857).

The conclusion of the study is that, contrary to the largest number of the Articles on which the jurisprudence of courts, international and national’ and the practice of States, strongly relies, in respect of Articles 10 as a whole “[t]here appears to have been no international judicial reference to Article 10” (*ibid.*, p. 95) nor any other instances referring to Article 10 (*ibid.*)

#### 6. *Applicable Substantive Law In Casu in the Light of Rules on Interpretation of Treaties*

68. Even if, *arguendo*, succession to responsibility is supposed to be a part of general international law, this would not automatically mean that it is a part of the applicable law *in casu*.

In order to be considered as such, rules on succession to responsibility must be, pursuant to Article 31 (3) (*c*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”.

69. Article IX of the Genocide Convention is a special treaty-oriented compromissory clause producing a “presumption of confinement”

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

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

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

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

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

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

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

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



(W. M. Reisman, "The Other Shoe Falls: The Future of Article 36 (1) Jurisdiction in the Light of Nicaragua", *American Journal of International Law*, Vol. 81, 1987, p. 170) in the sense that, as a jurisdictional title, it determines substantive law to be applied (positive aspect) and excludes, in principle, as applicable substantive law, other than that determined by it (negative aspect).

It can be said that this type of clause determines the *principal or primary rules* of the treaty to which the compromissory clause is attached (L. Bartels, "Jurisdiction and Applicable Law Clauses: Where Does a Tribunal Find the Principal Norms Applicable to the Case before It?" in Y. Shany and T. Broude (eds.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, 2011, pp. 117-120; M. Papadaki, "Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law to Be 'Used' in the ICJ and PCIJ", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5, 2014, pp. 573 *et passim*) which the Court applies *ad casum*. Its effects naturally derive from the consensual and limited jurisdiction of the Court.

70. The consensual and limited jurisdiction of the Court cannot but reflect upon the substantive law which the Court applies. This fact expresses the essential difference between international courts and domestic courts, the latter which, representing the State *imperium* in the judicial sphere, apply the formal sources of law *ex lege*, independently of the will of the parties. The power of the parties to limit applicable substantive rules, being a part of the Statute of the Court, possesses the constitutional character in the law governing the Court's judicial activity. The strong form of the exercise of this power is the provision of Article 38, paragraph 2, of the Statute of the Court, on the basis of which the parties can, on the basis of agreement, give the power to the Court to decide a case *ex aequo et bono*. Narrower by scope and, implicitly, by form, are jurisdictional titles granted in instruments such as compromissory clauses or special agreements.

71. The special treaty-oriented compromissory clauses do not exclude *per se* the application of the legal rules contained in sources mentioned in Article 38 of the Statute of the Court. Such exclusion would be incompatible with the judicial function of the Court as a court of law which adopts decisions in accordance with international law. Moreover, such effects are logically and legally impossible, having in mind that the Court, by applying the law referred to in a compromissory clause, acts, in fact, in accordance with the provision of paragraph 1 (a) of Article 38 of the Statute.

The effects of treaty-oriented compromissory clauses are not designed in terms of exclusion/inclusion dichotomy, but in terms of determining priority of the rules from various sources which concern or may concern the subject-matter of the dispute and of the function of the rules of international law other than the rules embodied in the treaty to which a compromissory clause is attached.

In this sense, in contrast to the principal or primary rules representing applicable substantive law *in casu*, there are incidental norms (L. Bartels,

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

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

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

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

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

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

*op. cit.*, p. 117) which comprise metanorms, constructive and conflicting norms (M. Papadaki, *op. cit.*, pp. 580-592). Metanorms imply “rules that govern the validity and interpretation of the rules of the treaty”, whereas constructive norms constitute “the logical presuppositions and the necessary logical consequences” of the principal or primary rules (D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trans. G. C. Gidel, 1929, pp. 106-107, as translated into English by M. Papadaki, *op. cit.*). Conflicting norms, for their part, concern “conflicting norm extraneous to the compromissory clause-containing treaty” whose application is a “result of the application of the metanorms of conflict resolution” like *lex specialis* or *lex posterior* whose function is, generally speaking, to determine “the interpretation, validity and applicability of any given principal norms” (L. Bartels, *op. cit.*, p. 119).

Consequently, whereas the principal norms of substantive law are linked with the subject-matter of the dispute, possessing specific normative content relevant to the adjudicative process, incidental norms have structural-functional significance which enables a proper interpretation and application of the principal norms.

72. The dichotomy of the principal/incidental norms reconciles two, *prima facie*, opposing premises — consensual and limited jurisdiction of the Court and the nature of the judicial function of the Court as an organ of international law. In the optic of this dichotomy, it seems clear that the substantive law referred to by the compromissory clause is not a self-contained regime, but a relevant part of international law as a whole operating, together with other relevant parts of international law, on the basis of a proper distribution of functions. Moreover, the normative integrity and consistency of international law is safeguarded precisely by the operation of metanorms relating to the validity of legal acts.

73. The part of jurisprudence of the Court based on special, treaty-oriented compromissory clauses, generally follows the theoretical division of primary and incidental norms, and their role in the process of determination.

A good illustration is the 2007 Judgment in the *Bosnian Genocide* case which, in respect of this particular matter, is virtually identical to the case at hand.

As regards applicable substantive law, the position of the Court is clear. The Court, *inter alia*, stated:

“The jurisdiction of the Court in this case is based solely on Article IX of the Convention. All the other grounds of jurisdiction invoked by the Applicant were rejected in the 1996 Judgment on jurisdiction (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 617-621, paras. 35-41). It follows that the Court may rule only on the disputes between the Parties to which that provision refers. The Parties disagree on whether the Court finally decided the scope and meaning of that provision in its 1996 Judgment and, if it did not, on the matters over which the Court

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

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

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

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

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

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

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

has jurisdiction under that provision. The Court rules on those two matters in following sections of this Judgment. It has no power to rule on alleged breaches of other obligations under international law, not amounting to genocide, particularly those protecting human rights in armed conflict. That is so even if the alleged breaches are of obligations under peremptory norms, or of obligations which protect essential humanitarian values, and which may be owed *erga omnes*.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I)*, p. 104, para. 147.)

In other words, the Court diagnosed applicable substantive law or the principal norms in the Genocide Convention as indicated by Article IX of the Convention, pointing out “the fundamental distinction between the existence and binding force of obligations arising under international law and the existence of a court or tribunal *with jurisdiction to resolve disputes about compliance with those obligations*” (*ibid.*, para. 148; emphasis added).

The Court, then, continues to consider applicable law *lato sensu* finding out that:

“The jurisdiction of the Court is founded on Article IX of the Convention, and the disputes subject to that jurisdiction are those ‘relating to the interpretation, application or fulfilment’ of the Convention, *but it does not follow that the Convention stands alone.*” (*Ibid.*, p. 105, para. 149; emphasis added.)

and concludes:

“In order to determine whether the Respondent breached its obligation under the Convention, as claimed by the Applicant, and, if a breach was committed, to determine its legal consequences, the Court will have recourse not only to the Convention itself, but also *to the rules of general international law on treaty interpretation and on responsibility of States for internationally wrongful acts.*” (*Ibid.*; emphasis added.)

74. It seems clear that “the rules of general international law on treaty interpretation and on responsibility of States for internationally wrongful acts”, as the rules which “stand” alongside the Genocide Convention, fully correspond with metanorms and constructive norms, respectively, as the forms of incidental or auxiliary norms (see paras. 69 and 71 above).

75. It appears clear that succession to responsibility is not a part of primary substantive law contained in the Genocide Convention. Responsibility of a State for the committed crime is a constructive norm in the

dans la négative, elles sont en désaccord sur les questions à l'égard desquelles la Cour a compétence en vertu de celle-ci. La Cour se prononcera sur ces deux questions plus loin dans le présent arrêt. Elle n'est pas habilitée à se prononcer sur des violations alléguées d'autres obligations que les Parties tiendraient du droit international, violations qui ne peuvent être assimilées à un génocide, en particulier s'agissant d'obligations visant à protéger les droits de l'homme dans un conflit armé. Il en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles et que ces obligations peuvent s'imposer *erga omnes*.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 104, par. 147.)

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

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

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

et conclut :

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

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

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

sense of “logical presuppositions and necessary logical consequences of norms established” (D. Anzilotti and G. C. Gidel, *Cours de droit international*, 1929, pp. 106-107, as translated into English by M. Papadaki, *op. cit.*) by a treaty, in the case at hand the Convention on Genocide. Or, more precisely, as a constructive norm, the rules of State responsibility are “the logical presuppositions not of the primary rules *per se*, but of their effectiveness” (M. Papadaki, *op. cit.*, p. 586). The special position of constructive norms is well-established in the jurisprudence of the Court. It is expressed in a general way in the dictum of the Court in the *Chorzow Factory* case: “Reparation . . . is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the Convention itself.” (Case concerning the *Factory at Chorzow*, *Juris-diction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 13.)

Moreover, in the Genocide Convention “responsibility” is included in the compromissory clause, which, due to the fact that responsibility is, *ex natura*, the constructive norm, possesses thus only a declaratory effect.

76. Responsibility of a State is one thing and succession to responsibility is another. Suffice it to say that, whereas the rules on responsibility are secondary rules, the rules on succession are a part of the *corpus* of primary norms whose violation entails activation of the rules on responsibility.

77. As such, supposed rules of succession to responsibility are not “relevant rules” of international law applicable *in casu*. “Relevant rules” in terms of Article 31, paragraph 3 (c), of the Vienna Convention on the Law of Treaties “can be taken as an indication that analogy to rules of international law other than *directly applicable to the subject-matter* of the case were to be excluded” (H. J. Uibopuu, “Interpretation of Treaties in the Light of International Law: Art. 31, para. 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Yearbook of the Association of Attenders and Alumni: Hague Academy of International Law*, Vol. 40, 1970, p. 4; emphasis added). “Relevant” means that the rules “concerns the *subject-matter of the treaty term at issue*” (M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, p. 433; emphasis added; see also *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 219, para. 113).

78. In the circumstances surrounding the case, two relevant conclusions can be drawn:

- (i) that the alleged rules on succession to responsibility are not primary substantive rules in the sense of the Genocide Convention; and
- (ii) that, having in mind that they are not a part of secondary rules, they do not form a legal union with the rules on responsibility so that *in casu* they do not constitute constructive norms.

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

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

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

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

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

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



79. The only possible form of succession to responsibility in the circumstances surrounding the case, could be succession to the responsibility of SFRY *ex consensu*.

On 29 June 2001, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Croatia, the Republic of Macedonia, the Republic of Slovenia and the Federal Republic of Yugoslavia, concluded in Vienna, under the auspices of the International Conference on the former Yugoslavia, an Agreement on succession issues.

The Parties have concluded the Agreement, as stated in the Preamble, “being in sovereign equality the five successor States to the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia”.

Article 1 of Annex F of the Agreement provides that “[a]ll rights and interests which belonged to the SFRY and which are not otherwise covered by the Agreement . . . shall be shared among the successor States . . .” The Article is interpreted as a provision “in favour of the transfer of the *right to reparation* from the predecessor State to the successor States”. (P. Dumberry, *op. cit.*, p. 121, fn. 293; emphasis in original).

Article 2 of Annex F stipulates:

“All claims against the SFRY which are not otherwise covered by this agreement shall be considered by the Standing Joint Committee established under Article 4 of this agreement. The successor States shall inform one another of all such claims against the SFRY.”

Sir Arthur Watts, special negotiator for succession issues, whose proposal is actually incorporated into the text of the Agreement on succession issues, indicates that

“it was understood by all concerned (at least, if it wasn’t, it should have been!) that Articles 1 and 2 of Annex F included within their scope such items of international responsibility as might exist *[sic]*, whether involving outstanding claims by the SFRY against other States (Art. 1) or outstanding claims by other States against the SFRY (Art. 2)” (P. Dumberry, *op. cit.*, p. 121, fn. 294, referring to a letter from Sir Arthur Watts on file with the author).

### 7. *The Issue of the Indispensable Third Party*

80. Even if, *arguendo qua non*, there exists a rule of general international law and *ipso iure* succession to responsibility, it seems inapplicable in the circumstances surrounding the case.

Succession to responsibility is not a simple movement of responsibility from the predecessor State towards the successor State, an automatic transfer of responsibility from old to new State(s).

It presupposes two relevant legal facts established in a proper judicial action of the Court.

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

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

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

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

L'article 2 de l'annexe F prévoit que

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

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

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

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

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

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

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

*Primo*, that the alleged genocidal acts have been committed on the territory of the Applicant; and

*Secundo*, that such acts can be attributed to the SFRY according to “criteria, standards and principles, including, in addition to common sense, national and international rules” (*YILC*, 1989, Vol. II, pp. 51-52).

Only upon establishing these legal facts can the “succession issue” be brought in focus in terms of the transfer of established responsibility of the SFRY for alleged genocidal acts to the FRY/Serbia. The issue of responsibility of the SFRY is, consequently, of the preliminary, antecedent nature in relation to the alleged responsibility of the FRY/Serbia.

81. Therefore, the alleged responsibility of the SFRY represents the very subject-matter of the decision of the Court in the dispute between Croatia and the FRY/Serbia. In that part, it appears that the Court does not have jurisdiction because, as stated by the Court in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, expressing the well-established, fundamental rule as regards its jurisdiction, “continuance of proceedings in the absence of a State whose [interests] would be ‘the very subject-matter of the decision’” is not allowed (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application for Permission to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, pp. 115-116, para. 55, referring to the case of *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France; United Kingdom and United States of America), Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 32).

The Court thus confirmed the so-called *Monetary Gold* principle which rests on the difference between the “legal interest” in a dispute and the “subject-matter” of a dispute or its part. The dictum of the Court is as follows:

“To adjudicate upon [this objection] without . . . consent would run counter to a well-established principle of international law embodied in the Court’s Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent.” (*Ibid.*)

The fact that in the present case, a third State’s legal interests would not only be affected by a decision, but would form “the very subject-matter of the decision”, does not make it possible for the Court to be authorized by Article 62 of the Statute to continue the proceedings even in the absence of the third State concerned.

Nor can Article 59 of the Statute be invoked since

“the decision of the Court in a given case only binds the parties to it and in respect of that particular case. This rule . . . rests on the assumption that the Court is at least able to render a binding decision. Where . . . the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent

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

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

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

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

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

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

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

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

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

of that third State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it” (*I.C.J. Reports 1954*, p. 33).

82. Considering that the “indispensable third party” principle derives from the fundamental principle of consent, the application of the principle *in casu* could be objected to by recalling the argument that the SFRY has given its consent to the jurisdiction of the Court by ratifying the Convention in 1948 without expressing reservation regarding Article IX of the Convention.

Such an objection would, however, be deprived of sense. The SFRY became extinct as a State in 1992 and, with the extinction of a State, all its rights and obligations cease as its own rights and obligations.

83. Moreover, the indispensable third-party rule would relate to the Republic of Macedonia up until 1 December 1991, the date of the proclamation of Macedonia as an independent State, and to Bosnia and Herzegovina up until 29 February and 1 March 1992 — the dates of the proclamation of Bosnia and Herzegovina as an independent State, because they were parts of the SFRY prior to these dates.

### III. SUBSTANTIVE LAW ISSUES

#### 1. *Relationship between the ICJ and the ICTY in respect of the Adjudication of Genocide*

84. Following the filing of the Application against the FRY in the *Bosnian Genocide* case, on the basis of Article IX of the Genocide Convention, the Court found itself on *terra incognita*. It had three possibilities at its disposal at the time:

- (i) to pronounce itself incompetent, which was, perhaps, a solution closest to the letter of the Convention, although it contained a negative connotation in terms of the Court’s judicial policy, implying that the World Court renounces making its contribution to the settlement of the disputes relating to the interpretation and application of the Convention constituting a part of *corpus juris cogentis*;
- (ii) to pronounce itself competent to entertain the case, acting as a criminal court, some kind of a judicial counterpart to the French administrative court in a dispute of full jurisdiction (*le contentieux de pleine juridiction*). Legal obstacles for the Court to act in such a way do not exist. As a court of general jurisdiction it was in a position, like the courts in the continental judicial system which does not know the strict division into criminal and civil courts, to treat the issue of individual criminal responsibility for genocide as a preliminary part of the issue of the responsibility of a State for genocide. This possibility is additionally strengthened, representing even, in the light of logic and legal considerations, the most appropriate solution, in the frame

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

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

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

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

### III. QUESTIONS DE DROIT MATÉRIEL

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

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

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

of the dictum of the Court that a State, too, can commit genocide (2007 Judgment, pp. 113-114, paras. 166-167); or,  
 (iii) to opt for a middle-of-the-road position, limiting itself to the issue of State responsibility, without entering, at least not directly, into the area of individual criminal responsibility. Such position is essentially based on the dichotomy of individual criminal responsibility for the committed act of genocide/State responsibility, in terms of the general rules of responsibility of a State for wrongful acts. The logic of dichotomy *in concreto* implies, or may imply, the establishment of a jurisprudential connection with the ICTY judgments. Judge Tomka, in his separate opinion to the 2007 Judgment, outlined the rationale of this connection in [these] terms:

“The International Court of Justice has no jurisdiction over the individual perpetrators of those serious atrocities. Article IX of the Genocide Convention confers on the Court jurisdiction to determine whether the Respondent complied with its obligations under the Genocide Convention. In making this determination in the present case, the Court was entitled to draw legal consequences from the judgments of the ICTY, particularly those which dealt with charges of genocide or any of the other acts proscribed in Article III. Only if the acts of the persons involved in the commission of such crimes were attributable to the Respondent could its responsibility have been entailed.

The activity of the Court has thus complemented the judicial activity of the ICTY in fulfilling the Court’s role in the field of State responsibility for genocide, over which the ICTY has no jurisdiction. Hopefully, the activities of these two judicial institutions of the United Nations, the Court remaining the principal judicial organ of the Organization, contribute in their respective fields to their common objective — the achievement of international justice — however imperfect it may be perceived.” (*Ibid.*, separate opinion of Judge Tomka, p. 351, para. 73.)

85. It appears that the Court opted for this third possibility and applied it both in the *Bosnian Genocide* case and in the case at hand.

It seems that the reasons underlying the choice of the Court for the third option are dual — positive and negative.

The main positive reasons could be the following:

- *primo*, the crime of genocide, due to its specific collective nature, entails cumulatively the responsibility of individuals and that of the State;
- *secundo*, it respects both the competence of the ICTY and the limitations on the judicial activity of the Court, which is, true, relatively limited to dealing with international responsibility for genocide;

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

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

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

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

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

Les principales raisons positives seraient celles-ci :

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



- *tertio*, enabling interconnecting international jurisdictions relating to genocide for the purpose of “[u]nity of substantive law as a remedy for jurisdictional fragmentation” (E. Cannizzaro, “Interconnecting International Jurisdictions: A Contribution from the Genocide Decision of the ICJ”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2007);
- *quarto*, opening space for “integrating the mandate and methodologies of international courts” (D. Groome, “Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, 2008, p. 976).

The negative reasons relate to the capability of the Court, in practical terms, to act as a criminal court and the avoidance of competing jurisdiction with the fellow court — the ICTY.

Although the Court “can and does have much to say on matters of criminal justice” (K. J. Keith, “The International Court of Justice and Criminal Justice”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, 2010, p. 895), its proper judicial activity in genocide cases calls for institutional and methodological accommodation, in particular as regards evidential matters. It appears that the Court considered competing jurisdiction with the ICTY undesirable, not only because of the problems of principle regarding competing jurisdiction in the legal environment of the international community which does not know the judicial system *stricto sensu*, but also because of the fact that the ICTY was established by the Security Council on the basis of Chapter VII of the Charter of the United Nations.

86. In principle, “interconnection” with a specialized tribunal such as the ICTY can be desirable and productive for the International Court of Justice. However, it must not ignore the substantial differences between the two bodies and the proper effects deriving from these differences.

The differences are many and range from those of a judicial nature and concerning the adjudicative function to judicial reasoning.

86.1. The International Court of Justice is a “World Court”, established in accordance with a general multilateral treaty as the principal judicial organ of the United Nations.

Although a principal organ of the United Nations, co-existing with the other principal organs of the world organization on the basis of Article 7, paragraph 1, of the Charter, the International Court of Justice is primarily the “principal judicial organ” (UN Charter, Art. 92), and “[t]he formula ‘principal judicial organ’ stresses the independent status of the Court in the sense that it is not subordinate or accountable to any external authority in the exercise of its judicial functions” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 2006, 4th ed., Vol. I, p. 141).

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

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

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

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

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

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

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

The ICTY, for its part, is a specialized, criminal tribunal established by resolution 827 of the Security Council, whose competence is limited in all relevant aspects — *ratione materiae*, *ratione personae* and *ratione loci* — representing, basically, an “*ad hoc* measure” aiming to “contribute to the restoration and maintenance of peace” (UN Security Council resolution 827, doc. S/RES/827, 25 May 1993, Preamble) or, promoting the idea of selective justice *versus* universal justice as inherent in the very essence of law and the judiciary. In the light of that fact, the ICTY has, actually, been established as a subsidiary organ of the Security Council, which is also reflected, *inter alia*, in its function according to Security Council resolution 827 (see para. 86.2 below). It raises the question of its legitimacy, to which no proper legal answer has been provided to this day. The ICTY itself, in the *Tadić* case, reacting to the argument of the defence that the tribunal was “not established by law”, as required, *inter alia*, by the International Covenant on Civil and Political Rights, pointed out that, in terms of the principle of *competence de la competence*, it had the inherent jurisdiction to determine its own jurisdiction (*Tadić*, IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paras. 18-19).

The position taken by the Appeals Chamber can hardly be considered satisfactory, for at least two reasons.

*Primo*, the principle of *competence de la competence* is not an omnipotent principle capable of transforming illegitimacy into legitimacy, illegality into legality or vice versa. It is simply a basic functional and structural principle inherent in any adjudicatory body, whether a regular court or any other body possessing adjudicatory powers. The principle is, as pointed out by United States Commissioner Gore in the *Betsey* case, “indispensably necessary to the discharge of any . . . duties” for any adjudicatory body (J. B. Moore (ed.), *International Adjudications, Ancient and Modern, History and Documents*, Modern Series, Vol. IV, p. 183).

As such, the principle of *competence de la competence*, operating within the particular judicial structure, is neutral as regards the legitimacy or illegitimacy of the adjudicating body.

*Secundo*, even, if *arguendo*, the principle of *competence de la competence* is capable of serving as a basis of legitimacy of the ICTY, the finding of the Appeals Chamber in the *Tadić* case does not appear sufficient in that regard in the light of the fundamental principle — *nemo iudex in causa sua*. The proper *forum* for a proper assessment of legitimacy of the ICTY is the ICJ which, however, avoided explicit pronouncement in that regard (some other models of judicial review and of UN constitutional interpretation are also possible, see J. Alvarez, “Nuremberg Revisited: The *Tadić* Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 7, 1996, p. 250).

86.2. The differences as regards adjudicatory functions between the ICJ and the ICTY are particularly evident in relation to international peace and security.

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

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

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

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

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

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

The activity of the ICTY is strongly linked with international peace and security.

Security Council resolution 827, establishing the ICTY, proceeded from the qualification that the situation in the territory of the former Yugoslavia “constitute[d] a threat to international peace and security” and that the establishment of the Tribunal “would contribute to the restoration and maintenance of peace” (UN Security Council resolution 827, doc. S/RES/827, 25 May 1993, Preamble). The Appeals Chamber, in the *Tadić* case, concluded that “the establishment of the International Tribunal falls squarely within the powers of the Security Council under Article 41” (*Tadić*, IT-94-1, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 36; emphasis added) (as an aside, such a conclusion could be controversial in light of the provision of Article 41 of the Charter, which *a limine* enumerates the powers of the Security Council proving that measures “may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations”). The conclusion in *Tadić* has been substantiated in the *Milošević* case in which the Trial Chamber found that the establishment of the International Tribunal “is, in the context of the conflict in the country at that time, *pre-eminently a measure to restore international peace and security*” (*Milošević*, IT-02-54, Trial Chamber, Decision on Preliminary Motions of 8 November 2001, para. 7; emphasis added).

The instrumental nature of the ICTY is not a subjective perception of the Tribunal itself, but derives from the act by which it has been established. Resolution 827 provides, *inter alia*, that the establishment of the Tribunal, “in the particular circumstances of the former Yugoslavia”, as “an *ad hoc* measure by the Council” (UN Security Council resolution 827, doc. S/RES/827, 25 May 1993, Preamble). Such perception of the nature of the Tribunal is also reflected in the timing of the establishment of the Tribunal by the Security Council. May 1993 was the apex of the conflict in the former Yugoslavia, so that the establishment of the Tribunal was a part of international peace operations backed by the authority and enforcement power of the Security Council. Therefore, it can be said that

“the overall purpose of the tribunals [ICTY and ICTR] coincides with other forms of humanitarian intervention with respect to humanitarian concern for victims in conflict-ridden areas. The ICTY’s relationship with peacekeeping forces in Bosnia-Herzegovina during the Bosnian war indicates a critical juncture of judicial organs with military forces.” (H. Shinoda, “Peace-Building by the Rule of Law: An Examination of Intervention in the Form of International Tribunals”, *International Journal of Peace Studies*, Vol. 7, 2002.)

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

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

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

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

As such, the ICTY essentially represents a “non-military form of intervention by the international community” (*International Journal of Peace Studies*, Vol. 7, 2002, p. 15).

Although there exists an indisputable *nexus* between law and peace, the instrumental role of the adjudicatory body in the establishment of peace hardly represents an inherent feature of judicial activity of the court of law. At least of the International Court of Justice.

Restoration of peace is pre-eminently a political matter achieved by way of measures which are *stricto sensu* non-legal or extra-legal. The notions of “peace” and “justice” do not necessarily coincide. More often than not, peace is achieved by means of unjust solutions. Moreover, law can even be an obstacle to the attainment of peace, as is shown by peace treaties. If the rules of the law of treaties were to be respected as regards peace treaties, the peace achieved through peace treaties could not be legally established because, as a rule, it is based on superiority on the battle-field; which is, in terms of the law of treaties, the essential lack of consent (*vice de consentement*).

The international practice

“has developed two principal methods for settling international affairs and for dealing with international disputes. One is purely political. The other is legal. There are degrees of shading off between them, and various processes for the introduction of different types of third-party settlement. Because of this fundamental difference between the two approaches of settling international disputes, analogies from one to the other are false.” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court: 1920-2005*, 2006, 4th ed., pp. 4-5.)

The role of the Court is manifested in its “bolstering of the structure of peace . . . through its advisory opinions, [as well as through judgments] through the confidence which it inspired, and through the encouragement which it gave to the extension of the law of pacific settlement, rather than through its disposition of particular disputes” (M. Hudson, *International Tribunals: Past and Future*, 1944, p. 239).

86.3. It seems understandable that such a position of the Tribunal is also reflected in its judicial reasoning. In the interpretation of relevant legal rules, the Tribunal strongly, even decisively, relies on the respective interpretation of the Security Council and that of the chief administrative officer of the world Organization — the Secretary-General of the United Nations. By reasoning in this way, the Tribunal in fact conducts itself loyally towards its founder. There can be no objection to that in the light of the circumstances surrounding the establishment and adjudicatory function of the ICTY, but the question posed is whether such an approach fits within the standards of judicial reasoning of the Court.

86.3.1. In the *Blaškić* case, the Tribunal found the decisive argument relating to “existing international humanitarian law” in the assertions of

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

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

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

La pratique internationale

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

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

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

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



the Security Council and the Secretary-General of the United Nations. The Tribunal stated *inter alia*:

“It would therefore be wholly unfounded for the Tribunal to now declare unconstitutional and invalid part of its jurisdiction which the Security Council, with the Secretary-General’s assent, has asserted to be part of existing international humanitarian law.” (*Blaškić*, IT-95-14, Trial Chamber, Decision on the defence motion to strike portions of the amended indictment alleging “failure to punish” liability of 4 April 1997, para. 8.)

86.3.2. The Tribunal found that in cases where there is no manifest contradiction between the Statute of the ICTY and the *Report of the Secretary-General* “the Secretary-General’s Report ought to be taken to provide an authoritative interpretation of the Statute” (*Tadić*, IT-94-1, Appeal Judgment, 15 July 1999, para. 295).

86.3.3. The Tribunal is inclined to attach decisive weight to interpretative declarations made by Security Council members:

“In addressing Article 3 the Appeals Chamber noted that where interpretative declarations are made by Security Council members and are not contested by other delegations ‘they can be regarded as providing an authoritative interpretation’ of the relevant provisions of the Statute. Importantly, several permanent members of the Security Council commented that they interpret ‘when committed in armed conflict’ in Article 5 of the Statute to mean ‘during a period of armed conflict’. These statements were not challenged and can thus, in line with the Appeals Chamber Decision, be considered authoritative interpretations of this portion of Article 5.” (*Tadić*, IT-94-1, Trial Judgment, 7 May 1997, para. 631.)

### 1.1. *The need for a balanced and critical approach to the jurisprudence of the ICTY*

87. The presented reasons require a balanced and critical approach to the jurisprudence of the ICTY as regards genocide. Balanced in the sense of a clear distinction between factual and legal findings of the Tribunal.

#### 1.1.1. *Factual findings of the ICTY*

88. The factual findings of the Tribunal are a proper point for the establishment of interconnection between two international jurisdictions which relate to genocide.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The methodology and techniques of a specialized, criminal judicial body constitute the basis of the high quality of factual findings of the Tribunal. The Court took cognizance of this, having found in the *Bosnian Genocide* case that it “should in principle accept as highly persuasive relevant findings of fact made by the Tribunal at trial” (2007 Judgment, p. 134, para. 223). The heavy reliance on factual findings of the Tribunal is, moreover, based on a formal, and not a substantive, criterion. This clearly derives from the pronouncement that “the Court cannot treat the findings and determinations of the Trial Chamber as being on an equal footing with those of the Appeals Chamber. In cases of disagreement, it is bound to accord greater weight to what the Appeals Chamber Judgment says” (Judgment, para. 471). In this sense, the position of the Tribunal as regards claims made by the Prosecutor can also be mentioned. The Court stated in a robust way that “as a general proposition the inclusion of charges in an indictment cannot be given weight” (2007 Judgment, p. 132, para. 217). The proposition has been mitigated in the present Judgment by the qualification that “the fact that the ICTY Prosecutor has never included a count of genocide in the indictments in cases relating to Operation Storm does not automatically mean that Serbia’s counter-claim must be dismissed” (Judgment, para. 461).

89. Reliance on ICTY factual findings must have precise limits. It cannot be considered as a formal verification of factual findings of the Tribunal nor as a simple rejection based on formal criteria.

Instead of a formal criterion, a substantive one must be applied with a view to the proper assessment of the factual finding of the Tribunal in accordance with the standards of judicial reasoning of the Court.

In addition to the general reasons which necessitate such an approach in the case at hand, of relevance could also be an additional reason which relates to the alleged connection between the institution of proceedings before the Court by Croatia and the treatment of Croatian citizens before the Tribunal, as claimed by Professor Zimmermann (CR 2014/14, p. 11). This claim was ultimately left unanswered by Croatia, nor has it been answered by the ICTY itself, despite it having been made publicly in the Court’s Great Hall of Justice.

#### 1.1.2. *Legal findings of the ICTY*

90. In contrast to factual findings of the ICTY, the treatment of its legal findings which relate to genocide needs to be essentially different. The Court should not allow itself to get into the position of a mere verifier of legal findings of the Tribunal. For, it would thus seriously jeopardize its judicial integrity and, even, the legality of its actions in the disputes regarding the application of the Genocide Convention.

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

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

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

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

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

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

A number of cogent considerations necessitate a critical approach to the legal findings of the Tribunal.

90.1. In dealing with the disputes relating to genocide on the basis of Article IX of the Genocide Convention, the Court is bound to apply only the provisions of the Convention as the relevant substantive law. In that regard, the Judgment states *expressis verbis*:

“since Article IX provides for jurisdiction only with regard to ‘the interpretation, application or fulfilment of the Convention, including . . . the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III’, *the jurisdiction of the Court does not extend to allegations of violations of the customary international law on genocide*. It is, of course, well established that the Convention enshrines principles that also form part of customary international law. Article I provides that ‘[t]he Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law’. The Court has also repeatedly stated that the Convention embodies principles that are part of customary international law. That was emphasized by the Court in its 1951 Advisory Opinion . . .

That statement was reaffirmed by the Court in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment, *I.C.J. Reports 2007 (I)*, pp. 110-111, para. 161).” (Judgment, para. 87; emphasis added.)

The position of the ICTY as regards applicable substantive law seems different.

In its judgment in the *Krstić* case, which served as the basis for the Court’s conclusion that genocide was committed in Srebrenica, the Trial Chamber stated that it “must interpret Article 4 of the Statute taking into account *the state of customary international law at the time the events in Srebrenica took place*” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, para. 541; emphasis added).

The Trial Chamber referred to a variety of sources in order to arrive at the definition of genocide that it applied:

“The Trial Chamber first referred to the codification work undertaken by international bodies. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide . . . whose provisions Article 4 adopts *verbatim*, constitutes the main reference source in this respect. Although the Convention was adopted during the same period that the term ‘genocide’ itself was coined, the Convention has been viewed as codifying a norm of international law long recognized and which case law would soon elevate to the level of a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). The Trial Chamber has interpreted the Convention pursuant to the general rules of interpretation of treaties laid down in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention

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

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

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

La Cour a repris cet énoncé dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 110-111, par. 161). » (Arrêt, par. 87 ; les italiques sont de moi.)

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

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

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

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

on the Law of Treaties. As a result, the Chamber took into account the object and purpose of the Convention in addition to the ordinary meaning of the terms in its provisions. As a supplementary means of interpretation, the Trial Chamber also consulted the preparatory work and the circumstances which gave rise to the Convention. Furthermore, the Trial Chamber considered the international case law on the crime of genocide, in particular, that developed by the ICTR. The Report of the International Law Commission (ILC) on the Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind received particular attention. Although the report was completed in 1996, it is the product of several years of reflection by the Commission whose purpose was to codify international law, notably on genocide: it therefore constitutes a particularly relevant source for interpretation of Article 4. The work of other international committees, especially the reports of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the UN Commission on Human Rights, was also reviewed. Furthermore, the Chamber gave consideration to the work done in producing the Rome Statute on the establishment of an international criminal court, specifically, the finalized draft text of the elements of crimes completed by the Preparatory Commission for the International Criminal Court in July 2000. Although that document post-dates the acts involved here, it has proved helpful in assessing the state of customary international law which the Chamber itself derived from other sources. In this regard, it should be noted that all the States attending the conference, whether signatories of the Rome Statute or not, were eligible to be represented on the Preparatory Commission. From this perspective, the document is a useful key to the *opinio juris* of the States. Finally, the Trial Chamber also looked for guidance in the legislation and practice of States, especially their judicial interpretations and decisions.” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, para. 541; footnotes omitted.)

90.2. It appears that the fact that Article 4 of the ICTY Statute *ad verbatim* reproduces Articles II and III of the Genocide Convention does not automatically mean that the law of genocide as contemplated by the ICTY Statute is equivalent to the law of genocide established by the Convention. Article 4 of the Statute is but a provision of the Statute, which is itself a unilateral act of one of the political organs of the United Nations. As such, the provision cannot change its nature simply by reproducing the text of Articles II and III of the Convention, without any *renvoi* to the Genocide Convention. Consequently, interpretation of Article 4 of the Statute on the basis *inter alia* of the *travaux préparatoires* of the Convention, on which the ICTY amply draws, is essentially misleading. It reflects the difference in judicial reasoning between the ICJ and the ICTY (see, para. 86.3 above).

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

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



90.2.1. The interpretation of relevant provisions of the Convention can, however, be one thing and the application of these provisions quite another. Thus, the interpretation provided in paragraphs 87 and 88 of the Judgment appears to be in discrepancy with the positions of the Court in the *Bosnian Genocide* case, which, as the first case alleging acts of genocide dealt with by the International Court of Justice, represents some sort of a judicial parameter in genocide cases before the Court.

In the *Bosnian Genocide* case, *conclusio* of the Court that genocide was committed in Srebrenica was based on the ICTY judgment in the *Krstić* case, (2007 Judgment, pp. 163-166, paras. 292-297) which was decided by the ICTY on the basis of “customary international law at the time the events in Srebrenica took place” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, para. 541).

91. In connection with “customary law of genocide”, two legal questions are posed which, due to their specific weight, transcend the question of customary law of genocide, affecting the very understanding of custom, as one of the main sources of international law, and the relationship between the Genocide Convention and customary law emerging, or which could merge, following the adoption of the Convention.

91.1. The ICTY perception of custom as a source of international law is highly innovative, going well beyond the understanding of custom in the jurisprudence of the ICJ.

According to the well settled jurisprudence of the ICJ, which follows the provision of its Statute referring to “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” (Art. 38, para. 1 (b)), custom is designed as a source based on two elements: general practice and *opinio iuri sive necessitatis*. As it pointed out in the *Nicaragua* case: “[b]ound as it is by Article 38 of its Statute . . . the Court may not disregard *the essential role played by general practice*” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 97-98, para. 184; emphasis added).

The jurisprudence of the ICTY generally moves precisely in the opposite direction, giving the predominant role to *opinio juris* in the determination of custom (G. Mettraux, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, p. 13, fn. 4) and, thus, showing a strong inclination towards the single element conception of custom!

In doing so, it considers *opinio juris* in a manner far removed from its determination by the Court. For, in order “to constitute the *opinio juris* . . . two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it” (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of*

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

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

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

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

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

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

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

*Germany/Netherlands*), *Judgment*, *I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77). *Opinio juris* cannot be divorced from practice because “[t]he Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 98, para. 184).

The ICTY has often satisfied itself with “extremely limited case law” and State practice (A. Nollkaemper, “The Legitimacy of International Law in the Case Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia” in: T. A. J. A. Vandamme and J. H. Reestman (eds.), *Ambiguity in the Rule of Law: The Interface between National and International Legal Systems*, 2001, p. 17).

A large part of law qualified by the ICTY as customary law is based on decisions of municipal courts (A. Nollkaemper, “Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY” in G. Boas and W. A. Schabas (eds.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, 2003, p. 282) which are of a limited scope in the jurisprudence of the Court (H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. I, 2013, p. 248). In the case concerning *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, the Permanent Court stated that national judicial acts represent “facts which express the will and constitute the activities of States” (*Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 19).

91.2. Hidden under the surface of the general characteristic of the ICTY’s approach to customary law, which is dubious per se, is incoherence and subjectivism. It has been well noted that differently-composed Chambers of the ICTY have utilized different methods for identifying and interpreting customary law, even in the same case, including simply referring to previous ICTY decisions themselves as evidence of a customary rule (N. Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, 2014, p. 117). In addition, the ICTY has failed to consistently and rigorously address the concepts of State practice and *opinio juris* by, *inter alia*, failing to refer to evidence of either, referring merely to the bulk existence of national legislation as evidencing custom without addressing *opinio juris* or framing policy or “humanity” related rationales as *opinio juris* (*ibid.*, p. 118).

92. The establishment of customary law in the ICTY resembles in many aspects a quasi-customary law exercise based on deductive reasoning driven by meta-legal and extra-legal principles. As can be perceived “many a Chamber of the *ad hoc* Tribunals have been too ready to brand norms as customary, without giving any reason or citing any authority for that conclusion” (G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, p. 15). This has resulted in judicial law-making through purposive, adventurous interpretation (M. Swart, “Judicial Law-Making

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

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

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

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

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

at the *Ad Hoc* Tribunals: The Creative Use of Sources of International Law and ‘Adventurous Interpretation’”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 70, 2010, pp. 463-468, 475-478), although, according to the Secretary-General, on the establishment of the ICTY, the judges of the Tribunal could apply only those laws that were beyond doubt part of customary international law (UN Security Council, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993)*, United Nations doc. S/25704, 3 May 1993, para. 34). Being in substantial conflict with custom, as perceived by the ICJ, the ICTY perception of custom, applied in its jurisprudence, opens the way to a fragmentation of international criminal law and, even, general international law (see G. Mettraux, *op. cit.*, p. 15 citing *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3).

93. It is customary law to which is usually attributed the dynamic capacity in the development of treaty law, both as regards the scope of the established obligation and as regards its content. The question of modification of the substantive rules of the Convention in the form of custom is, as a rule, a neglected question although it seems to be of far-reaching importance.

Is custom capable of modifying a rule which belongs to *corpus juris cogentis*?

Given the inherent characteristics of customary law, on the one hand, and legal force of the rules of *corpus juris cogentis*, on the other, the answer to this question is necessarily negative.

The other side of the flexibility of custom, as a positive characteristic from the aspect of the creation of peremptory norms, is the fact that customary rules, as a rule, come into existence slowly and painstakingly. This fact, besides the vagueness and imprecision of custom, is a big handicap in relation to an international treaty, in particular at a time of rapid and all-embracing changes in the overall set of relations regulated by international law. In the words of Friedmann, “custom is too clumsy and slow moving a criterion to accommodate the evolution of international law in our time” (W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 122).

Precisely because of this, the advantages of custom as a source of existing peremptory norms of general international law represent, at the same time, and in certain cases, also a difficulty, if not an obstacle, to the formulation of new peremptory norms or the modification of those already in existence.

94. Namely, the very mechanism of the creation of an international customary rule by way of permanent, continual repetition of certain behaviour, coupled with the *opinio juris*, is certainly not in full harmony with the status enjoyed by the peremptory norm of general international law; in particular in relation to consequences inherent in such a norm in relation to contrary acts undertaken by a State or a group of States. The

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

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

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

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

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

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

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

customary rule implies certain regularity as a characteristic of particular forms of behaviour which constitute the being of the material element of custom; a regularity on the basis of which the subjects of international law perceive this practice as an expression of the obligatory rule of conduct. On the other hand, such regularity should have overall scope, that is, it must be included, directly or indirectly, in the practice of the overwhelming majority of member countries of the international community. In view of the fact that the custom came into being diffusely, general practice is achieved through the accumulation of varied individual and common behaviours and acts (see Special Rapporteur M. Wood, “Second report on identification of customary international law”, International Law Commission, doc. A/CN.4/672, 22 May 2014).

However, it follows from the character of a norm of *jus cogens* that all acts which are contrary to it are null and void *ab initio*. In other words, such practice does not possess legal validity; therefore it cannot represent a regular form of the coming into existence of a norm of *jus cogens superveniens* in the matter which is already covered by the cogent régime.

95. The inherent incapability of custom to modify the existing rule of *jus cogens* has been diagnosed in a subtle way by the International Law Commission. In the commentary to Draft Article 50 (Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), the Commission, having found that “it would be clearly wrong to regard even rules of *jus cogens* as immutable and incapable of modification . . .”, concludes that “a modification of a rule of *jus cogens* would today most probably *be effected through a general multilateral treaty . . .*” (United Nations Conference on the Law of Treaties, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, Adopted by the International Law Commission at Its Eighteenth Session”, First and Second Sessions, Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969, Official Records, Documents of the Conference, p. 68, para. 4; emphasis added).

Only “instant custom” would possess the proper capacity for modification of an existing *jus cogens* rule, a conception of custom that has not become part of positive law.

96. The perception of customary law developed by the ICTY is highly destructive as regards the normative integrity of international law. Being essentially a subjective perception of customary law divorced from its deeply rooted structure which derives from the Statute of the Court as part of the international *ordre public*, actually a judicial claim of custom contradictory not only *per se* but also *in se*, it generates diversity in the determination of customary law, including the rules of *jus cogens* of a customary nature.

97. It can be qualified as the most serious challenge to the construction of customary law in the recent history of international law. Reducing “general practice” to isolated judgments of national courts or, even, to statements in the United Nations Security Council and deriving *opinio juris* from these acts, or, going even further, simply asserting that a certain rule is of a customary nature, not only contradicts the positive-legal conception of custom reflected in the jurisprudence of the Court, but also trivial-

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

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

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

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

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

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



izes the will of the international community as a whole as the basis of obligations in international law, in particular obligations of a customary nature. In sum, the ICTY's perception of customary law as a demonstration of judicial fundamentalism would seem to incarnate Lauterpacht's metaphor of custom as a metaphysical joke (H. Lauterpacht, "Sovereignty over Submarine Areas", *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, p. 394).

The dangers of the ICTY's perception of customary law can hardly be overestimated. The effects of such a perception are not limited to the judicial activity of the ICTY and other *ad hoc* bodies. For a number of reasons, including, *inter alia*, the inclination to deductive reasoning based on meta-legal and, even, extra-legal considerations, not even the Court is immune to such perception.

98. Furthermore, the pronouncement of the Court that a customary law of genocide existed before the adoption of the Genocide Convention is unclear (see Judgment, paras. 87 and 88). The arguments on which relies the *conclusio* of the Court are not excessively persuasive. The arguments of the Court are basically: (i) that it is "well established that the Convention enshrines principles that also form part of customary international law"; and (ii) that Article I provides that "the Contracting Parties confirm that genocide . . . is a crime under international law" (Judgment, para. 87).

98.1. As far as the first argument is concerned, it is, in fact, a strong assertion which lacks precision and proper evidence. In its 1951 Advisory Opinion, the Court rightly found "denial of the right of existence of entire human groups", which is *genus proximum* of genocide, contrary "to moral law and to the spirit and aims of the United Nations" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23; emphasis added). It appears that, in the opinion of the Court, "the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations . . .", in essence, "most elementary principles of morality" (*ibid.*).

Apart from the question as to whether there is equivalency between legal principles *stricto sensu* and "moral law" or the "most elementary principles of morality", it appears that the latter are the guiding principles for the creation of legal rules on genocide, rather than legal rules per se. The term "customary law on genocide" necessarily implies only rules or rules and principles. Principles, no matter how fundamental they can be, cannot per se constitute any law whatsoever, including in respect of the law on genocide. Or, at least, not operational law or law in force.

98.2. The second argument is based on the meaning of the word "confirm". As it is only possible to confirm something that exists, the Genocide Convention would express the already constituted law of genocide or, in a technical sense, it would represent codification of customary law of genocide.

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

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

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

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

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

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

However, there may be a different interpretation. For, it seems that the subject of “confirmation” is something else and not customary law of genocide.

On 11 December 1946, the United Nations General Assembly adopted resolution 96 (I) on the Crime of Genocide which, *inter alia*:

“Affirms that *genocide is a crime under international law* which the civilized world condemns, and for the commission of which principals and accomplices — whether private individuals, public officials or statesmen, and whether the crime is committed on religious, racial, political or any other grounds — are punishable” (emphasis added).

The Preamble of the Genocide Convention states, *inter alia*, that “the Contracting Parties, having considered *the declaration* made by the General Assembly of the United Nations in its resolution 96 (I) dated 11 December 1946 *that genocide is a crime under international law*” (emphasis added).

It could be said that the relation between resolution 96 (I) and the Genocide Convention is the embryo of the two-phase legislative activity which *tractu temporis* turned into a model for the creation of general multilateral treaty regimes in United Nations practice (*exempli causa*, General Assembly resolution 1962 (XVIII), Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, 13 December 1963; Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies 1967; General Assembly resolution 217 (III), A Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948; International Covenant on Civil and Political Rights 1966; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966). In this model, resolutions of the United Nations General Assembly, adopted unanimously or by the overwhelming majority, declare the general principles relating to the particular subject, these principles become part of international public policy, and are finally transformed into binding legal rules in the form of general international treaty, thus constituting what has been referred to by Judge Alvarez as “international legislation” (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, dissenting opinion of Judge Alvarez, p. 49).

99. If, *arguendo*, customary law of genocide existed before the adoption of the Genocide Convention, it is unclear on what practice, in particular general practice, it was based? The Court did not indicate any evidence of the corresponding practice before the adoption of the Convention.

Moreover, the question may be posed why the corresponding practice, if it was constituted, was not respected by the Nuremberg and the Tokyo

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

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

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

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

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

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

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

Tribunals which were established precisely at the time when that practice must have been constituted?

Does the thesis that customary law of genocide existed before the adoption of the Convention suggest that the Nuremberg and the Tokyo Tribunals were unaware of/it or did they, perhaps, intentionally ignore it?

### 1.2. *Compromising effects on the Court's jurisprudence on genocide*

100. Uncritical acceptance of the legal findings of the ICTY, essentially its verification, could result in compromising the determination of the relevant rules of the Genocide Convention by the Court.

There exists a reason of an objective nature which produces, or may produce, a difference between the law of genocide embodied in the Genocide Convention and the law of genocide applied by the *ad hoc* tribunals.

The law applied by the ICTY as regards the crime of genocide cannot be considered equivalent to the law of genocide established by the Convention. In this regard, the jurisprudence of the ICTY can be said to be a progressive development of the law of genocide enshrined in the Convention, rather than its actual application. Article 4 of the ICTY Statute is but a provision of the Statute as a unilateral act of one of the main political organs of the fact that it does not contain any *renvoi* to the Genocide Convention, the provision cannot change its nature simply by reproducing the text of Article II of the Convention.

101. It is not surprising therefore that in the jurisprudence of the Court as regards the law on genocide there exist a discrepancy between the interpretation of the relevant provisions of the Convention expressing as a rule the letter of the Convention, and its application based on *in toto* acceptance of the ICTY's decision, that goes in the other direction.

I shall give two examples that concern the crucial provisions of the Convention.

102. The first example relates to the nature of the destruction of the protected group.

The Court notes that, in the light of the *travaux préparatoires*, the scope of the Convention is limited to the physical and biological destruction of the group (Judgment, para. 136). The finding is consistently implemented in the Judgment as a whole.

*Exempli causa* the Court considers that,

“in the context of Article II, and in particular of its *chapeau* and in light of the Convention's object and purpose, the ordinary meaning of ‘serious’ is that the bodily or mental harm referred to in subparagraph (b) of that Article must be such as to contribute to the physical or biological destruction of the group . . .” (*ibid.*, para. 157, see also paras. 160, 163).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi, la Cour se dit d'avis que,

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

103. However, “destruction” as applied by ICTY in the *Krstić* and *Blagojević* cases, is a destruction in social terms rather than in physical and biological terms.

In the *Krstić* case the Trial Chamber found, *inter alia*, that the destruction of a sizeable number of military aged men “would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Judgment, 2 August 2001, para. 595), since “their spouses are unable to remarry and, consequently, to have new children” (*ibid.*, Appeal Judgment, 19 April 2004, para. 28). Such a conclusion, reflects rather the idea of a social destruction, rather than a physical or biological one.

The perception of destruction in social terms is even more emphasized in the *Blagojević* case. The Trial Chamber applied “[a] broader notion of the term ‘destroy’, encompassing also ‘acts which may fall short of causing death’” (*Blagojević and Jokić*, IT-02-60, Trial Judgment, 17 January 2005, para. 662), an interpretation which does not fit with the understanding of destruction in terms of the Genocide Convention. In that sense, the Trial Chamber finds support in the judgment of the Federal Constitutional Court of Germany, which held *expressis verbis* that

“the statutory definition of genocide defends a *supra*-individual object of legal protection, i.e., the *social* existence of the group [and that] the intent to destroy the group . . . extends beyond physical and biological extermination . . . The text of the law does not therefore compel the interpretation that the culprit’s intent must be to exterminate physically at least a substantial number of members of the group.” (*Ibid.*, para. 664; emphasis and ellipses in original.)

Thus perceived, “the term ‘destruction’, in the genocide definition can encompass the forcible transfer of population” (*ibid.*, para. 665).

104. The finding contradicts the dictum of the Court that “deportation or displacement of the members of a group, even effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement” (2007 Judgment, para. 190).

Those findings of the ICTY served as a basis for the *conclusio* of the Court that genocide was committed in Srebrenica (*ibid.*, paras. 296-297).

In addition, fortunately, the subjective character of destruction in a sociological sense is clearly shown precisely by the case of Srebrenica. One of the key arguments of the Tribunal in the *Krstić* case and the *Blagojević* case was that “destruction of a sizeable number of military aged men would inevitably result in the physical disappearance of the

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

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

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

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

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

104. La conclusion du Tribunal contredit donc le *dictum* de la Cour selon lequel «la déportation ou le déplacement de membres appartenant à un groupe, même par la force, n'équivaut pas nécessairement à la destruction dudit groupe, et une telle destruction ne résulte pas non plus automatiquement du déplacement forcé» (arrêt de 2007, par. 190).

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

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



Bosnian Muslim population in Srebrenica” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Judgment, 2 August 2001, para. 595).

Life, however, proved the Tribunal’s prediction wrong. Following the conclusion of the Dayton Agreement, the Muslim community in Srebrenica was reconstituted, so that today the number of the members of the two communities — the Muslim and the Serbian — is equalized. This is also evidenced by the fact that a representative of the Muslim community was elected Mayor at the last elections.

105. The other example relates to the relevance of customary law on genocide in disputes before the Court based on Article IX of the Genocide Convention.

In the present Judgment, the Court devoted considerable attention to the customary law on genocide and made proper conclusions in clear and unequivocal terms.

The Court stated in strong words that

“[t]he fact that the jurisdiction of the Court in the present proceedings can be founded only upon Article IX has important implications for the scope of that jurisdiction. That Article provides for jurisdiction only with regard to disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III of the Convention.” (Judgment, para. 85.)

The statement is supported by the following reasoning:

“any jurisdiction which the Court possesses is derived from Article IX of the Genocide Convention and is therefore confined to obligations arising under the Convention itself. Where a treaty states an obligation which also exists under customary international law, the treaty obligation and the customary law obligation remain separate and distinct (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 96, para. 179). Accordingly, unless a treaty discloses a different intention, the fact that the treaty embodies a rule of customary international law will not mean that the compromissory clause of the treaty enables disputes regarding the customary law obligation to be brought before the Court. In the case of Article IX of the Genocide Convention no such intention is discernible. On the contrary, the text is quite clear that the jurisdiction for which it provides is confined to disputes regarding the interpretation, application or fulfilment of the Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for genocide or other acts prohibited by the Convention. Article IX does not afford a basis on which the Court can exercise jurisdiction over a dispute concerning alleged violation of the customary international law obligations regarding genocide.” (Judgment, para. 88.)

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

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

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

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

La Cour a fermement déclaré que

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

Cette déclaration s'appuie sur le raisonnement suivant :

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

It should be noted that the position of the Court in that regard was couched in a similar, although more general, way, in the *Bosnian Genocide* case.

The Court stated that: “[t]he jurisdiction of the Court in this case is based solely on Article IX of the Convention” (2007 Judgment, p. 104, para. 147).

True, the Court continued:

“The jurisdiction of the Court is founded on Article IX of the Convention, and the disputes subject to that jurisdiction are those ‘relating to the interpretation, application or fulfilment’ of the Convention, but it does not follow that the Convention stands alone. In order to determine whether the Respondent breached its obligation under the Convention, as claimed by the Applicant, and, if a breach was committed, to determine its legal consequences, the Court will have recourse not only to the Convention itself, but also to the rules of general international law on treaty interpretation and on responsibility of States for internationally wrongful acts.” (*Ibid.*, p. 105, para. 149.)

However, it seems clear that the rules of general international law on treaty interpretation, for its object *in concreto*, can have only the Genocide Convention itself. These rules, as rules of interpretation of the Convention, cannot introduce through the back door customary law on genocide as applicable substantive law. As far as the rules on the responsibility of States for internationally wrongful acts, things seem to be equally clear. For, being essentially the secondary rules, the rules on the responsibility of States are “incapable” of modifying the substance of the primary rules contained within the Genocide Convention.

106. However, the ICTY’s Judgment in the *Krstić* case was based, as the Tribunal stated *expressis verbis*, on “customary international law at the time the events in Srebrenica took place” (*Krstić*, IT-98-33, Trial Chamber, Judgment, 2 August 2001, para. 541).

It appears that the Court, having found that it “sees no reason to disagree with the concordant findings of the Trial Chamber and the Appeals Chamber” (2007 Judgment, p. 166, para. 296) in the *Krstić* and the *Blagojević* cases, has, in light of its pronouncement in paragraphs 87 and 88 of the Judgment, exceeded its jurisdiction, since Article IX confers jurisdiction *only* with respect to the “interpretation, application or fulfilment of the Convention . . . [and] the jurisdiction of the Court *does not extend to allegations of violation of the customary international law on genocide*” (Judgment, para. 87; emphasis added) so that “Article IX *does not afford a basis* on which the Court can exercise jurisdiction over a *dispute concerning alleged violation of the customary international law obligations regarding genocide*” (*ibid.*, para. 88; emphasis added).

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

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

Certes, la Cour poursuivait ainsi :

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

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

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

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

## 2. Was Genocide Committed in Croatia?

107. The essence of the crime of genocide lies in destruction, in whole or in part, of a national, ethnical, racial or religious group as such.

108. A genocidal act can exist only under conditions defined by the body of law established by the Convention. Acts enumerated in Article II, in subparagraphs (a) to (e), are not genocidal acts in themselves, but only the physical or material expression of specific, genocidal intent. In the absence of a direct *nexus* with genocidal intent, acts enumerated in Article II of the Convention are simply punishable acts falling within the purview of other crimes, *exempli causa* war crimes or crimes against humanity.

109. Genocide as a distinct crime is characterized by the subjective element — intent to destroy a national, ethnical, racial and religious group as such — an element which represents the *differentia specifica* distinguishing genocide from other international crimes with which it shares substantially the same objective element 41. In the absence of that intent, whatever the degree of atrocity of an act and however similar it might be to the acts referred to in the Convention, that act can still not be called genocide. (*Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, 69th meeting.*)

110. It appears that four elements are distinguishable within genocidal intent: (a) the degree of the intent; (b) destruction; (c) a national, ethnical, racial or religious group; (d) in whole or in part. Although separate, the four elements make up a legal whole characterizing in their cumulative effect, genocidal intent as the subjective element of the crime of genocide. The absence of any of them disqualifies the intent from being genocidal in nature. As a legal unity, these elements, taken *in corpore*, demonstrate that genocidal intent is not merely something added to physical acts capable of destroying a group of people. It is an integral, permeating quality of these acts taken individually, a quality that transforms them from simple punishable acts into genocidal acts. In other words, such intent is a qualitative feature of genocide distinguishing it from all other crimes, indeed its constituent element *stricto sensu*.

The ICTR followed the same pattern of reasoning as that described above.

In the *Kanyarukiga* case, the Trial Chamber stated, *inter alia*, that

“[t]o support a conviction for genocide, the bodily or mental harm inflicted on members of a protected group must be of such a serious nature as to threaten the destruction of the group in whole or in part” (*Kanyarukiga*, ICTR-02-78-T, Trial Judgment, 1 November 2010, p. 158, para. 637; see also *Ndahimana*, ICTR-01-68-T, Trial Judgment, 30 December 2011, p. 173, para. 805).

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

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

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

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

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

Le TPIR a suivi un raisonnement analogue.

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

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

111. In the case at hand, so called quantitative criteria in terms of the sheer size of the group and its homogenous numerical composition seems applicable, since no Party adduced evidence suggesting application of the qualitative criteria contemplating the destruction of the elite of the leadership of the group.

As a rule, the quantitative criteria is presented in the form of a “substantial” part which means “a large majority of the group in question” (*Jelišić*, IT-95-10, Trial Judgment, 14 December 1999, p. 26, para. 82). The ICTY emphasizes that:

“The numeric size of the targeted part of the group is the necessary and important starting-point. The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group.” (*Krstić*, IT-98-33-A, Appeal Judgment, 19 April 2004, para. 12; see also, *Brđanin*, IT-99-36-T, Trial Judgment, 1 September 2004, para. 702; *Tolomir*, IT-05-88/2-T, Trial Judgment, 12 December 2012, para. 749; *Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Trial Judgment, 17 January 2005, para. 668.)

112. Croatia claims that there were over 12,500 victims killed (CR 2014/6, p. 45, para. 13). It should be noted that evidence concerning ethnic structure of victims as well as numbers of victims killed in the capacity of members of military units in military operations is lacking. Having in mind the object of destruction that characterizes the crime of genocide, its specific collective character, such evidence would be of crucial importance. The genocide is directed against a number of individuals as a group or at them in their collective capacity not *ad personam* as such.

The International Law Commission stated that:

“The prohibited (genocidal) act must be committed against an individual because of his membership in a particular group and as an incremental step in the overall objective of destroying the group . . . the intention must be to destroy the group ‘as such’, meaning as a separate and distinct entity, and not merely some individuals because of their membership in a particular group.” (Official Records of the General Assembly, Fifty-First Session, Supplement No. 10, United Nations doc. A/51/10/1556, p. 88.)

112.1. Even if, *arguendo qua non*, all the victims concerned were killed because of the membership in the Croat national or ethnic group, the number of 12,500 victims could hardly represent a “substantial part” of the Croat national and ethnic group. In the relevant period, according to the data from the census in Croatia in 1991, there 3,736,356 persons of Croatian nationality ([http://bs.wikipedia.org/wiki/Popis\\_stanovni%C5%A1tva\\_u\\_Hrvatskoj\\_1991](http://bs.wikipedia.org/wiki/Popis_stanovni%C5%A1tva_u_Hrvatskoj_1991)).

112.2. Of relevance as regards the element of *dolus specialis* is the fact that the Chief of Staff of the First Military Region, operating in Vukovar

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

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

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

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

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

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

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

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



and, generally, Eastern Slavonia, was General Andrije Silić, a Croat (later appointed as the Inspector-General of the armed forces, JNA) (<http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/79367-popis-general-a-jna-iz-hrvatske-samo-sedam-ih-se-pridruzilo-hv-u.html>).

112.3. General Anton Tus, Croat, was Head of the Yugoslavian air force during the battle for Vukovar. As *The Croatian Weekly for Culture, Science and Social Issues* wrote he “just twenty days before the fall of Vukovar has changed the way” and was promoted to the First Chief of the General Staff of the Croatian armed forces (<http://www.hrvatski-fokus.hr/index.php/hrvatska/3812-anton-tus-sada-popuje-a-samo-20-dana-prije-pada-vukovara-odabrao-je-stranu>).

It should be born in mind that in the Croatian armed formations were between ten and twenty thousand Serbs (<http://www.jutarnji.hr/davor-butkovic--i-srbi-su-branili-hrvatsku/901195/>).

113. Serbia, for its part, claims that:

- (i) the overall number of Serbs victims is 6,381 (Counter-Memorial, Anns., Vol. V, Ann. 66, List of Serbs victims on the territory of Croatia 1990-1998; Statement of witness-expert Savo Strbac (4.2.2.); Updated list of Serb victims, publicly available on the website of D.I.C. Veritas (<http://www.veritas.org.rs/srpske-zrtve-rata-i-poracana-podrucju-hrvatske-i-bivse-rsk-1990-1998-godine/spisak-nestalih/>);
- (ii) victims killed during and after “Operation Storm”: 1,719 (CR 2014/13, p. 15, para. 16, (Obradović) referring to the Veritas publicly available list of the victims of Operation Storm (<http://www.veritas.org.rs/wp-content/uploads/2014/02/Oluja-direktne-zrtve-rev2014.pdf>).

According to the data from the census in Croatia in 1991, on its territory there lived 581,663 persons of the Serbian national and ethnic group. It appears that the number of individuals killed in relation to the actual size of the Serbian national and ethnic group in Croatia, does not satisfy the “substantial part” standard.

As regards “Operation Storm” it seems to be rather “ethnic cleansing” than genocide in terms of the Genocide Convention.

As stated by the Court in the *Bosnian Genocide* case:

“Neither the intent, as a matter of policy, to render an area ‘ethnically homogenous’, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can *as such* be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is ‘to destroy, in whole or in part’ a particular group, and deportation or displacement of the members of a group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction

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

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

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

113. De son côté, la Serbie soutient que

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

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

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

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

«Ni l'intention, sous forme d'une politique visant à rendre une zone «ethniquement homogène», ni les opérations qui pourraient être menées pour mettre en œuvre pareille politique ne peuvent, *en tant que telles*, être désignées par le terme de génocide: l'intention qui caractérise le génocide vise à «détruire, en tout ou en partie» un groupe particulier; la déportation ou le déplacement de membres appartenant à un groupe, même par la force, n'équivaut pas nécessairement à la destruc-

an automatic consequence of the displacement.” (2007 Judgment, p. 123, para. 190.)

114. In conclusion, it seems indisputable that terrible atrocities and crimes were committed by both sides in the tragic civil war in Croatia, but, in the light of the relevant rules of the Genocide Convention, they cannot be characterized as the crime of genocide. They rather fall within the purview of war crimes or crimes against humanity as evidenced, *inter alia*, by the jurisprudence of the ICTY.

### 3. Issue of Incitement to Genocide

115. The matter on which I respectfully disagree concerns incitement to genocide. In my opinion, the relationship of the regime of President Tudjman to the Ustasha ideology and the legacy of the Nezavisna Država Hrvatska (NDH), followed by numerous acts and omissions, justifies finding that direct and implicit incitement to genocide was committed (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, 2 September 1998, para. 557).

#### 3.1. Issue of incitement to genocide as inchoate crime

#### 3.2. Incitement in terms of Article III (c) of the Convention

116. Under the Convention, direct and public incitement is defined as a specific punishable act by Article III (c). With respect to such punishable act, three elements are of relevance: incitement, direct and public.

117. In common law systems, incitement is defined as encouraging or persuading another to commit an offence (A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 1995, p. 462). Threats and other forms of pressure also constitute a form of incitement (*ibid.*). Civil law systems regard public and direct incitement in the following terms:

“Anyone, who whether through speeches, shouting or threats uttered in public places or at public gatherings or through the sale or dissemination, offer for sale or display of written material, printed matter, drawings, sketches, paintings, emblems, images or any other written or spoken medium or image in public places or at public gatherings, or through the public display of placards or posters, or through any other means of audio-visual communication, having directly provoked the perpetrators(s) to commit a crime or misdemeanour, shall be punished as an accomplice to such a crime or misdemeanour.” (French Penal Code, Law No. 72-546 of 1 July 1972 and Law No. 85-1317 of 13 December 1985 (unofficial translation) cited in *Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, 2 September 1998, para. 555, fn. 124.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

118. In the draft Genocide Convention formulated by the *Ad hoc* Committee, public incitement is defined as incitement in the shape of

“public speeches or . . . the press . . . the radio, the cinema or other ways of reaching the public’ while incitement was considered private when ‘conducted through conversations, private meetings or messages’” (Commentary on Articles Adopted by the Committee, United Nations doc. E/AC 25W.I, 27 April 1948, p. 2).

The International Law Commission characterized incitement as public where it is directed at “a number of individuals in a public place or to members of the general public at large by such means as the mass media, for example radio or television” (*ibid.*).

Only public incitement has been interpreted by the international courts as being an inchoate offence. Public incitement is dangerous because it “leads to the creation of an atmosphere of hatred and xenophobia and entails the exertion of influence on people’s minds” (W. K. Timmermann, “Incitement in International Criminal Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, December 2006, p. 825).

In the jurisprudence of the ICTR, reference has repeatedly been made to the creation of the particular state of mind in the audience that would induce its members to commit genocidal acts.

119. Direct incitement seems to have been defined in the *Akayesu* case. The tribunal noted that direct implies: “that the incitement assume a direct form and specifically provoke another to engage in a criminal act, and that more than mere vague and indirect suggestion goes to constitute direct incitement” (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, 2 September 1998, para. 557). And, further that

“the direct element of incitement should be viewed in the light of its cultural and linguistic content . . . The Chamber further recalls that incitement may be direct, and nonetheless implicit. Thus, at the time the Convention on Genocide was being drafted, the Polish delegate observed that it was sufficient to play skillfully on mob psychology by casting suspicion on certain groups, by insinuating that they were responsible for economic or other difficulties in order to create an atmosphere favourable to the perpetration of the crime.” (*Ibid.*)

In determining whether certain statements are likely to incite genocide, the context is extremely important. The ICTR stated, *inter alia*, that

“the meaning of a message can be intrinsically linked to the context in which it [*sic*] is formulated. In the opinion of the Appeals Chamber, the Trial Chamber was correct in concluding that it was appropriate to consider the potential impact in context — notably, how the message would be understood by its intended audience — in deter-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mining whether it constituted direct and public incitement to commit genocide.” (*Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeal Judgment, 28 November 2007, para. 711.)

The principal consideration is the meaning of the word use in the specific context:

“It does not matter that the message may appear ambiguous to another audience or in another context. On the other hand, if the discourse is still ambiguous even when considered in its context, it cannot be found beyond reasonable doubt to constitute direct and public incitement to commit genocide.” (*Ibid.*, para. 701.)

There is, of course, a difference where such statements are made by officials: “these will be more likely in actual fact to promote genocide than similar statements made by individuals who do not command the same degree of authority . . . Furthermore, such statements may provide evidence of an actual desire to promote genocide.” (T. Mendel, *Study on International Standards relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred*, for the United Nations Special Adviser on the Prevention of Genocide, April 2006, pp. 64-65.)

### 3.3. *Ustasha ideology as a genocidal one*

120. Two special features characterize the Ustasha ideology in this particular context. *Primo*, the teaching about the ethnic descent of the Croats and, *secundo*, the perception of Croatia as a State. In the ideology of the Ustasha movement these two features are organically, inseparably linked.

121. In contrast to the teaching about the Slavic origin of the Croats, advocated by progressive Croatian intellectuals and politicians at the beginning of the nineteenth century (see e.g., A. Trumbić, *Hrvatska seljačka stranka* (Croatian Peasant Party)), the proponents of the Ustasha ideology maintained that the Croats were of Aryan descent.

As observed by the well-known Croatian historian Nevenko Bartulin, Professor at the Faculty of Philosophy in Split, in his doctoral dissertation entitled “The ideology of nation and race: the Croatian Ustasha regime and its policies toward minorities in the Independent State of Croatia, 1941-1945”, defended at the University of New South Wales (2006), the Ustasha teaching about the Croatian ethnicity was decisively influenced by I. von Suedland (1874-1933) and by Professor Milan Sufflay (1879-1931).

Suedland, which is, in fact, the assumed name of the Croatian historian and sociologist Ivo Pilar, taught that

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

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

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

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

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

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

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

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

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



“the Croats had preserved the ‘Nordic-Aryan’ heritage of their Slavic ancestors far more than the Serbs, who had interbred, to a large degree, with the Balkan-Romanic Vlachs . . . The Serbs . . . had apparently inherited their predominant physical features of black hair, dark eyes and dark skin from the Vlachs and Pilar thought that these traits were, in turn, probably the result of Vlach admixture with Gypsies.” (N. Bartulin, *op. cit.*, pp. 176-177.)

Physiognomic differences between the Croats and the Serbs are accompanied, according to Pilar, by the essential differences in the social role of these two peoples. He considers

“the Vlachs, as the core of the Serbian people, *to be detriment to the social harmony and progress of States in which they lived*. They were a race of destructive pastoral nomads and bandits . . . that the Serbs were accomplished traders . . . In contrast, the Croats were characterized by the values and virtues of their nobility, which was the only hereditary aristocracy in the Balkans . . .” (*Ibid.*, pp. 177-178; emphasis added.)

Such a qualification is further extended to the present-day Greeks whom he sees as “the descendants of Slavs and Albanians” and, as such, “worthless people of mixed bloods ‘who didn’t have the material and moral strength’ — to inherit the mantle of successor to the Roman Empire” (*ibid.*, p. 178).

It seems that Sufflay was primarily concerned with vindicating chauvinism, which necessarily derives from the teaching about the Croats as a superior Aryan race. Croatian nationalism, according to him, is absolutely positive because it possesses “higher ethical motives, namely, defence of Western civilization” (M. Sufflay, *Characteristics of the Croatian Nation and Croatia in the Light of World History and Politics: Twelve Essays*, reprint, Nova hrvatska povjesnica, Zagreb, 1999, pp. 40-41). As such, it is not a local nationalism, but rather a “loyal service to the White West” (*ibid.*).

122. The teaching about the Aryan descent of Croats, their racial superiority, necessarily bore upon the Ustasha concept of the Croatian State. The leader of the Ustasha movement, Ante Pavelić, in the document entitled “The Principles of the Ustasha Movement”, published in 1933, mentioned 17 principles which “became the dogma for Ustasha members . . . and form the core around which the legal-constitutional system (if one could call it that) of the Independent State of Croatia would be based” (N. Bartulin, *op. cit.*, p. 164).

A certain number of these principles are of special relevance. The first principle is that “the Croatian nation is a self-contained ethnic unit, it is a nation in its own right and from an ethnic perspective is not identical with any other nation nor is it a part of, or a tribe of, any other nation”. The seventh principle states that the Croats maintained their State

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

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

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

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

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

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

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

throughout the centuries up until the end of the First World War and that they therefore have the right to “restore their own Croatian State on their whole ethnic and historic territory” with the right to use all methods (principle 8).

Principle 11 says that “no one who is not by descent and blood a member of the Croatian nation can decide on Croatian State and national matters”. Principle 14, on the other hand, provides that an individual has no specific rights as he/she only counts as a part of the whole, meaning “nation and State” (see Victor Novak, *Magnum crimen*, 2011, pp. 723-724).

The Croatian State, according to Pavelić, ought to be based on the theory of historic statehood, while denying the right of peoples to self-determination. At the meeting of the HSP youth of September 1928 held in Zagreb, Pavelić explicitly pointed out that the Croats do not need President Wilson’s right to self-determination because “we have our historic State right and according to that right we seek that Croatia becomes free” (Jareb, *Political Recollections and Work of Dr. Branimir Jelić*, Cleveland, Mirko Samija, 1982, p. 251; N. Bartulin, *op. cit.*, pp. 165-166). The theory of the historic State right, as the basis of independent Croatia, gave rise to Ustasha-oriented lawyers viewing the State as a notion which consists of “the territory, the nation and State right” (for example, Professor Fran Milobar, Jareb, *op. cit.*, p. 253; N. Bartulin, *op. cit.*, p. 156).

The meaning of the historical right title is that the Croats “had exclusive rights to the territory that encompassed the NDH, despite the sizeable number of non-Croats on this territory” (*ibid.*, p. 275).

123. As far as internal organization is concerned, independent Croatia, in the Ustasha ideological vision, ought to be founded on the “Führerprinzip”, because “all authorities in the NDH were answerable to the ‘Poglavnik’, while he answered only to ‘history and his own conscience’” (*ibid.*, p. 279; Slaven Pavlić, “Tko je tko in NDH” (“Who’s Who in the Independent State of Croatia”), *Hrvatska 1941-1945*, Zagreb, Minerva, 1997, p. 477). The reception of the model of government of Nazi Germany was explained as being due to the deficiencies of the democratic principle which “almost ruined the world by abolishing the distinction between good and evil, in other words, democracy was held responsible for moral relativization” (D. Zanko, “Etička osnova ustaštva” (“The ethnic basis of the Ustasha ideology”), *Ustaški godišnjak 1943 (Ustasha Yearbook 1943)*, p. 187).

124. It seems clear that the Croatian State, based on the Ustasha ideology, rested on the logic of genocide. It was a copied Nazi ideology *ratione loci* limited to parts of the then Kingdom of Yugoslavia.

Only on the basis of a genocidal paradigm was it possible for the Ustasha ideology to create an ethnically clean State of superior Aryan people, with the Serbs and the Jews who lived in the same space being regarded as socially destructive and a “detriment to the social harmony and prog-

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

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

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

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

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

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

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

ress of States in which they lived”. Without that paradigm, the creation of an Ustasha Croatian State was simply not possible:

“The Ustasha genocide was underlined by two principal aims. One was to establish a Croatian nation-State for the first time in modern history, and secondly, to simultaneously ‘remove the ethnic, racial and religious minorities that the Ustashe considered both alien and a threat to the organic unity of the Croatian nation.’” (N. Bartulin, *op. cit.*, p. 11.)

These two aims are not only organically linked, but, moreover, the realization of the first aim necessarily implies the removal of national groups which do not fit in the matrix of the Aryan Croatian nation. If the non-Croatian ethnic and religious groups are “both alien and a threat to the organic unity of the Croatian nation” why should they at all be preserved? (in other words, the obliteration of such groups can be inferred from the very essence of the Ustasha ideology). As far as the Serbs are concerned, genocidal logic was explained. As academician Viktor Novak, a leading Croatian historian after the Second World War noted, the main Ustasha ideologist and No. 2 of the Independent State of Croatia, Mile Budak, set out, at the big assembly in Gospić, the genocidal formula in the following words: “We will kill one part of the Serbs, will dislocate the other part and will convert the rest into Catholic religion and thus have them assimilated into the Croats” (quoted by Viktor Novak, *Magnum Crimen*, Gambit, Jagodina, 2011, pp. 786-787).

The Ustasha ideology is, in its substance, a genocidal plan to destroy the Serb national group in Croatia and parts of the territory of the Kingdom of Yugoslavia, which, in the Ustasha perception, constitute parts of Greater Croatia.

#### 3.4. *The establishment of the NDH — the Ustasha ideology becomes State policy*

125. The Ustasha State, the so-called Independent State of Croatia, was formally proclaimed in Zagreb on 10 April 1941 in Pavelić's name and by the “will of our ally” (i.e., Germany) comprised territories of historic Croatia with Međumurje, Slavonia, Dalmatia, Bosnia and Herzegovina and the big part of Vojvodina (Fikreta Jelić-Butić, *Ustaše i Nezavisna Država Hrvatska 1941-1945 (Ustasha and the Independent State of Croatia)*, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1977, p. 67).

126. Following the proclamation of the NDH a number of measures were taken with a view to the realization of the Ustasha ideology in relation to Serbs, Jews and Roma. These measures can be divided into two groups. One group of measures comprised legislative measures, whereas the other group were institutional measures, meaning the creation of structures for their implementation. These two kinds of interrelated measures were supposed to create a “clean Croatian State space” that was to

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

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

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

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

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

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

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

enable the existence of a “clean Croatian nation”. The vital condition for achieving this aim was the “extermination” primarily of Serbs and Jews who were declared “the greatest enemies of the Croatian people”, consequently “there is no place for them in Croatia” (Fikreta Jelić-Butić, *op. cit.*, p. 158).

127. The establishment of concentration camps took place in two phases.

In the first phase the so-called “reception camps” were established, i.e., places of temporary stay of the arrested, mainly Serbs, from which they were deported to concentration camps (*ibid.*, p. 185). The arrested persons, as formulated in the “Legal provision on the sending of objectionable and dangerous persons to forcible stay in reception camps and forced-labour camps”, were “objectionable persons who were a threat to the public order and security or persons which could endanger peace and calm of the Croatian people or the achievements of the liberation struggle of the Croatian Ustasha Movement” (*Narodne novine*, 26 November 1941).

The second phase was the setting up of concentration camps or death camps. There were a considerable number of death camps in Ustasha Croatia (Mirko Veršen, *Ustasha Camps*, Zagreb, 1966, pp. 29-36). The establishment of these camps took place soon after the proclamation of the NDH and, in fact, they were the first concentration camps in Europe, set up before the concentration camps in Nazi Germany.

128. The accurate number of killed persons in these camps has not been established. The reason for this was by and large the lack of will on the part of the authorities after the end of the Second World War to establish precisely and to make known the number of perished people and thus avoid triggering inter-ethnic differences and frictions. The slogan “Brotherhood and Unity” of “Yugoslav” peoples proclaimed and strictly adhered to by J. B. Tito, who saw it as the condition of the survival of Yugoslavia — quite rightly as it turned out — was not to be impaired in any way whatsoever.

However, it seems indisputable that several hundred thousands of people were killed in Jasenovac. According to the data of the Croatian Regional Commission for the establishment of crimes committed by the occupiers and their helpers, it is reckoned that the number of victims ranges between 500,000-600,000 (Fikreta Jelić-Butić, *op. cit.*, p. 187). Encyclopaedia Britannica, in the article entitled “Fascism”, states that the Croatian fascists in the German puppet state of Croatia, “in a campaign of genocide, killed about 250,000 Serbs in Croatia and 40,000 Jews” (<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/202210/fascism/219386/Sexism-and-misogyny>).

A number of sources assert that 600,000 people, including Serbs (the overwhelming majority), Jews and Roma were murdered at Jasenovac (<http://www.holocaustresearchproject.org/othercamps/jasenovac.html>; *Jasenovac: Proceedings of the First International Conference and Exhibit*

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

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

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

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

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

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

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



on the Jasenovac Concentration Camps, 29-31 October 1997, Kingsborough Community College of the City University of New York, Dallas Publishing, p. 20; Robert Rozett and Shmuel Spector, *Encyclopedia of the Holocaust*, p. 280; <http://www.museumoffamilyhistory.com/ce/cclnf-camps-jasenovac-01.htm>; Padraic Kenney, *The Burdens of Freedom: Eastern Europe since 1989*, p. 94; <http://www.balkanstudies.org/blog/holocaust-deniers-us-state-department>; David Birnbaum, *Jews, Church and Civilization*, Vol. VI; <https://books.google.rs/books?id=SDW5owdrHbIC&pg=PA165&lpg=PA165&dq=Jasenovac+600+000+murdered&source=bl&ots=3vliR5EeiO&sig=Bco48GL6ePjbfwpmFSn7k6eZb9g&hl=en&sa=X&ei=Mo3VZbMLajhywOh5oGAAQ&ved=0CCIQ6AEwA#v=onepage&q=Jasenovac%20600%20000%20murdered&f=false>; <http://www.ag-friedensforschung.de/regionen/jugoslawien/jasenovac.html>; <http://www.holocaustchronicle.org/staticpages/414.html>).

On the occasion of the International Day of Holocaust Remembrance, the Croatian Parliament held a meeting which included a programme suited to the occasion on 27 January 2014. In addition, to a good number of officials and public figures, the commemoration was also attended by representatives of religious communities, as well as by the Croatian President Ivo Josipović and Prime Minister Zoran Milanović who, in addition to the Speaker of Parliament, Josip Leko, also delivered a speech:

“In his speech, Prime Minister Zoran Milanović observed that this should be an opportunity for political speeches rather than commemorative ones ‘in a low sense of the word’, because what happened 70 years ago is an everlasting story about the fight between good and evil, between a moral individual and an immoral society. He reminded those present of the fact that anti-Semitism did not appear overnight; that everything that was said about the Jews before the Holocaust could be considered as hatred speech.

He also recalled the fact that horrible things had happened in Croatia in 1941, not only to the Jews but also to the Serbs before them.

Until April 1941 there were no mass executions in Europe on account of different religious belief or racial origins. This situation changed in April of that year following the establishment of the Independent State of Croatia in which, within a few weeks, mass killings of people of different religions and nationalities began. The mass executions of Serbs started first and were soon followed by the killings of Jews. It was only at the end of June 1941 that mass executions started in East Europe, primarily the executions of Jews. That was not yet the time of concentration camps. That was a time of mass killings with firearms which, as it soon turned out, could not satisfy the high technological standards of the executioners. We all know what followed soon after.”

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

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

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

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

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

In his speech, the Speaker of the Parliament of Croatia, Josip Leko, pointed out that:

“One could say that Nazi brutalities began already in the first days of Hitler’s dictatorship and continued twelve full years; however, the real proportions of that unprecedented, planned in detail, and systematically carried out policy of annihilation became visible only at the end of the Second World War following the access of the Allied troops to the ‘death factories’, the largest of which was the concentration camp of Auschwitz-Birkenau. One of these frightening pages of the past, the darkest, most inhumane pages of the past, is the death camp of Jasenovac created on the model of the notorious Nazi concentration camps.”

### 3.5. *President Tudjman’s Croatia and the legacy of the NDH*

129. In the construction of Croatia, the legacy of the NDH could not be left aside because that legacy, as was repeatedly pointed out in unison and almost ritually, is a part of the “thousand-year-old national independence and the existence of the State of the Croatian people”. Moreover, although by its emergence and nature, it was a puppet State, Pavelić’s NDH was in effect the first Croatian State since the year 1102, when the medieval Croatian State came under the rule of Hungary.

It appears that strong elements of the legacy of the NDH were not alien to the Croatian State in the period 1990-1995.

130. President Tudjman clearly determined his perception of the Croatian State. His statements are of special importance because he was the unquestionable political authority during his lifetime. He was regarded as “the Messiah of the Croatian people”. Misha Glenny notes that Tudjman, at his inauguration as the President, was introduced with these words: “On this day (Palm Sunday) Christ triumphant came to Jerusalem. He was greeted as a messiah. Today our capital is the new Jerusalem. Franjo Tudjman has come to his people.” (M. Glenny, *The Fall of Yugoslavia*, 1992.)

For Tudjman, the Croatian State implies an ethnic State based on historical right. In that regard, even genocide in history had some positive consequences, such as

“[bringing] about ethnic homogenization of some peoples, leading to more harmony in the national composition of the population and State borders of individual countries, thus also having possible positive impact on developments in the future, in the sense of fewer reasons of fresh violence and pretexts for the outbreak of new conflicts and international friction” (F. Tudjman, *Wastelands in Historical Reality*, Nakladni Zavod Matiče Hrvatska, Zagreb, p. 163).

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

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

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

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

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

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

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

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

Hence, even Ustasha Croatia was “not only a quisling organization and a fascist crime, but was also an expression of the Croatian nation’s historic desire for an independent homeland” (Z. Silber and A. Little, *Yugoslavia: Death of a Nation*, 1997, pp. 82-87). The last American Ambassador to the SFRY, Warren Zimmermann, portrayed President Tudjman’s relations with Serbs in the following way:

“Mike Einik and I raised with him or his aides every piece of information that came to us about abuses of the civil rights of Serbs, in hopes that his Government would crack down on the offences and bring the offenders to book. With a few individual exceptions, he was unresponsive. I urged him to visit Jasenovac, the notorious World War II Croatian concentration camp where tens of thousands of Serbs and other [victims] had perished, as Willy Brandt had gone to Yad Vashem in Israel in an act of contrition for the Holocaust. He refused . . .

But toward Croatia’s Serbian population he rejected any gesture that smacked of reconciliation, co-operation, or healing . . .

Tudjman always seemed to me on the brink of becoming a slightly ridiculous operetta figure. But this impression was contradicted by the ruthlessness with which he pursued Croatian interests as he saw them.” (W. Zimmermann, *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers — America’s Last Ambassador Tells What Happened and Why*, 1996, pp. 76-77.)

130.1. The meaning of President Tudjman’s policy did not go unnoticed. The American expert in geopolitics, Samuel Huntington, also warned that the Ustasha acts of violence were the key factor which prompted the reaction of the Serbian minority and thus predetermined the course of events during the disintegration of the SFRY. “The conflicts between Serbs and Croats, for example, cannot be attributed to demography, but only partly to history, because these nations lived relatively peacefully, one beside the other, until the Croatian Ustasha killed Serbs in the Second World War”, says Huntington. The relationship characterized by a lack of tolerance towards Serbs enjoyed at that time the support of an important ally of the Ustasha NDH — Nazi Germany. During the meeting between Ante Pavelić and Adolf Hitler, in connection with the “Serbian question”, Hitler pronounced a sentence which was probably prepared in advance and, hence, particularly stressed: “If the Croatian State desires to be really strong, it will have to pursue nationally intolerant policy for 50 years, because excessive tolerance in these questions causes only damage.” (S. P. Huntington, *The Clash of Civilizations*, 1996, p. 261.)

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

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

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

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

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

130.2. The attention was brought to all these facts in 2009 by the Slovene State Council, the other Chamber of the Slovene Parliament, which even adopted a separate statement in connection with the cherishing of the attainments of the NDH in the neighbouring country, which provoked numerous strong reactions. Namely, in the course of the debate concerning the ratification of the accession of Croatia to the NATO Alliance, the Slovene State Council adopted, at its 13th meeting, a statement to the effect that Croatia should be aware of responsibility for the respect for the basic values expected of NATO membership. As an aggravating circumstance for the accession to NATO membership, the neighbouring country was reproached for “the attitude of Croatia towards NDH tradition”, in view of the fact that “the NDH is to this day a constitutive part of the Croatian national conscience” (“Hrvaška: Gre za škandalozno obtozbo”, 24ur, 24 January 2009, dostupno preko: <http://www.24ur.com/novice/svet/hrvaska-gre-za-skandalozno-obtozbo.html>).

130.3. The mayor of Split, the largest city in Dalmatia, reacted in connection with the meeting organized in Split on 11 January 2014 by the second-largest political party in Croatia, the HDZ (Croatian Democratic Union), founded by President Tudjman, on the occasion of the celebration of its 24th anniversary.

Mayor Baldasar, *inter alia*, says:

“The messages uttered in Split take us, as a society, several steps back and do not contribute in any way whatsoever to constructive solutions aimed at a better present and a better future of citizens who are preoccupied with quite concrete problems; problems for which not a single solution has been offered by Mr. Karamarko and others. The Ustasha greetings at public gatherings, hatred speech and manipulation of historical facts do not reflect patriotism nor care for the well-being of Croatia and its citizens. Therefore, I wish that the Split HDZ, as well as the HDZ as a whole, celebrate the next anniversary in a more dignified and more decent way befitting to a political party calling itself democratic.” (<http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/111419-baldasar-porucio-hadezeovcima-iduci-put-k>, 12 January 2014.)

131. Special value in that regard possesses statements of high officials and leading politicians in Croatia as regards President Tudjman’s policy (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 41, paras. 64-65, p. 43, para. 70, and p. 47, para. 78; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, pp. 206-207, para. 78).

131.1. Ivica Račan, former leader of the SDP (Party of Democratic Reform), now the ruling party of Croatia, and Prime Minister of Croatia from 2000-2003, characterized Tudjman’s Party, HDZ (Croatian Demo-

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

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

Le maire Baldasar a notamment déclaré :

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

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

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



cratic Union), as the “party of dangerous intentions” because it “invokes the ghost of the NDH”. Račan’s endeavour to draw attention to the unacceptability of resurrection of the achievements of the NDH did not fall on fertile ground; the majority of the Croatian public, at least judging by the great support enjoyed by the HDZ for many years, did not reject Tujman’s pronouncements nor did it recognize anything negative in his ideology (<http://www.hvatski-fokus.hr/index-php?option=com-content&view=article&id=1556:prije-dvadeset-godina-ivica-raan-hdz-je-stranka-opasnih-namjera-10&catid=22:feljtoni&itemid=46>).

132. The distinguished Croatian journalist and publisher Slavko Goldstein, a founder of the Croatian Social Liberal Party and the party’s first leader, said that “the Ustasha regime was an abortive semblance of a legal State, a poorly organized combination of legality and wild chaos”. He further said that “[f]or understandable reasons, in the historical memory of the Serbian people, the Ustasha NDH has never been and will never be anything but a fascist crime, slaughterhouse of the Serbs in Croatia and Bosnia and Herzegovina” (Slavko Goldstein, *1941: Godina koja se vraća (1941: The Year that Keeps Returning)*, book review available at: [www.nybooks.com/books/imprints/collections/1941-the-year-that-keeps-returning](http://www.nybooks.com/books/imprints/collections/1941-the-year-that-keeps-returning)).

133. The first Minister of the Interior of the Republic of Croatia, and one of the closest associated to President Tujman, Josip Boljkovac, claims “the Ustasha ideology is still alive in Croatia”. He claims that this “must be a serious warning” and that it is “tragic that the Ustasha ideology is coming back to Croatia; that members of the SKOJ (Union of Communist Youth of Yugoslavia), organizers of the 1941 uprising against fascism, are being tried” (“Boljkovac: Ustastvo I dalje zivu u Hrvatskoj”, *Glas Istre*, 6 January 2014, dostupno preko: <http://www.glasistre.hr/vijesti/hrvatska/boljkovac-ustastvo-i-dalje-zivu-u-hrvatskoj-436319>).

The realization of the idea of an ethnically clean Croatia does not tolerate restrictions of any kind, tacitly according to the then President of Croatia, Stjepan Mesić. What is essential is to achieve the aim. In a speech to Croatian expatriates in Australia, delivered in the early 1990s, he says:

“You see, in the Second World War, the Croats won twice and we have no reason to apologize to anyone. What they ask of the Croats the whole time, ‘Go kneel in Jasenovac, kneel here . . .’ We don’t have to kneel in front of anyone for anything! We won twice and all the others only once. We won on 10 April when the Axis Powers recognized Croatia as a State and we won because we sat after the war, again with the winners, at the winning table.” (“Croatian leader’s speech glorifying World War Two pro-Nazi State widely condemned”, Text of Report in English by Croatian news agency HINA, BBC Monitoring Europe, 10 December 2006, a video of the speech in the orig-

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

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

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

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

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

inal Serbo-Croatian can be viewed at <http://emperor.vwh.net/croatia/MesicVideo.wmv>)<sup>2</sup>.

### 3.6. State symbols and other acts

134. Every State autonomously determines its symbols, i.e., signs by which it is recognized. The choice of State symbols is a matter of option, a strictly internal domain of the State.

Under the December 1990 amendments to the Constitution, as a new State symbol was adopted the HDZ party flag with šahovnica, a red and white chequerboard pattern “[that] was . . . employed by the Ustasha regime and which the Croatian Serbs considered as ‘footprint of the Ustashe’” (Marcus Tanner, *Croatia: A Nation Forged in War*, 1997, p. 223). To “many Jews, Serbs and others, it is a symbol almost as hateful as the swastika” (S. Kinzer, “Pro-Nazi Rulers’ Legacy Still Lingers for Croatia”, *The New York Times*, 31 October 1993). Tudjman’s régime “also renamed the police into ‘redarstvo’ which had Ustasha connotations, renamed streets and public places after World War II generals” (C. Bennett, *Yugoslavia’s Bloody Collapse: Causes, Course and Consequences*, 1995, p. 141).

Furthermore, at President Tudjman’s proposal, the Croatian parliament adopted a

“new currency and call[ed] it *kuna*, which was the name of the national currency of the Ustasha period. A prominent Croatian Jew, Slavko Goldstein, wrote in a newspaper’s commentary that the decision ‘will awaken very deep feelings of antagonism in a not-small

<sup>2</sup> As far as the reaction to this statement of President Mesić, Jared Israel, in *Encyclopedia of the Holocaust* states:

“Despite the political significance of this video, both in terms of understanding the Serbian-Croatian conflict over the past sixteen years and judging the sincerity of Croatian President Mesić’s current claim to abhor Ustasha politics, and despite the fact that three leading Croatian TV newspeople were suspended for broadcasting the video and subsequently reinstated, following an uproar in Croatia, despite these highly newsworthy events, and despite the fact that some of the main international news agencies — including Associated Press, Agence France Presse, ANSA and BBC Monitoring — all covered this story, nevertheless, out of the thousands of English, French, German, Italian, Spanish and Dutch newspapers and TV news stations archived by the Lexis-Nexis media search engine, we could find only one — the Dutch newspaper, *Dagblad van het Noorden* — that even mentioned the scandal.” (<http://de-construct.net/e-zine/?p=361>)

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

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

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

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

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

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

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

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

portion of the population for whom these associations are extremely painful'." (C. Bennett, *op. cit.*)

The names of streets and institutions were changed, i.e., instead of the names from the period of Yugoslavia, newly-given names are associated with Ustasha Croatia. Immediately after Tudjman's coming to power, an elementary school in Zagreb was renamed after Mile Budak, Minister of Justice under the Ustasha State, the main Ustasha ideologist and author of the formula for the solution of the Serb question. Budak fled from Zagreb on 6 May 1945, but was handed over to Tito's Yugoslavia by the English authorities on 18 May 1945. As a war criminal Budak was sentenced to death. As can be seen from the decision of the Croatian Minister of Public Administration, Arsen Banko, about the removal of the "names of streets given in honour of a senior Ustasha official", there still remain streets named after Mile Budak in ten cities and local districts (*Danas*, Croatian edition, 3 January 2014). The decision met with opposition, so that the final decision will be made by the competent municipal court. It is interesting to note that the Association for the Promotion of Local Government and Self-Rule requested already in April 2011 that the street in Slavonski Brod named after Dr. Mile Budak be renamed; the City Council, however, refused with the explanation that the change would entail considerable financial costs.

135. Upon Tudjman's rise to power, a plaque in memory of Mile Budak was raised in Sveti Rok, whereas another plaque in memory of Juraj Francetić, Commander of the notorious Black Legion and Ustasha Commissioner for Bosnia and Herzegovina responsible for the massacre of Bosnian Serbs and Jews was put up in Slunj. Both memorials were removed in 2004 by the decision of the Croatian Government with the explanation that the fixing of the plaques was "contrary to the original basic principles of the Constitution of the Republic of Croatia and that it harms the reputation and interests of the Republic of Croatia" (*Hrvatska riječ*, 10 March 2013). However, in January 2005, another memorial to J. Francetić and Mile Budak was built in the outskirts of Split (E. Pond, *Endgame in the Balkans: Régime Change, European Style*, 2006, pp. 135-136). The 13th and the 14th battalions of the Croatian Defence Forces were also named after Francetić, as well as a military unit of the Croatian Defence Council which was active in central Bosnia and Herzegovina in 1993 (C. Shrader, *The Muslim-Croat Civil War in Central Bosnia: A Military History, 1992-1994*, 2003). The "Victims of Fascism Square" in Zagreb was renamed the "Square of Croatian Giants".

Ambassador Zimmermann noted that:

"By changing street names that had previously honoured victims of fascism and reviving the traditional Croatian flag and coat of arms last used during the 1941-1945 Ustaše dictatorship, the Croatian Government contributed to the resurrection of this grotesque period in

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

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

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

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

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

the minds of Serbs.” (W. Zimmermann, *Origins of a Catastrophe: Yugoslavia and Its Destroyers — America’s Last Ambassador Tells What Happened and Why*, 1996, p. 75.)

136. The glorification of the Ustasha ideology (Ustaštvo) and its prominent members was accompanied by the destruction of the symbols of the anti-fascist struggle.

In the period from 1990-2000, most of the symbols of the anti-fascist struggle were devastated in Croatia. Over 3,000 of them were demolished, damaged or removed (<http://www.slobodnaevropa.org/content/article/703313.html>).

Croatian anti-fascist Juraj Hrženjak, participant in the People’s Liberation War, is one of the authors of the monograph entitled “The Destruction of the Anti-Fascist Monuments in Croatia 1990-2000”. Hrženjak notes, *inter alia*, that 2,904 destroyed or desecrated memorials, busts and mass graves have been listed. He says that one should add to this number “about 500 memorials which could not be recorded due to the fact that the extremist Right was in power in these areas; that due to this fact our veterans who wanted to put them on the list were exposed to threats, sometimes even threats with death” (<http://www.dw.de/sramna-epizoda-hrvatske-istorije-16044052>).

137. The requests by the Association of Anti-Fascists for the “safeguarding of memorials as heritage usually come up against a wall of silence” (*ibid.*).

A very small number of devastated anti-fascist memorials have been repaired. Among those that have been restored is the monument to the leader of the Anti-Fascist Movement, Josip Broz Tito, in his native place of Kumrovec and the memorial plaque in the Ustasha concentration camp Jadovno. According to the words of Croatian President I. Josipović, who attended the commemoration in Jadovno, “between 30,000 and 40,000 persons were killed there during the war” (*Jutarnji list hr.*, 26 June 2010). The restoration of the anti-fascist memorials seems, however, to meet with numerous obstacles.

138. The Croatian daily newspaper with the highest circulation, *Jutarnji list*, published a text entitled: “We spend 350 million kunas annually for the military of the NDH.” The text says, *inter alia*, that the Parliament of the Republic of Croatia adopted amendments to the Law on Pension and Disability Insurance in 1993

“which provide for that each year of service that the members of the NDH armed forces, called in that law the ‘homeland army’, spent in the NDH armed formations counts as two years of service. The same criterion is applicable to the years which the members of these forces spent in captivity as POWs after 16 May 1945. The amendments to the legislation bear the signature of the then Speaker of the House of

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

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

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

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

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

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

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

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



Deputies, Stjepan Mesić.” (<http://www.jutarnji.hr/za-vojnike-ndh-godisnje-placamo-350-milijuna-kuna/1134285/>)

On the basis of the said law “more than 13,000 members of the Ustasha units, Poglavnik’s (i.e., Pavelićs) Life Guard(s), World War Two Domobrans (home guardsmen) and paramilitary policemen, as well as members of their family entitled to pension after the death thereof, are on the files of the Social Security Bureau” at present (*ibid.*). The amount of 350 million kunas (about 45 million euros) is allocated annually for the members of the armed forces (*ibid.*).

In contrast, Croatia has never investigated where and/or in whose hands ended up gold and other valuable objects plundered during the persecutions and pogroms of Serbs and Jews. The fate of the property of persecuted Serbs and Jews has not been established, nor has anyone succeeded in getting the Croatian authorities after 1991 to include this question on the agenda. And it was precisely in these years that the Croatian President, Franjo Tudjman intensively worked on the project of revitalization, toleration and glorification of the Ustasha ideology in today’s Croatia. Susan Woodward, in her book entitled *Balkan Tragedy* thus came to the conclusion that the

“revisionist history of the Croatian leader Franjo Tudjman relating to the genocide committed against Serbs, Jews and Roma during the existence of the Independent State of Croatia in the period from 1941-1945, became politically dangerous at the moment when the election of Tudjman as President was financially supported mostly by the rightist *émigrés* from that period, who brought with them the State symbols, as well as when special taxes were imposed on Serbs who had summer houses in Croatia (but not on other persons from some other republics)” (S. L. Woodward, *Balkan Tragedy: Chaos and Dis-solution after the Cold War*, 1995, p. 229).

### 3.7. *Statements of Croatia’s officials in the light of the jurisprudence of the ICTR regarding incitement*

Dr. Franjo Tudjman, President of the Republic of Croatia, during the first election campaign in 1989:

“*Thank God my wife is neither a Serb nor a Jew.*” (Counter-Memorial, Ann. 51; emphasis added.)

Dubravko Horvatić Croatian academic and writer, in his article *Matoš o Srbiji* published in

*The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*

“[T]he Chamber recalls that: (1) Witness FBX testified that Muvunyi told them that even if people refused to hand over the Tutsis in hiding, they had to do so because when a snake wraps itself around a calabash, you have to kill the snake and break the calabash; (2) Witness AMJ testified that Muvunyi said that babies born to Tutsi girls married to Hutu men after 6 April had to be killed like

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

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

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

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

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

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

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

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

*Le Procureur c. Tharcisse Muvunyi*

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

the daily newspaper *Večernj list*, Zagreb, 17 June 1992:

“Matoš [Croatian poet] taught both his contemporaries and generations to come what Serbia is and what it is like. On reading him today, we discover that the experience tells us how much Matoš was right in saying that Serbia is the winner of the ‘world championship of killing and serious crimes’. . . However, by stripping the mask off Serbia he has enormously helped us to learn the lesson that is particularly relevant today: *in order for Croats and other nations to be able to survive, Serbia must be totally and utterly defeated.*” (Counter-Memorial, Ann. 51; emphasis added.)

Dr. Franjo Tudjman:

“And there can be no return to the past, to the times when they the Serbs were spreading cancer in the heart of Croatia, cancer which was destroying the Croatian national being and which did not allow the Croatian people to be the master in its own house and did not allow Croatia to lead an independent and sovereign life under this wide, blue sky and within the world community of sovereign nations.” (Croatian President Franjo Tudjman’s Speech on “Freedom Train” Journey after Driving 250,000 Serbian civilians from the Krajina Section of Yugoslavia, BBC Summary of World Broadcasts, 28 August 1995; emphasis added.)

544

snakes are killed; (3) Witness CCP testified that Muvunyi said that Tutsis were comparable to snakes and had to be killed; and (4) Witness CCP testified that Muvunyi used a Rwandan proverb to the effect that *the Tutsi girls that had been ‘married’ to Hutu men should die in a forest in a faraway place.*

Accordingly, the Chamber notes that all four witnesses testified that Muvunyi used Kinyarwanda proverbs to urge the audience to kill Tutsis, and that three Prosecution witnesses recalled that *Muvunyi used proverbs comparing Tutsis to snakes to urge the crowd to kill Tutsis.*

The Chamber also notes the evidence of Evariste Ntakirutimana, a sociolinguist who was accepted as an expert witness for the Prosecution.

.....

Ntakirutimana’s evidence is that *a proverb is a sentence, which may summarize an entire context; it is an attempt to say the most possible through the least possible words. Proverbs are universally accepted truths, so they are employed in an attempt to summarize a message into a universally accepted fact that everyone should be aware of or admit to.*

.....

*[T]he use of a proverb makes it easier for such an audience to understand the meaning of what is being conveyed; it reduces the distance between the person who is speaking and the target of the message.* Ntakirutimana also stated that speakers during the Rwandan war avoided calling the adversary, the Tutsi, by its real name to

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

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

Franjo Tudjman :

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

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

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

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

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

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

Metaphor used by Croatian Minister of Foreign Affairs, Hrvoje Sarinić in his conversation with the US Ambassador Mr. Peter Galbraith, when they, after Operation Storm, discussed the opportunities for Serbs to come back to their homes in Krajina.

According to Galbraith, who testified in *Gotovina*, Sarinić said the following: “We cannot accept them to come back. They are cancer in the stomach of Croatia.” (*Gotovina et al.*, testimony of witness Peter Galbraith, 23 June 2008, Transcripts, p. 4939.)

National, Ethnic and Religious Hatred — context in which Operation Storm was conducted

Croatian philosopher Zarko Puhovski, described this context clearly in his statement recorded in the documentary “Storm over Krajina”. He said:

“We are talking here about a large number of incidents which were influenced by motions. But these incidents, *these motions had been prepared for years through propaganda, from television to the president of the country and all public factors. In Croatia, which convinced the Croatian population and especially the soldiers that the Serbs are guilty as such and they should be punished as such.*” (*Gotovina et*

avoid interference or intervention by foreigners.

For example, *the term ‘snake’ is utilized to show that there should be no pity when dealing with the Tutsi.* Ntakirutimana testified that *a calabash is a container of great value, in which milk is stored. Consequently, the proverb ‘when a snake twirls around a calabash, the calabash must be broken in order to destroy the snake’ conveys the meaning that if you have a precious object that comes under threat, you may have to sacrifice the object rather than sacrifice yourself.*

In giving such a speech, the Chamber finds that there is no reasonable doubt that Muvunyi intended to *incite the audience to commit acts of genocide.* The Chamber further finds that the Prosecution has proven beyond all reasonable doubt that Muvunyi *possessed the requisite intent to destroy the Tutsi group as such.*” (*Muvunyi*, ICTR-00-55A-T, Trial Judgment, 11 February 2010, paras. 120-128; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Clément Kayishema*

The Effects of Extremist Ideology Disseminated Through the Mass Media

“Military and civilian official [*sic*] perpetuated ethnic tensions prior to 1994. *Kangura* newspaper, established after the 1990 RPF invasion, *Radio Television Mille Colline (RTL)* and other print and electronic media took an active part in the incitement of the Hutu population against the Tutsis. *Kangura* had published the ‘Ten Commandments’ for the Hutus in

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les effets de l'idéologie extrémiste diffusée par les médias

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

1991, *al.*, Transcripts, 13 February 2009, p. 15901; emphasis added.)

Miro Bajramovic:

“My name is Miro Bajramovic and I am directly responsible for the death of 86 people . . . I killed 72 people with my own hands, among them nine were women. *We made no distinction, asked no questions, they were ‘Chetniks’ [Serbs], and our enemies.*” (Interview with Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatia, 1 September 1997; emphasis added.)

Miro Bajramovic:

“We did not separate Serb civilians and soldiers from each other. If we found a rifle hidden in his/her house, we considered him/her a Chetnik. *Serbs at the time could not survive*, because there is a saying: wherever we trod, the grass does not grow again.” (*Ibid.*)

“*When I recall all that torturing, I wonder how they managed to think of all those methods.* For example, the most painful is to stick little pins under the nails and to connect it to the three-phase current; nothing remains of a man, but ashes.”

“After all, we knew that they would all be killed, so it did not matter if we hurt him more today or tomorrow.” (*Ibid.*)

1991, which stated that *the Tutsis were the enemy*. In addition, according to witnesses, in 1991 ten military commanders produced a full report that answered the question *how to defeat the enemy in the military, media and political domains*. These witnesses also testified that in September 1992 the military issued a memorandum, based on the 1991 report, which also defined ‘the enemy’ as the Tutsi population, thereby transferring the hostile intentions of the RPF to all Tutsis. According to one report, prior to 6 April, the public authorities did not openly engage in inciting the Hutus to perpetrate massacres. On 19 April however, the President of the Interim Government, told the people of Butare to ‘get to work’ in the Rwandan sense of the term by using their machetes and axes.

.....

The dissemination and acceptance of such ideas was confirmed by a Hutu policeman to Prosecution witness Patrick de Saint-Exupéry, a journalist reporting for the French newspaper *Le Figaro*. De Saint-Exupery remarked that the policeman had told him how they killed Tutsis ‘because they were the accomplices of the RFF’ and that *no Tutsis should be left alive*.

.....

In summary, the Trial Chamber finds that *the massacres of the Tutsi population indeed were ‘meticulously planned and systematically co-ordinated’ by top-level Hutu extremists in the former Rwandan government at the time in question*. The *widespread nature* of the attacks and the sheer number of those who perished within

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

Miro Bajramovic:

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

Miro Bajramovic:

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

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

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

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

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



Sime Djodan, Special Envoy of the Croatian President Franjo Tudjman, in his speech at a traditional competition in Sinj held in August 1991: "The Serbs had pointed heads and probably also small brains." (Counter-Memorial, Ann. 51.)

Krešimir Dolenčić, Director of Gavella Theatre in Zagreb, 12 November 1991:

"*Beasts from the East stand no chance. A monkey smashes everything around the house and it is all the house and it is all the same to the animal whether it smashed a glass or a Chinese vase, because it is unable to tell the difference. There is no way that the monkey has any chance in the fight against the human. There will always be a way to put it to sleep and place it in a cage where it belongs . . . The distinction between us and them is like between computers of the first and the fifth generation. They should either be held in captivity or destroyed, because nothing better could be expected of them. There could not be much talk or negotiations with them. I am convinced that their culture is below the primitive level, since primitive cultures can be interesting and rich spiritually.*" (Counter-Memorial, Ann. 51; emphasis added.)

Miro Bajramovic:

"*We worked in two groups, one was in charge of taking*

just three months is compelling evidence of this fact. This plan could not have been implemented without the participation of militias and the *Hutu population who had been convinced* by these extremists that *the Tutsi population, in fact was the enemy* and responsible for the downing of President Habyarimana's airplane.

*The cruelty with which the attackers killed, wounded and disfigured their victims indicates that the propaganda unleashed on Rwanda had the desired effect, namely the destruction of the Tutsi population.* The involvement of the peasant population in the massacres was facilitated also by their misplaced belief and confidence in their leadership, and an understanding that the encouragement of the *authorities to guaranteed [sic] them impunity to kill the Tutsis and loot their property.*

Final reports produced estimated the number of the victims of the genocide at approximately 800,000 to one million, nearly one-seventh of Rwanda's total population. These facts combined prove the special intent requirement element of genocide. Moreover, there is ample evidence to find that the *overwhelming majority of the victims of this tragedy were Tutsi civilians* which leaves this Chamber satisfied that *the targets of the massacres were 'members of a group'*, in this case an ethnic group. In light of this evidence, the Trial Chamber finds a *plan of genocide existed* and perpetrators executed this plan in Rwanda between April and June 1994."

Kayishema's Utterances

"Kayishema's utterances, as well as utterances by other individuals under

triphase; la personne était réduite en cendres.»

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

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

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

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

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

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

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

Les propos de Kayishema

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

them to Velesajam, and the other of taking them further. I mostly attended arrests, because I am a rhetoric and I tried to be civil on such occasions. I always told prisoners that I was only doing my job.” (Interview with Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatia, 1 September 1997.)

Franjo Tudjman:

“And, particularly, gentlemen, please remember how many Croatian villages and towns have been destroyed, but that’s still not the situation in Knin today . . .” (Minutes of the Meeting held by the President of the Republic of Croatia, Dr. Franjo Tudjman, with Military Officials, on 31 July 1995, Brioni, Counter-Memorial, Ann. 52, p. 11; emphasis added.)

Croatian Defence Minister, Spegelj, stated in 1991:

“Listen to the Commander. First, your entire Command will be defeated, *no one will survive, we will spare no one*. Give up all illusion of raising alarm.” (Memorial, Ann. 148; emphasis added.)

Witness John William Hill further added that he talked to some Croatian soldiers in front of the United Nations camp who told him that “*they were going to kill all the Serbs*” (see

his direction before, during and after the massacres, *also demonstrate the existence of his specific intent*. *Tutsis were called ‘Inkotanyi’ meaning an RPF fighter or an enemy of Rwanda. Inyenzi meaning cockroach. They also were referred to as filth or dirt*. Witness WW testified how she heard the Tutsi were being referred to as ‘dirt’ when Kayishema told *Bourgmestre Bagilishema that ‘all the dirt has to be removed’ referring to the Tutsis who had sought shelter in the communal office*. During the attacks at the Stadium, Kayishema called the Tutsis: ‘*Tutsi dogs*’ and ‘*Tutsis sons of bitches*’ when instigating the attackers to kill the Tutsis gathered there.

.....

Several witnesses who survived the massacres at the Complex heard Kayishema say ‘*go to work*’ or ‘*get down to work*’ which, as many witnesses affirmed, meant to begin killing the Tutsis. Other witnesses testified to having heard the attackers, including members of the *Interahamwe*, who were *de facto* under Kayishema’s control, sing songs about exterminating the Tutsi.

.....

In sum, for all the reasons stated above the Chamber finds beyond a reasonable doubt that *Kayishema had the intent to destroy the Tutsi group in whole or in part* and, in pursuit of that intent, carried out the acts detailed below.” (*Kayishema et al.*, ICTR-95-1-T, Trial Judgment, 21 May 1999, paras. 279, 281, 289-291, 538-540; emphasis added.)

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

Miro Bajramovic:

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

Franjo Tudjman:

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

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

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

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

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

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

ICTY, *Gotovina et al.*, IT-060-90, testimony of witness John William Hill, 27 May 2008, Transcript, p. 3751 ; emphasis added).

*The Prosecutor v. J. Kajelijeli*

“The Chamber found that at a meeting on the evening of 6 April 1994 following the death of the President of the Republic of Rwanda, at the canteen next to the Nkuli Commune Office, the Accused addressed those persons present — who were all of Hutu ethnic origin — saying to them ‘you very well know that it was the Tutsi that killed — that brought down the Presidential plane. What are you waiting for to eliminate the enemy?’ The Chamber found that by ‘the enemy’ the Accused meant the Tutsi ethnic group.

.....

Witness Božo Suša stated that he had seen and heard a Croatian army officer who on 5 August, entering Knin on the main road, had ordered his soldiers to “shoot them all at random”. The execution of Serb refugees, on two tractors was conducted immediately after.

The Chamber found that a woman who was thought to be Tutsi and her son were singled out at a roadblock in front of Witness GDQ’s house on 8 April 1994, and subsequently killed by an *Interahamwe* named Musafiri. Kanoti, a Hutu man who was also present, and accompanying these victims, was not killed. The Accused was present at the roadblock during this event and was heard saying, ‘No Tutsi should survive at Mukingo’.

The evidence is corroborated by a statement of *one Croatian war veteran* who was interviewed by Croatian daily “*Jutarnji list*” in 1998. He stated:

“The plan was to clean everything up as soon as possible. *Some will get out, and we’ll waste the others . . . there were no civilians for us*; they were simply all enemies . . . It was an unwritten order that there were no prisoners of war to be taken but, for the sake of saving our face before world public opinion, a very small number of prisoners of war were nonetheless left alive.” (Rejoinder of Serbia, para. 720 ; emphasis added.)

The Chamber found that, on 8 April 1994, the Accused and the *Interahamwe* were inspecting bodies and searching for survivors. Witness GBH pleaded with the Accused to stop the killings, however, in the words of GBH, the Accused responded by saying ‘*that it was necessary to continue, look for those or hunt for those who had survived*’.

“As a result of these widespread and systematic unlawful acts during the Croatian military operation, the Medak Pocket became *uninhabitable*. The villages of the Pocket were destroyed, thereby depriving the

On the basis of the established facts, the Chamber finds that the killings upon which the Chamber heard

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

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

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

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

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

*Le Procureur c. J. Kajelijeli*

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

.....

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

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

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

Serbian civilian population of their home and livelihood.” (ICTY, *Ademi and Norac*, IT-01-46 and IT-04-76, Consolidated Indictment, para. 50; emphasis added.)

“In the whole Krajina region houses were burning and even today, more than five weeks after the last battles, they are still burning. Destroying big complex[es] of non-Croat properties can lead to the conclusion that this was not done only by mobs and that the whole affair was tolerated by the Croatian Government . . . [The] result will be an efficient impediment of the Serb return to their houses and it will also create more difficulties for people to settle down again in this region . . .” (Emphasis added.)

Marjan Jurić, Deputy in the Croatian Parliament, at a session held on 1-3 August 1991:

“But I am asking these same Serbs whether it will dawn on them when they — and I am just wondering — and I’m not making a statement [sic!] — *whether they would come to their senses if ten civilians were executed for one killed policeman or if a hundred civilians were killed for one soldier!*”

This is something that my Christian, Catholic faith would not allow me, because Father Stanko Bogeljic has taught me that there is one commandment

evidence as occurring in Mukingo, Nkuli and Kigombe Communes, were, at all relevant times pleaded in the Indictment, systematically directed against Tutsi civilians. *The words and deeds* of the Accused show clearly that he directed and participated in those killings with the specific *intent to destroy the Tutsi ethnical group.*” (*Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Trial Judgment, 1 December 2003, paras. 819, 826-828; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Callixte Kalimanzira*

“The Chamber recalls that *a call to defend oneself against the enemy is not intrinsically illegitimate*, particularly when the ‘enemy’ is clearly restricted to the RPF to the exclusion of Tutsi civilians. In this case, however, the Chamber finds that when exhorting those manning the Kajyanama roadblock to carry arms in order to ‘defend’ themselves against ‘the enemy’ who might pass through, Kalimanzira was understood to be calling for the killing of the Tutsis, and that he intended to be understood as such. *The slapping and abduction of the unarmed man emphasized Kalimanzira’s exhortation and effect on his audience.* The incitement was disseminated in a public place — the roadblock — to an indeterminate group of people — those present to man it and anyone else watching or listening. *Kalimanzira exhibited here, and elsewhere, an intent to destroy the Tutsi group.* As such, the Chamber finds Kalimanzira guilty beyond reasonable doubt for committing Direct and Public Incitement to Commit Genocide at the Kajyanama roadblock in late April 1994.

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

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

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

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

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

*Le Procureur c. Callixte Kalimanzira*

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



in those ten commandments: ‘thou shall not kill’, and it does not allow me to say that this is right, but it would be right for me if ten Serb intellectuals would get the sack in Zagreb, Rijeka, Split or Osijek for every policeman killed. For, intellectuals cannot go to the woods. They are not like those ignorant Banija peasants who could go to bed without washing their feet for a month! Intellectuals must be sacked, because Chetnik ring-leaders live in the big cities and we must prevent it . . . *Our Almighty God has created at the same time both good people and a lot of vermin. One such vermin is the moth which, when let into the closet, in fact when it comes into it, eats at the shirt, then it turns to the pullover; it eats and eats until it has eaten everything away. The same is true of those who came to us as our guest-workers.*” (Deputy Jurić ended his speech with a raised hand in a fascist-style salute, Counter-Memorial, Ann. 51; emphasis added.)

Zvonimir Sekulin, Editor-in-Chief of *Hrvatski Vijesnik*, in his interview published in the magazine *Globus*, Zagreb, on 9 September 1994:

“Considering that the *Hrvatski Vijesnik* really runs a column entitled ‘hard-core Serb pornographic pages’, I also admit that this newspaper is in part pornographic as the Serbs themselves are pornography.

.....

The Chamber therefore finds that in late May or early June 1994, Kalimanzira attended a public meeting at the Nyabisagara football field where he thanked the audience for their efforts *at getting rid of the enemy*, but warned them not to grow complacent, to remain armed at all times, and exhorted the crowd to keep searching for enemies hidden in the bush or in other persons homes, which they did. *He also instructed them to destroy the homes of dead Tutsis and plant trees in their place, which they did.* In the context of these particular instructions, which have little to do with military combat, and BCZ’s understanding of Kalimanzira’s words, the Chamber finds that ‘*the enemy*’ meant any Tutsi.

The Chamber finds that Kalimanzira’s call for further elimination of Tutsis in hiding was direct, leading clearly to immediate and commensurate action. It was disseminated in a public place to a large public audience. *By instructing the people present to kill any surviving Tutsis, demolish their homes, and wipe out any traces of their existence, there is no reasonable doubt that Kalimanzira intended to incite the audience present to commit acts of genocide.* Kalimanzira exhibited here, and elsewhere, an intent to destroy the Tutsi group. The Chamber therefore finds Kalimanzira guilty beyond reasonable doubt of committing direct and public incitement to commit genocide at the Nyabisagara football field in late May or early June 1994.” (*Kalimanzira*, ICTR-05-88-T, Trial Judgment, 22 June 2009, paras. 589, 613-614; emphasis added.)

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

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

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

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

Photograph of Patriarch Pavle (Head of the Serbian Orthodox Church), published on these pages, is more pornographic than the photos of the biggest whores . . . [name] wrote that *I said that some people were vermin. But I say that only the so-called Serbian people are vermin.*” (Counter-Memorial, Ann. 51; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Simon Bikindi*

“When heading towards Kayove, Bikindi used the public address system to *state that the majority population, the Hutu, should rise up to exterminate the minority, the Tutsi.* On his way back, Bikindi used the same system to ask if people had been killing Tutsi *who were referred to as snakes.*

.....

Franjo Tudjman:

“We have to inflict such blows that the Serbs will, *to all practical purposes disappear*, that is to say, the areas we do not take at once must capitulate within a few days.” (Minutes of the Meeting held by the President of the Republic of Croatia, Dr. Franjo Tudjman, with military officials, on 31 July 1995, Brioni, p. 2, Counter-Memorial, Ann. 52; emphasis added.)

The Logbook notes “*our artillery was hitting the column pulling from Petrovac to Grahovo, the score is excellent, the Chetniks have many dead and wounded . . .*” (ICTY, *Gotovina et al.*, IT-060-90, Reynaud Theunes, Expert Report: Croatian Armed Forces and Operation Storm, Part II, p. 189; emphasis added.)

The Chamber finds that both statements, broadcast over loudspeaker, were made publicly. The Chamber also finds that *Bikindi’s call on ‘the majority’ to ‘rise up and look everywhere possible’ and not to ‘spare anybody’ immediately referring to Tutsis as the minority unequivocally constitutes a direct call to destroy the Tutsis ethnic group.* Similarly, the Chamber considers that Bikindi’s address to the population on his way back from Kayove, asking ‘Have you killed the Tutsis here?’ and *whether they had killed the ‘snakes’ is a direct call to kill Tutsis, pejoratively referred as ‘snakes’.* In the Chamber’s view, it is inconceivable that, *in the context of widespread killings of the Tutsi population that prevailed in June 1994 in Rwanda, the audience to whom the message was directed*, namely those standing on the road, could not have immediately understood its meaning and implication. The Chamber therefore finds that Bikindi’s statements through loudspeakers on the main road between Kivumu and Kayove constitute direct and public incitement to commit genocide.

Based on the words he proffered and the manner he disseminated his

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

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

Franjo Tudjman :

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

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

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

*Le Procureur c. Simon Bikindi*

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

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

Miro Bajramovic:

“T. Mercep was commander of Poljane . . . He knew about each execution, because he was a commander and was a very charismatic person. He told us several times: ‘Tonight you have to clean all these shits.’ This meant that all prisoners should be executed. The order for Gospic was to perform ‘ethnic cleansing’ so we killed directors of post offices and hospitals, a restaurant owner and many other Serbs. Executions were performed by shooting at point blank range since we did not have much time. I repeat, orders from the headquarters were to reduce the percentage of Serbs in Gospic.” (Interview with Miro Bajramovic, *Feral Tribune*, Split, Croatia, 1 September 1997; emphasis added.)

Franjo Tudjman:

“[I]n view if the situation created by the liberation of occupied territories affecting the demographic picture, there is a need to make military units one of the most effective elements, which can happen if we properly solve one of the most effective postulates of State politics in dealing with our essential problem of today, namely, [the] demographic situation in Croatia. That was why I invited to this meeting the

message, the Chamber finds that Bikindi deliberately, *directly and publicly incited the commission of genocide with the specific intent to destroy the Tutsi ethnic group.*” (*Bikindi*, ICTR-01-72-T, Trial Judgment, 2 December 2008, paras. 281, 423-424; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*

“The Chamber further recalls that incitement can be direct, and nonetheless, implicit.” (Para. 557.)

.....  
“(iii) It has been established that Akayesu then clearly urged the population to unite in order to eliminate what he termed the sole enemy: the accomplices of the Inkotanyi.

(iv) On the basis of consistent testimonies heard throughout the proceedings and the evidence of Dr. Ruzindana, appearing as expert witness on linguistic matters, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the population understood Akayesu’s call as one to kill the Tutsi. Akayesu himself was fully aware of the impact of his speech on the crowd and of the fact that his call to fight against the accomplices of the Inkotanyi would be construed as a call to kill the Tutsi in general.

.....  
(vii) The Chamber is of the opinion that there is a causal relationship between Akayesu’s speeches at the gathering of 19 April 1994 and the ensuing widespread massacres of Tutsi in Taba.

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

Miro Bajramovic:

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

Franjo Tudjman:

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

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

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

*Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*

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

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

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

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

Vice-Premier and the Minister responsible for reconstruction and development, Dr. Radić, to present, at the opening of this debate, the present demographic situation because of the deployment of military commands, military districts, brigade stationing, military training institutions, etc. It may be effective and useful to resolve that situation where we have reinforced or at least should reinforce Croatian *dom*, like in Istria, and in other places the more so because it is not so much about changing the composition today as to *populate some places and areas*. Minister Radić explained how they should proceed:

‘I conclude, therefore, that red and blue areas should promptly, and as a matter of priority, be *populated by Croats, as far as possible*. These areas are marked, including Zrinska Gora, which I skipped for the time being, and areas such as Lapac and Knin, namely the hinterland and the Herzegovina region, which should be given secondary priority, and this empty area in Lika as much as possible . . .’ (Minutes of the Meeting held by the President of the Republic of Croatia, Dr. Franjo Tudjman, with Military Officials, 23 August 1995, Zagreb, pp. 01325991;

From the foregoing, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that, *by the above-mentioned speeches made in public and in a public place, Akayesu had the intent to directly create a particular state of mind in his audience necessary to lead to the destruction of the Tutsi group, as such*. Accordingly, the Chamber finds that the said acts constitute the crime of direct and public *incitement to commit genocide*, as defined above.” (*Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Judgment, 2 September 1998, paras. 557, 673-674; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Aloys Simba*

“Simba was physically present at two massacre sites. He provided traditional weapons, guns, and grenades to attackers poised to kill thousands of Tutsi. Simba was aware of the targeting of Tutsi throughout his country, and as a former military commander, he knew what would follow when he urge the armed assailants ‘*to get rid of the filth*’. The only reasonable conclusion, even accepting his submissions as true, is that at that moment, he acted *with genocidal intent*.” (*Simba*, ICTR-2001-76-T, Trial Judgment, 13 December 2005, para. 418; emphasis added.)

*The Prosecutor v. Alfred Musema*

“According to the witness, Musema addressed those who had convened in Kinyarwanda, telling them to rise together and fight their enemy the Tutsis and deliver their country from the enemy. Questions were put to him by the crowd, asking what would be their rewards considering that they

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

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

généralisés de Tutsis qui ont ensuite eu lieu à Taba.

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

*Le Procureur c. Aloys Simba*

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

*Le Procureur c. Alfred Musema*

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



01325993-01325997; Counter-Memorial, Ann. 53, pp. 4-7; emphasis added.)

might lose their lives in this war. Musema answered that there would be no problem in finding rewards, *that the unemployed would take jobs of those killed, and that they would appropriate the lands and properties of the Tutsis.*" (Musema, ICTR-96-13-T, Trial Judgment, 27 January 2000, para. 373; emphasis added.)

(Signed) Milenko KREĆA.

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

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

(Signé) Milenko KREĆA.