

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Je suis d'accord avec la décision qu'a prise la Cour de réaffirmer, voire de souligner, l'applicabilité continue de l'ordonnance qu'elle a déjà rendue à la dégradation de la situation humanitaire en Bosnie-Herzégovine. Pour appuyer cette décision, je tiens à expliquer ci-après mon raisonnement sur certaines des questions qui, à mon avis, méritent que l'on exerce le droit d'exposer une opinion individuelle conformément à l'article 57 du Statut de la Cour.

### I. LA DEMANDE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES PRESENTÉE PAR LA BOSNIE-HERZÉGOVINE

#### *Forum prorogatum*

Pour ce qui est du paragraphe 34 de l'ordonnance, la base consensuelle de la compétence de la Cour n'a guère besoin d'être mise en relief. La compétence sur la base du *forum prorogatum* ne fait pas exception à cet égard. L'argument selon lequel la Yougoslavie a reconnu la compétence de la Cour indépendamment de l'article IX de la convention sur le génocide de 1948 est fondé sur le fait que, dans les observations écrites qu'elle a soumises le 1<sup>er</sup> avril 1993 au sujet de la première demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Bosnie-Herzégovine, la Yougoslavie a déclaré qu'elle « recommande à la Cour d'indiquer... » certaines autres mesures conservatoires. Cependant, au paragraphe 5 des mêmes observations écrites, la Yougoslavie a proposé que la Cour rejette les cinq dernières des six mesures conservatoires alors sollicitées par la Bosnie-Herzégovine

« étant donné que ces mesures sortent du cadre de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et qu'en conséquence la Cour n'est pas compétente pour statuer à leur égard ».

En outre, au paragraphe 6 de ce même document, la Yougoslavie a déclaré à la Cour

« qu'elle n'accepte pas sa compétence de connaître de toute revendication du demandeur sortant du cadre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cela est sans préjudice de la décision finale du Gouvernement yougoslave s'agissant de devenir ou non partie au différend porté devant la Cour par la « République de Bosnie-Herzégovine ».

C'est ainsi également que, lors de l'audience tenue le 2 avril 1993 au sujet de la première demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Bosnie-Herzégovine, le coagent par intérim de la Yougoslavie a déclaré ce qui suit :

« La République fédérative de Yougoslavie ne consent à aucune extension de la compétence de la Cour au-delà de ce qui est expressément stipulé dans la convention [sur le génocide] elle-même. » (CR 93/13, p. 16, 2 avril 1993, après-midi, M. Rosenne.)

Eu égard à ces déclarations dépourvues d'ambiguïté quant à la position fondamentale assumée par la Yougoslavie au sujet de la compétence de la Cour, la question qui se pose a trait à la façon dont il faut interpréter, du point de vue de la compétence, la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Yougoslavie elle-même le 1<sup>er</sup> avril 1993. A la lumière de ces déclarations, dont deux ont été énoncées dans le document même dans lequel des mesures conservatoires ont été sollicitées, il est difficile d'interpréter cette demande comme reflétant une offre de la Yougoslavie d'élargir la compétence de la Cour; il semble plus raisonnable d'y voir une demande qui ne devrait être examinée que dans la mesure où la Yougoslavie considérait (à tort ou à raison) que les mesures conservatoires qu'elle sollicitait étaient indirectement pertinentes dans le contexte de l'action intentée en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, à supposer que cette convention fût en vigueur entre les Parties. Comme il s'agit d'une question de consentement, c'est l'intention de la Yougoslavie qui compte, et non le bien-fondé de sa thèse quant à la pertinence de sa demande dans le contexte d'un génocide. Il semble peu probable que les mesures qu'elle sollicitait aient été entendues par la Bosnie-Herzégovine comme reflétant une intention de la Yougoslavie de soulever des questions ne tombant pas sous le coup de l'article IX de la convention sur le génocide. La Bosnie-Herzégovine n'a pas alors essayé de soulever une question de *forum prorogatum* sur la base des mesures ainsi sollicitées par la Yougoslavie; conformément à la thèse qu'elle soutient actuellement, cela aurait dû être dans son intérêt pour faire échec à l'exception soulevée avec insistance par la Yougoslavie à l'effet qu'il n'existait aucune compétence en dehors de celle conférée par la convention.

La question à résoudre dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, en réalité, tenait à l'intention dans laquelle l'Iran avait soulevé ses exceptions autres que son exception préliminaire à la compétence de la Cour. Son intention était que ces exceptions ne devaient être examinées que si son exception de base concernant la compétence n'était pas accueillie; en conséquence, ces exceptions ne pouvaient pas être interprétées comme impliquant une reconnaissance de ce à quoi elle objectait constamment (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 113-114). L'exception opposée par la Yougoslavie à toute compétence en dehors de l'article IX de la convention sur le génocide est sa position fondamentale. Cette exception, étant claire et ayant été constamment invoquée, ne pouvait pas raisonnablement être interprétée, dans l'esprit de la Yougoslavie, comme devant être neutralisée par un autre élément du document

même dans lequel cette exception était soulevée, ou en tout cas pas en l'absence de termes qui auraient manifesté avec une clarté totalement dépourvue d'équivoque une intention aussi contradictoire. Par conséquent, du point de vue de l'intention, je ne suis pas convaincu que la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Yougoslavie puisse être traitée d'une façon différente des exceptions de l'Iran.

Dans l'affaire du *Détroit de Corfou, exception préliminaire*, la Cour a relevé que l'Albanie avait, dans une lettre, accepté « en termes précis « la juridiction de la Cour dans l'affaire présente » (C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 27). Cela étant, la Cour a pu considérer cette lettre comme constituant une « acceptation volontaire, *indiscutable*, de la juridiction de la Cour » (*ibid.*; les italiques sont de moi). La nécessité de faire preuve de clarté ne saurait être moins impérieuse lorsque, comme c'est le cas dans la présente affaire, il n'existe aucune déclaration reconnaissant la juridiction de la Cour « en termes précis ». La conduite de la Yougoslavie ne peut pas, à mon avis, être interprétée comme impliquant une acceptation *indiscutable* de la juridiction de la Cour en dehors de celle conférée par l'article IX de la convention sur le génocide de 1948. L'exigence absolue d'une preuve claire du consentement explique suffisamment la conclusion de Fitzmaurice selon laquelle « dans la pratique, la Cour semble avoir adopté une attitude extrêmement prudente et conservatrice sur la question du *forum prorogatum* », pour utile que ce concept puisse être (sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court*, 1986, vol. II, p. 511).

#### *Jugement provisionnel*

Au paragraphe 19 de ses observations écrites du 9 août 1993 concernant la seconde demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Bosnie-Herzégovine, la Yougoslavie a fait valoir que :

« Certaines des mesures conservatoires, comme celles visées au paragraphe 3 [concernant l'annexion ou l'absorption], ont le caractère d'un arrêt. Elles visent à régler en droit l'objet du différend. Les différends sont réglés par des arrêts, non par des mesures conservatoires. (*Usine de Chorzów, C.P.J.I. série A n° 12, p. 10.*) »

Comme elle l'indique clairement, cette affirmation ne visait pas toutes les mesures sollicitées par la Bosnie-Herzégovine. A supposer toutefois que la Yougoslavie invoque en fait la doctrine du jugement provisionnel de l'affaire de l'*Usine de Chorzów* à propos de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Bosnie-Herzégovine pour éviter un génocide, il me semble que les limites de cette doctrine ont été clairement démontrées si elle devait avoir pour effet de transformer la Cour en un spectateur impuissant devant l'éventualité que ce crime soit commis. La jurisprudence de la Cour montre que tel ne peut pas être vraiment le résultat de cette doctrine (voir les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1973, p. 99*; des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires,*

*C.I.J. Recueil 1973*, p. 135, et du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1979*, p. 16, par. 28). Dans les systèmes de droit interne, la proposition selon laquelle une ordonnance avant dire droit ne peut en aucune circonstance porter sur le même objet que la demande principale ne s'applique pas toujours<sup>1</sup>.

L'idée qu'une mesure conservatoire puisse avoir le même effet que la mesure principale dont le prononcé est demandé est conceptuellement distincte de l'idée de jugement provisionnel. Une mesure conservatoire a pour but de sauvegarder le droit en cause en attendant le règlement définitif de l'affaire, tandis qu'un jugement provisionnel a pour but de donner au demandeur une satisfaction provisoire en lui accordant un paiement anticipé au titre d'une obligation qui est reconnue ou raisonnablement claire mais qui n'est pas encore quantifiée avec précision. Certains systèmes juridiques prévoient la possibilité pour le juge d'ordonner un paiement provisionnel<sup>2</sup>. En revanche, comme la Cour permanente l'a fait observer dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, une demande tendant en réalité à obtenir un jugement provisionnel « ne rentre pas dans les termes des dispositions du Statut et du Règlement... » de la Cour (*C.P.J.I. série A n° 12*, p. 10).

Dans cette affaire, l'Allemagne a effectivement utilisé certaines des expressions généralement employées dans le contexte des mesures conservatoires. Il est clair cependant que, ce qu'elle sollicitait en réalité, c'était un jugement provisionnel au sens indiqué ci-dessus. C'est ce qu'illustre la prémisses par laquelle elle a ouvert son raisonnement, à savoir « que le principe de l'indemnité est reconnu et que ce n'est que la limite supérieure de la somme à payer par le Gouvernement polonais qui est encore douteuse... » (*ibid.*, p. 6). Telle était essentiellement la base sur laquelle l'Allemagne demandait à la Cour de prononcer une ordonnance indiquant au Gouvernement polonais qu'il devait « payer au Gouvernement allemand à titre provisoire la somme de trente millions de Reichsmarks dans le délai d'un mois à dater de l'ordonnance demandée » (*ibid.*, p. 10). C'est à juste titre que la Cour a refusé de faire droit à cette demande, n'ayant tout simplement pas un tel pouvoir. Dans la présente affaire, et pour autant qu'une mesure conservatoire sauvegarde véritablement les droits contestés en attendant l'arrêt définitif, la possibilité qu'elle puisse produire le même effet que celle demandée au principal (encore qu'il s'agisse là d'une considération relevant du pouvoir discrétionnaire de la Cour) ne l'exclut pas pour autant du pouvoir que confère à la Cour l'article 41 de son Statut d'indiquer les mesures conservatoires (voir E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 163-164, et la discussion générale qui figure dans Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court: An Attempt at a Scrutiny*, 1983, p. 93 et suiv.).

<sup>1</sup> Voir, en droit anglais, *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., p. 537-538, par. 953, et *Woodford v. Smith*, [1970] 1 *All ER* 1091 n. et [1970] 1 *WLR* 806.

<sup>2</sup> Voir par exemple la situation en droit anglais, telle qu'exposée dans *The Supreme Court Practice 1993*, Londres, 1992, vol. 1, *Order 29/9* et suiv.

*Les informations publiées dans les médias*

Certaines critiques ont été formulées par la Yougoslavie, motif pris de ce que les moyens de preuve produits par la Bosnie-Herzégovine comprenaient des nouvelles parues dans les journaux et des déclarations faites à la presse, à la radio et à la télévision. Ces moyens de preuve sont-ils recevables et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ?

Il va de soi que la Cour est « liée par les dispositions pertinentes de son Statut et de son Règlement relatives au système de la preuve » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 39, par. 59). Cependant, ces dispositions ont trait aux délais et autres questions qui ont pour but « d'assurer une bonne administration de la justice, dans le respect de l'égalité des parties » (*ibid.*). Elles ne concernent pas les types d'éléments de preuve qui peuvent être jugés recevables ni les principes sur la base desquels les éléments de preuve sont appréciés par la Cour.

Sur ce point, il n'existe pas de règle technique comme celles qui existent dans la plupart des systèmes de droit interne (*Sud-Ouest africain, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1966, p. 430, opinion dissidente de M. Jessup; *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 98, par. 58, opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice, et *ibid.*, p. 215, par. 97, opinion individuelle de M. Jessup). Se référant à ce que la *common law* appelle la « meilleure » preuve, sir Gerald Fitzmaurice a fait observer, d'un ton lourd de sens, que « les tribunaux internationaux ne sont pas liés par des règles aussi strictes, dont beaucoup ne conviennent pas à des litiges entre gouvernements » (*ibid.*, p. 98, par. 58).

Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a déclaré ce qui suit :

« La plupart des faits essentiels de l'affaire sont de notoriété publique et ont été largement évoqués dans la presse mondiale ainsi que dans des émissions de radiodiffusion et de télévision de l'Iran et d'ailleurs. » (C.I.J. Recueil 1980, p. 9, par. 12.)

La Cour a noté en outre qu'il avait été dit au nom des Etats-Unis d'Amérique que ceux-ci avaient dû « s'appuyer sur les comptes rendus des journaux, de la radiodiffusion et de la télévision pour étayer un certain nombre des faits rapportés dans le mémoire... » (C.I.J. Recueil 1980, p. 10, par. 12; voir également C.I.J. Mémoires, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, p. 192 et suiv. et p. 329 et suiv.).

Il est clair que la Cour a pris ces informations en considération. Ces informations avaient été communiquées au Gouvernement iranien « sans que ce gouvernement ait opposé la moindre dénégation ou mise en doute des faits allégués... » (C.I.J. Recueil 1980, p. 10, par. 13). Il me semble cependant que l'absence de dénégation par l'Iran des faits allégués ait

concerné le poids à accorder à ces allégations et non leur recevabilité. Certes, comme la Cour l'a dit ultérieurement, même quand de telles informations répondent à une norme d'objectivité élevée, la Cour les considère

« non pas comme la preuve des faits, mais comme des éléments qui peuvent contribuer, dans certaines conditions, à corroborer leur existence, à titre d'indices venant s'ajouter à d'autres moyens de preuve » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 40, par. 62, et *ibid.*, opinion dissidente de M. Schwebel, p. 324).

Cette utilisation limitée qui en est faite ne rend pas les informations en question moins recevables, mais il s'agit d'une considération dont il y a lieu de prendre soigneusement note.

Si les informations publiées par les médias sont admissibles lors de l'examen au fond, comme dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, elles ne doivent pas être moins recevables au stade d'une indication de mesures conservatoires, comme dans la présente affaire. En fait, des informations publiées par les médias avaient été également présentées à la Cour au stade des mesures conservatoires dans cette affaire (*C.I.J. Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, p. 45, et p. 67, appendice C, et *C.I.J. Recueil 1979*, p. 10, par. 7). Nul n'ignore que, dans certains systèmes de droit interne, les règles en matière de preuve sont assouplies lorsqu'il s'agit d'une action devant déboucher sur un jugement avant dire droit, de sorte que des informations recueillies par ouï-dire peuvent être jugées recevables alors qu'autrement elles ne le seraient pas<sup>1</sup>.

Dans la présente affaire, il est clair qu'il faut faire fond sur les informations publiées par les médias. Le coagent du demandeur, M. Boyle, a parlé plus d'une fois des difficultés qu'il y a à communiquer avec Sarajevo, et rien ne permet apparemment de mettre en doute ces affirmations. Même la Yougoslavie a présenté certaines déclarations sous forme de rapports de presse (voir les observations écrites de la Yougoslavie en date du 9 août 1993, annexes I, IV et V).

A mon avis, et sous réserve du poids qu'il convient d'accorder à de telles informations et de la limitation susmentionnée, les informations publiées par les médias qu'a soumises la Bosnie-Herzégovine sont recevables. Toutefois, en raison des considérations de caractère juridique expliquées dans l'ordonnance, la réaction de la Cour à la demande présentée par la Bosnie-Herzégovine ne saurait aller plus loin que ce qui y est énoncé.

<sup>1</sup> C'est ainsi qu'en droit anglais une déposition relatant ce que le témoin croit savoir est recevable lorsque l'action tend à obtenir un jugement avant dire droit et que les sources de l'information et les raisons pour lesquelles elle semble fiable sont indiquées. Voir *The Supreme Court Practice 1993*, vol. 1, *Order 29/1/11* et *Order 41/5/1-2*.

## II. LA DEMANDE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES DE LA YOUGOSLAVIE

### *L'utilisation qui peut être valablement faite des éléments de preuve*

Une importante question liminaire, d'ailleurs assez délicate, a trait à la mesure dans laquelle la Cour peut tenir compte des éléments de preuve produits à l'appui des différentes thèses pour déterminer si les circonstances exigent qu'elle indique les mesures sollicitées. Le problème est ici que, s'il ressort assez clairement de la jurisprudence établie que la Cour se sert effectivement des éléments de preuve produits, il est plus difficile de dire comment ou dans quelle mesure elle s'en sert. Il est vrai qu'à ce stade la Cour ne formule aucune constatation factuelle de caractère définitif, mais cela est à peu près tout ce que l'on puisse dire avec quelque assurance. Si elle ne procède pas à des constatations de caractère définitif sur la base des éléments présentés, la Cour parvient-elle à des conclusions provisoires? Si ce point est obscur c'est, je pense, en raison de la crainte que l'utilisation que la Cour pourrait faire des éléments de preuve présentés puisse conduire à conclure à tort qu'elle a préjugé. Il n'en demeure pas moins que les éléments de preuve présentés par les Parties le sont pour qu'ils soient utilisés par la Cour, et que celle-ci s'en sert. Il me semble que la crainte de donner à tort l'impression qu'il y a eu préjugé est un moindre risque que le danger que crée l'incertitude qui entoure la façon dont la Cour utilise les éléments de preuve soumis ou la mesure dans laquelle elle le fait.

Le principe établi selon lequel la Cour n'est pas habilitée, à ce stade, à conclure définitivement sur les faits est rappelé au paragraphe 48 de l'ordonnance. Affirmer que la Cour pourrait parvenir à de telles conclusions, sous réserve de les altérer ou de les modifier ultérieurement dans son arrêt définitif, équivaldrait dans la pratique à mettre la Cour, lors de l'examen quant au fond, dans la situation d'une juridiction d'appel appelée à revoir la décision qu'elle aurait elle-même rendue précédemment. Le fait qu'une telle situation serait manifestement inacceptable ne veut cependant pas dire que la Cour doive, à ce stade, édicter automatiquement des mesures dès lors que certaines pièces justificatives ont été soumises et sans égard à la force probante de celles-ci. Un juge qui agirait ainsi pourrait se vanter d'éviter tout risque de préjugé, mais ce serait au prix de mettre artificiellement les deux parties sur le même pied en matière de preuve alors même que les preuves présentées par l'une d'elles peuvent être caractérisées par un manque de solidité manifeste. Ce prix peut être évité au moyen d'une appréciation préliminaire de la qualité des éléments de preuve produits; même dans la mesure où l'on peut craindre que cette opération suscite quelque risque de préjugé, la science du juge l'a habitué à procéder à une telle appréciation aux fins limitées d'une action avant dire droit sans pour autant encourir le risque de préjuger la question quant au fond.

Les mesures conservatoires (qu'elles soient juridiquement contraignantes ou non) sont censées être appliquées et peuvent immédiatement

produire d'importantes conséquences pratiques. La Cour ne les indique pas à la légère. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 41 de son Statut, la Cour a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires « si elle estime que les circonstances l'exigent ». La Cour ne peut pas savoir quelles sont les circonstances sans examiner les éléments produits pour les établir. Comment la Cour pourrait-elle faire autrement, si c'est avec raison que M. Anzilotti a mentionné « la possibilité du droit revendiqué ... et la possibilité du danger auquel ce droit serait exposé » (*Réforme agraire polonaise et minorité allemande, C.P.J.I. série A/B n° 58*, p. 181). Si tel est le critère applicable, et avec tout le respect que je dois à la Cour, je crois que tel est effectivement le cas, la Cour est appelée, à ce stade, à prendre une décision sur la question de savoir si, au vu des éléments de preuve présentés, il existe la possibilité des droits revendiqués par la Yougoslavie et la possibilité que ces droits soient exposés à un danger; or, elle ne peut le faire sans apprécier la qualité des éléments de preuve qui lui ont été soumis.

Cette conclusion est conforme à la position adoptée par la Yougoslavie dans les observations écrites qu'elle a présentées le 1<sup>er</sup> avril 1993 au sujet de la première demande en indication de mesures conservatoires de la Bosnie-Herzégovine, au paragraphe 5 desquelles elle a fait valoir que « [l]es affirmations sur la base desquelles la Cour est priée d'indiquer ces mesures conservatoires ne sont pas véridiques, c'est-à-dire ne correspondent pas à la réalité ». Cette affirmation implique nécessairement que la Cour, même au stade d'une procédure interlocutoire, a compétence pour examiner les questions de crédibilité.

Quant à la norme applicable, l'observation suivante de Dumbauld peut être d'un certain secours :

« Compte tenu de la nécessité d'agir rapidement et de la nature provisoire de l'ordonnance, des preuves absolument convaincantes, comme celles qui devraient fonder les conclusions de la Cour dans un arrêt définitif, ne sont pas nécessaires.

Cependant, la Cour doit asseoir sa décision sur les éléments de preuve dont elle a été saisie et non sur de simples conjectures. En l'occurrence, ce qu'il faut rechercher, c'est que les éléments de preuve soient pour l'essentiel crédibles plutôt que d'une exactitude formellement inattaquable. » (E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 161.)

Ainsi, même si « des preuves absolument convaincantes » ne sont pas requises, il faut néanmoins que les preuves soient « pour l'essentiel crédibles ». Tel me semble être le critère à appliquer pour évaluer la qualité des informations soumises à la Cour. J'en viens donc maintenant à cette évaluation elle-même.

*Les méthodes suivant lesquelles les éléments de preuves  
soumis par la Yougoslavie ont été préparés*

Chacune des Parties nie être responsable d'un génocide et en accuse l'autre. Il y a donc, de ce point de vue, une certaine symétrie dans leurs



positions. Cette symétrie est cependant rompue par une importante différence qui a trait à la position adoptée par chacune des Parties à propos du conflit. La Bosnie-Herzégovine est évidemment impliquée dans le conflit, mais la Yougoslavie affirme qu'elle ne l'est pas. Celle-ci dit qu'il y a une guerre civile en Bosnie-Herzégovine et que le Gouvernement yougoslave

« n'est pas une partie belligérante, qu'il n'a pas de soldats sur le territoire de la « République de Bosnie-Herzégovine », qu'il ne prête un appui armé à aucune des parties au conflit et qu'il n'encourage d'aucune façon la commission des crimes mentionnés dans la requête [déposée par la Bosnie-Herzégovine le 20 mars 1993] » (lettre en date du 1<sup>er</sup> avril 1993 adressée au Greffier par le ministre fédéral des affaires étrangères de Yougoslavie; voir également la déclaration de M. Zivkovic dans CR 93/13, p. 7, 2 avril 1993, après-midi).

Au contraire, affirme la Yougoslavie, elle a accordé refuge à un grand nombre de Musulmans de Bosnie-Herzégovine et a fourni une aide humanitaire à la Bosnie-Herzégovine de différentes façons (observations écrites de la Yougoslavie concernant la seconde demande en indication de mesures conservatoires de la Bosnie-Herzégovine, 9 août 1993, par. 11).

En fait, la position de la Yougoslavie est qu'elle a adopté une attitude d'impartialité consistant à ne pas intervenir dans la situation militaire en Bosnie-Herzégovine. Il ne s'agit pas, à ce stade, de savoir si cette affirmation correspond ou non à la réalité; l'important est que telle est la position adoptée par la Yougoslavie. L'adoption d'une attitude de non-intervention sur le plan militaire est un élément pertinent pour la façon dont la Cour doit aborder les allégations formulées par la Yougoslavie et influe sur la qualité de ces allégations.

Les principaux éléments du dossier présenté par la Yougoslavie ont été rassemblés par la « commission d'Etat yougoslave sur les crimes de guerre et le génocide ». Le dossier ainsi rassemblé par la commission yougoslave allègue qu'un génocide est commis, mais exclusivement par les Musulmans contre les Serbes; l'on n'y trouve aucune allusion d'un génocide commis par les Serbes contre les Musulmans. Cela n'est pas surprenant si l'on considère, tout d'abord, que le mandat de la commission ne s'étendait pas si loin, son rapport étant intitulé « Mémoire sur les crimes de guerre et crimes de génocide commis en Bosnie orientale (communes de Bratunac, Skelani et Srebrenica) contre la population serbe, pendant la période d'avril 1992 à avril 1993 ». Toutefois, l'on trouve à la page 79 de ce mémorandum le passage suivant :

« Une bonne part des documents relatifs aux assassinats, embuscades organisées, massacres de personnes, destruction de biens, sévices infligés en prison, pillages et incendies sont entre les mains des autorités compétentes, à savoir les postes de police, centres sanitaires ou autres établissements publics, ainsi que le commandement et les unités de l'armée de la République de Srpska. »

M. Boyle a fait observer à juste titre que cela non seulement montre que la commission d'Etat yougoslave sur les crimes de guerre et le génocide a fait fond sur des documents qui lui avaient été communiqués par «le commandement et les unités de l'armée de la République de Srpska», mais encore suggère l'existence de rapports étroits entre les autorités yougoslaves et les autorités militaires des Serbes bosniaques. Il y a tout lieu pour la Cour de s'abstenir, à ce stade, de fonder une décision sur des informations de ce type, non seulement parce qu'elles sont partisanses, ce qu'elles sont, mais encore parce qu'il s'agit d'informations partisanses présentées par une partie qui affirme avoir adopté une position consistant à ne pas prendre position sur le plan militaire.

*L'affirmation de la Yougoslavie selon laquelle elle n'intervient pas dans les opérations militaires des Serbes bosniaques*

Il faut maintenant revenir à l'affirmation de la Yougoslavie selon laquelle elle n'intervient pas dans les activités militaires serbes en Bosnie ni ne les appuie. Or, une déclaration faite au nom du Gouvernement de la Serbie (qui fait partie de la Yougoslavie) après que la Cour a rendu sa première ordonnance montre que ce gouvernement, au prix de sacrifices considérables, a en fait «aidé généreusement et sans réserves» les Serbes dans ce qu'il disait être le «juste combat pour la liberté et l'égalité du peuple serbe [qui] est actuellement mené dans la République serbe», c'est-à-dire sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine (voir le communiqué publié après la session du Gouvernement de la République de Serbie, tel qu'il est reproduit dans la seconde demande de la Bosnie-Herzégovine du 27 juillet 1993, p. 43-44). Une déclaration publiée au nom du Gouvernement fédéral de Yougoslavie va dans le même sens (communiqué du Gouvernement fédéral reproduit dans la seconde demande de la Bosnie-Herzégovine en date du 27 juillet 1993, p. 44-45). Il a également été produit comme preuve le texte de la déclaration ci-après faite le 11 mai 1993 par le président Slobodan Milosevic de la Serbie :

*« Au cours des deux années écoulées, la République de Serbie — en aidant les Serbes hors de Serbie — a forcé son économie à des efforts massifs et ses citoyens à des sacrifices considérables. Ces efforts et sacrifices atteignent maintenant les limites du supportable. La majeure partie de cette aide est allée à la population et aux combattants en Bosnie-Herzégovine, mais un volume d'aide considérable est allée aussi au cinq cent mille réfugiés en Serbie. En même temps, en raison de sa solidarité avec les Serbes en Bosnie-Herzégovine et de son assistance à ces derniers, la Serbie subit de dures sanctions internationales. Aujourd'hui, il n'y a pas de comparaison entre nous et n'importe quel autre pays du monde, ou très peu de pays, pour ce qui est des difficultés économiques et d'ordre général que nous affrontons. Nous savions évidemment que nous rencontrerions ces difficultés lorsque nous avons décidé de porter assistance aux Serbes qui faisaient la guerre.*

Maintenant les conditions de la paix en Bosnie ont été créées. A la suite d'une année de guerre et de négociations de paix à long terme, les Serbes ont conquis leur liberté et regagné l'égalité qui leur avait été enlevée lorsque la guerre a commencé. *La majeure partie du territoire de l'ex-Bosnie-Herzégovine appartient maintenant aux provinces serbes.* C'est là une raison suffisante pour mettre fin à la guerre et dissiper d'autres malentendus éventuels par des négociations et des moyens pacifiques.

\* \* \*

*La Serbie a accordé une assistance considérable aux Serbes de Bosnie. Grâce à cette assistance, ces derniers ont obtenu presque tout ce qu'ils voulaient.*» (Transcription de la BBC reproduite dans la seconde demande de la Bosnie-Herzégovine, p. 47-48.)

Sur la base de ces éléments de preuve et des autres informations soumises, il est à ce stade tout au moins défendable de dire que la Yougoslavie a en fait accordé une assistance militaire et d'autres formes d'assistance à l'effort de guerre des Serbes bosniaques, que cette assistance a commencé avant l'ordonnance rendue par la Cour le 8 avril 1993 et s'est poursuivie sans interruption depuis lors; que le but de cette assistance était de permettre aux Serbes bosniaques d'obtenir des territoires en Bosnie-Herzégovine, et que par conséquent le président Milosevic a accepté la responsabilité du «nettoyage ethnique» qui constituait un élément central des méthodes par lesquelles ces territoires étaient acquis.

La non-intervention dans le conflit affirmée par la Yougoslavie suscite de sérieux doutes. Ces doutes, à leur tour, doivent amener la Cour à hésiter, à ce stade, à baser une décision sur les informations qui lui ont été fournies pour établir, comme l'allègue la Yougoslavie, qu'un génocide est commis par la Bosnie-Herzégovine.

*Le silence de la Yougoslavie concernant la question de savoir si les Serbes bosniaques ont commis un génocide*

Si, comme je le pense, les éléments de preuve portent à croire que la Yougoslavie a en fait appuyé l'effort militaire serbe en Bosnie-Herzégovine, la Cour peut à ce stade raisonnablement estimer que la Yougoslavie est en mesure de savoir si les autorités serbes en Bosnie-Herzégovine ont ou non commis un génocide. C'est là un point que la Yougoslavie ni ne confirme ni n'affirme. Elle dit ce qui suit :

« La République fédérative de Yougoslavie n'a dirigé, appuyé ou influencé personne dans le but de commettre le crime de génocide ou aucun acte visé à l'article III de la convention sur le génocide contre la population musulmane de Bosnie-Herzégovine ou contre aucun autre groupe national, ethnique ou religieux. » (Observations écrites de la Yougoslavie en date du 9 août 1993, par. 11.)

Une telle argumentation laisse subsister la possibilité qu'un génocide soit commis par les Serbes contre les Musulmans, que la Yougoslavie soit à même de le savoir et le sache, mais que la Yougoslavie adopte simplement pour position que ce génocide est commis sans son appui. Nul doute qu'une telle position puisse être adoptée au fond, la question tenant à la responsabilité de la Yougoslavie. Mais j'aurais cru qu'une approche moins discrète aurait été appropriée alors que la Yougoslavie demandait elle-même à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires pour qu'il soit mis fin au génocide prétendument commis par les Musulmans contre les Serbes. La Bosnie-Herzégovine, pour sa part, nie qu'un génocide soit commis contre les Serbes. Cela est contesté par la Yougoslavie, mais constitue tout au moins l'affirmation claire d'une position. L'important, dans le cas de la Yougoslavie, n'est pas qu'elle nie qu'un génocide soit commis par les Serbes, mais plutôt qu'elle ne le confirme ni ne l'affirme, alors même qu'elle est en mesure de faire l'un ou l'autre. Il s'agit là, à mes yeux, d'une circonstance que la Cour doit peser soigneusement lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de faire droit à la demande de la Yougoslavie en indication de mesures conservatoires en faveur des Serbes.

*La demande en indication de mesures conservatoires de la Yougoslavie  
n'a été présentée qu'en raison de la seconde demande  
de la Bosnie-Herzégovine*

J'en viens maintenant à l'heure des allégations de la Yougoslavie. Le fait que la demande de la Yougoslavie a été formulée en réponse à la seconde demande de la Bosnie-Herzégovine ne parle pas nécessairement contre elle. Mais la question qui se pose est la suivante : la demande de la Yougoslavie aurait-elle été formulée n'était-ce celle de la Bosnie-Herzégovine ? Je ne peux pas m'empêcher de penser que non. Les principales informations sur lesquelles fait fond la Yougoslavie ont trait à la période allant d'avril 1992 à avril 1993 et avaient été rassemblées par la commission d'Etat yougoslave sur les crimes de guerre et le crime de génocide pendant une certaine période de temps qui s'est achevée en avril 1993. A supposer que ces informations (que ce soit en tout ou en partie) n'aient pas pu être présentées à la Cour lors de l'examen de la demande précédente, l'on comprend difficilement pourquoi elles ne le sont que quatre mois environ après avoir été rassemblées et encore seulement en réponse à une seconde demande de la Bosnie-Herzégovine. Si un génocide est en fait commis contre les Serbes, la nécessité subsiste de prendre des mesures pour y porter remède, quel que soit le retard mis à saisir la Cour ; cependant, un tel retard est à mon avis pertinent pour apprécier le crédit que la Yougoslavie même accorde à la qualité des allégations qu'elle avance maintenant devant un organe judiciaire.

A mon avis, et sans soulever une quelconque question d'urgence en tant qu'élément juridique indépendant, l'on peut raisonnablement considérer que la demande de la Yougoslavie n'a été présentée qu'en raison de celle

de la Bosnie-Herzégovine et n'a pas été soumise assez rapidement pour donner à penser que la Cour puisse à bon droit, à ce stade, se fonder sur les pièces justificatives présentées afin d'indiquer les mesures conservatoires que sollicite la Yougoslavie.

*L'attitude de la Yougoslavie face à l'ordonnance rendue par la Cour  
le 8 avril 1993*

Il faut tenir compte aussi de la suite que la Yougoslavie a donnée aux mesures conservatoires indiquées par la Cour dans son ordonnance du 8 avril 1993. La Bosnie-herzégovine se plaint de ce que la Yougoslavie n'ait à aucun moment essayé de mettre en œuvre lesdites mesures. Le fait que la Cour n'ait pas, à l'heure actuelle, à statuer sur le fond de l'affaire ne signifie pas qu'elle ne puisse pas parvenir à une conclusion définitive quant à la question spécifique de savoir si les mesures qu'elle a indiquées ont été appliquées. A mes yeux, les éléments de preuve disponibles conduisent à conclure que la Yougoslavie ne les a pas mises en œuvre.

Cette question de non-application débouche naturellement sur celle de savoir si des mesures conservatoires sont juridiquement obligatoires. C'est en 1986 que la Cour s'est le plus rapprochée d'une réponse à cette question lorsqu'elle a dit :

« Lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données et de ne pas fonder sa conduite uniquement sur ce qu'elle croit être ses droits. »  
(*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 144, par. 289.)

Cette conclusion et la mention qui en est faite au paragraphe 58 de l'ordonnance rendue ce jour ne sont pas allées, dans leur formulation prudente, jusqu'à dire que des mesures conservatoires sont obligatoires. En fait, elles pourraient être interprétées comme signifiant que ces mesures elles-mêmes ne sont pas obligatoires et que les Parties ont simplement l'obligation de tenir compte de l'indication que la Cour en a donnée.

La question, si elle est encore sujette à discussion, remonte à la fondation de la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I., Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 735). Les grands traits de la discussion sur le point de savoir si des mesures conservatoires ont un caractère de recommandation ou sont juridiquement contraignantes ont été reflétés dans les débats concernant les pouvoirs réglementaires de la Cour qui ont eu lieu en 1931 (*Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, C.P.J.I. série D, deuxième addendum au n° 2*, p. 181-200). Je n'ai pas l'intention de résumer ou d'analyser les thèses contradictoires défendues dans la masse considérable d'études que cette question a suscitées depuis lors. Il n'est cependant pas inutile de mentionner un échange de vues.

Se référant en 1935 au libellé du paragraphe 1 de l'article 41 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, Henri Rolin a établi une fine distinction entre la question des moyens d'exécution et celle du caractère obligatoire des mesures conservatoires, faisant observer que :

« le motif allégué pour expliquer l'omission du mot « ordonne » permet de toucher du doigt la fragilité des considérations qui ont retenu le Comité de juristes : pas de moyen d'exécution, donc pas d'ordre ! Comme si le même argument n'aurait pas pu être invoqué contre le caractère obligatoire des sentences au fond, comme si dans l'ordre des juridictions nationales aussi le décrètement des mesures provisoires n'appartient pas au judiciaire, le contrôle de leur exécution à l'exécutif ! » (Henri A. Rolin, « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de Justice internationale en matière de mesures conservatoires », dans *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, 1935, vol. 2, p. 286).

En 1952, parlant des termes employés au paragraphe 1 de l'article 41 du Statut de la présente Cour à lumière de la Charte, il a remarqué :

« Ces termes pourraient paraître impliquer un pouvoir de décision et une obligation pour les parties de s'y conformer.

Telle ne paraît pourtant pas être la portée de l'article 94 de la Charte qui n'attribue d'effets obligatoires qu'aux arrêts rendus par la Cour. » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1954, vol. 45, I, p. 487.)

Pour ces raisons, il a proposé un amendement à l'article 41 afin de bien préciser que les mesures conservatoires ont un caractère obligatoire (*ibid.*, p. 431).

Hersch Lauterpacht, pour sa part, a déclaré l'année suivante que :

« Je suis tout à fait d'accord avec la suggestion — bien que peut-être pas avec le raisonnement — de M. Rolin pour ce qui est de l'article 41 du Statut relatif aux mesures conservatoires. Sans exprimer d'avis sur le point de savoir si l'*indication* de mesures conservatoires a simplement la nature d'une recommandation, je pense que, si cette dernière interprétation est correcte, il convient d'amender le Statut à cet égard. Il n'est pas nécessairement contraire à l'efficacité de l'administration de la justice internationale que la Cour n'ait pas le pouvoir de décréter, avec effet obligatoire, les mesures conservatoires que devraient prendre les parties. Je considère cependant qu'il n'entre pas dans la fonction de la Cour de *recommander* des mesures que les parties seraient libres d'accepter ou de rejeter. » (*Ibid.*, p. 535-536.)

Pour d'aucuns, par conséquent, l'on pourrait fort bien tolérer qu'eu égard au cadre spécial dans lequel elle opère une juridiction internationale, à la différence d'une juridiction de l'ordre interne, n'ait pas le pouvoir de décréter des mesures conservatoires avec effet obligatoire. Ce qui était

moins acceptable, c'était qu'elle eût un « pouvoir », mais seulement un « pouvoir » de recommander aux parties des mesures qu'elles seraient libres d'accepter ou de rejeter.

La solution suggérée consistant à amender le Statut ne dégage évidemment pas la Cour de son obligation, en attendant, de se prononcer sur la question de l'interprétation à en donner, le moment venu, quant au caractère obligatoire des mesures conservatoires. On peut cependant se demander si, pour répondre aux questions auxquelles la Cour est maintenant confrontée, il faut statuer sur ce point d'interprétation spécifique. Il pourra falloir régler ce point si, par exemple, la question était de savoir si une partie a droit à réparation en raison de la non-application par l'autre partie de mesures conservatoires, ou à une réparation pour les avoir elle-même appliquées si la revendication formulée contre elle au principal échoue ultérieurement, soit pour défaut de compétence, soit au fond. Mais la Bosnie-Herzégovine ne prétend pas qu'une violation par la Yougoslavie des mesures conservatoires indiquées le 8 avril 1993 exposera cette dernière à une sanction juridique spécifique ou donnera à la Bosnie-Herzégovine un droit juridique spécifique en rapport avec la présente instance.

Ce doute peut être considéré comme quelque peu académique, et il se peut fort bien qu'en réalité la question d'interprétation se pose. Je n'entends cependant pas exprimer une opinion sur ce point car il me semble qu'une autre démarche est possible.

La question essentielle est de savoir si la Yougoslavie a en fait appliqué les mesures que la Cour attendait lui voir mettre en œuvre, qu'elles aient ou non un caractère obligatoire. Une distinction peut être établie entre l'*indication* de mesures et les *mesures* indiquées. En ce qui concerne l'« indication », il s'agit de savoir si elle a l'effet d'une décision judiciaire qui impose une obligation juridique à une partie. En ce qui concerne les « mesures », il faut déterminer si elles représentent une conclusion judiciaire sur ce qui doit être fait pour sauvegarder les droits contestés. A mon avis, même si l'indication n'est pas juridiquement obligatoire, les mesures ont le caractère d'une conclusion judiciaire quant à ce qui s'impose pour sauvegarder lesdits droits *pendente lite*, cette conclusion ayant été retirée, à l'issue d'une procédure régulière, par la Cour siégeant en tant qu'organe judiciaire dans l'exercice d'un pouvoir spécifique à elle conféré par le droit. Il s'ensuit que tout manquement à appliquer lesdites mesures, même s'il n'enfreint pas une obligation juridique, est en contradiction avec cette conclusion judiciaire.

Certes, la Cour n'a pas le pouvoir de sanctionner une telle contradiction, mais, selon moi, celle-ci est un élément dont elle doit tenir compte pour évaluer la qualité des éléments de preuve présentés par la partie en défaut à l'appui d'une demande tendant à obtenir des mesures devant sauvegarder essentiellement les mêmes droits que ceux que l'ordonnance initiale de la Cour avait en tout état de cause pour but de sauvegarder. Si la Cour, qui a le pouvoir discrétionnaire incontestable de décider s'il convient ou non de faire droit à une telle demande, ne peut pas ainsi prendre

en considération un défaut d'application, l'on peut s'interroger sur l'utilité de la disposition de l'article 78 du Règlement de la Cour à l'effet que

«[l]a Cour peut demander aux parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle» (voir Geneviève Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 495-496).

Etant parvenu à ce point, il est bon de tenir compte de l'avis suivant, exprimé par Dumbauld :

«Lorsqu'un refus de fournir des renseignements ou de mettre en œuvre des mesures conservatoires est ouvertement affirmé, il naît apparemment une présomption qui se substitue à des éléments de preuve directs en ce sens qu'elle légitime une conclusion pouvant raisonnablement être déduite du fait en question.» (E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, p. 161 ; notes omises.)

La Yougoslavie, n'ayant pas mis en œuvre les mesures conservatoires indiquées par la Cour, sollicite maintenant elle-même de telles mesures. Je ne vais pas jusqu'à dire que la non-application des mesures précédemment indiquées interdit nécessairement automatiquement à la Yougoslavie de formuler sa demande (comme cela pourrait fort bien être le cas dans certains systèmes de droit interne), mais il s'agit à mes yeux d'un élément qui légitime la conclusion à l'effet que, compte tenu de toutes les circonstances, il ne serait pas approprié pour la Cour, à ce stade, de faire fond sur les informations présentées par la Yougoslavie à l'appui des mesures spécifiques qu'elle sollicite.

### III. CONCLUSION

On conçoit difficilement quelles mesures la Cour pourrait utilement, et dans les limites de sa compétence, indiquer en sus de celles déjà énoncées dans son ordonnance précédente. D'un autre côté, la situation s'est à tel point dégradée depuis que l'ordonnance antérieure a été rendue que la Cour ne saurait faire moins que de demander la mise en œuvre immédiate et effective des mesures conservatoires qui y sont indiquées. Sir Hersch Lauterpacht ne pensait pas à la Cour lorsqu'il a dit :

«Sans doute, on peut poser en règle qu'on ne rencontre pas de difficultés à ne rien faire ou à faire peu de chose, mais cela ne peut guère fournir un critère raisonnable pour apprécier l'accomplissement de la tâche qui incombe à l'autorité de surveillance.» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, p. 53-54.)



La Cour ne se trouve évidemment pas dans la situation de l'autorité de surveillance dont il s'agissait dans cette affaire, mais cela ne saurait suffire à priver cette observation de pertinence pour ce qui est de la compétence qui lui appartient. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire d'en arriver là car, pour transposer les termes utilisés naguère par M. Read de leur contexte pacifique à celui des actes inimaginables de cruauté qui sont perpétrés en Bosnie-Herzégovine :

« Il faut un acte de courage pour transformer l'inconcevable en ce qui est concevable, et un second ou un troisième pour en faire quelque chose de normal. » (Cité dans Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, p. 21.)

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.