

DISSENTING OPINION OF JUDGE KREČA

The Order of 13 September 1993 constitutes the reaffirmation of the Court's earlier decision of 8 April 1993, both in the formal and in the material sense.

Noteworthy for an assessment of such a decision is the fact that the Court has rejected the proposed provisional measures requested by the Applicant noting *inter alia*,

“whereas the rights listed at (a) to (g) were asserted in almost identical terms, and their protection was claimed to be necessary, in the first request of Bosnia-Herzegovina for provisional measures, filed on 20 March 1993; whereas of the rights listed only that indicated in paragraph (c) is such that it may prima facie to some extent fall within the rights arising under the Genocide Convention; and whereas it was therefore in relation to that paragraph and for the protection of rights under the Convention that the Court indicated provisional measures in its Order of 8 April 1993 . . .” (Order, para. 39).

The fact that the Court took such a position and that the first and second request of the Applicant are virtually identical in substance, raises a question of crucial significance — what were the grounds that served as a basis for the Court's decision of 8 April 1993?

I

In the case at hand, the Court based its prima facie jurisdiction on the fact that both Parties to the dispute are contracting parties to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948), which, *inter alia*, provides that

“Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute.” (Art. IX.)

Hence, in its Order issued on 8 April 1993, the Court decreed:

“Whereas the Court, having established the existence of a basis on which its jurisdiction might be founded, ought not to indicate

OPINION DISSIDENTE DE M. KREČA

[Traduction]

L'ordonnance du 13 septembre 1993 réaffirme la précédente décision de la Cour du 8 avril 1993 quant à son contenu, tant formel que matériel.

S'agissant de porter une appréciation sur cette décision, il convient de remarquer que la Cour a refusé d'indiquer les mesures conservatoires sollicitées par le demandeur en notant entre autres :

« que les droits énumérés aux alinéas a) à g) ont été invoqués en termes presque identiques dans la première demande en indication de mesures conservatoires, déposée le 20 mars 1993 par la Bosnie-Herzégovine, et que, dans cette demande, leur protection a été sollicitée comme nécessaire; que, de tous les droits énumérés, seul celui énoncé à l'alinéa c) est tel que, par sa nature, il peut dans une certaine mesure relever *prima facie* des droits conférés par la convention sur le génocide; et que c'est par conséquence en relation avec cet alinéa et pour la protection de droits conférés par la convention que la Cour a indiqué des mesures conservatoires dans son ordonnance du 8 avril 1993... » (ordonnance, par. 39).

Le fait que la Cour a adopté pareille position et que la première et la seconde demande du demandeur étaient, en substance, pratiquement identiques, soulève une question d'importance cruciale : sur quels motifs la décision de la Cour du 8 avril 1993 repose-t-elle ?

I

En l'espèce, la Cour a fondé sa compétence *prima facie* sur le fait que les deux Parties au différend sont parties à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 qui dispose, entre autres, que

« Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend. » (Art. IX.)

En conséquence, dans son ordonnance du 8 avril 1993, la Cour a déclaré ce qui suit :

« Considérant que la Cour, après avoir établi qu'il existe une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, ne devrait pas indi-

measures for the protection of any disputed rights other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of that jurisdiction; whereas accordingly the Court will confine its examination of the measures requested, and of the grounds asserted for the request for such measures, to those which fall within the scope of the Genocide Convention" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 19, para. 35).

The Genocide Convention extends protection to a "national, ethnical, racial or religious group" (Art. II), which in practical terms means that the "respective rights" in terms of Article 41 of the Statute are *in concreto* the right of a "national, ethnical, racial or religious group, as such to be protected from acts committed with intent to destroy it, in whole or in part".

As can be seen from the wording of paragraph (c), it does not relate to rights of "national, ethnical, racial or religious groups, as such" but to "the right of the People and State of Bosnia-Herzegovina". Broadly speaking, the term "people" could, in principle, be related to "national or ethnical groups" as the object of protection of the Genocide Convention. I say "in principle", since in this specific instance there are no reasonable grounds for such an interpretation. The expression "people" in this case does not refer to an actual homogeneous national, ethnic, or religious entity, for the phrase "People of Bosnia and Herzegovina" used by the Applicant, in fact, covers three ethnic communities. Therefore, a broad interpretation of the term "people" according to which it would extend to or imply "a national, ethnical, racial or religious group" in terms of the Genocide Convention, especially in the view of the content of the Applicant's requests for provisional measures, would in this case lead to an absurd outcome.

Anyway, the Applicant himself tacitly admits that in Bosnia-Herzegovina there is no single national *corpus*, for the proposal for the provisional measure under paragraph 2 of the first request, and to a certain extent also under paragraph 2 of the second request, is that a ban be imposed on aid (etc.) "to any nation . . . in Bosnia-Herzegovina".

The actual formulation of rights under paragraph (c) consists of two parts: the first is more of a rhetorical statement than a right formulated by the Convention ("right . . . to be free at all times") and the second is a classic example of an interim judgment ("from genocide and other genocidal acts perpetrated . . . by Yugoslavia (Serbia and Montenegro), acting together with its agents and surrogates in Bosnia and elsewhere").

In my opinion, the primary condition which a request for provisional measures must satisfy is that these measures should be "regarded as solely

quer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence; considérant que, par voie de conséquence, la Cour se limitera, dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 19, par. 35.*)

La convention sur le génocide étend sa protection à tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux » (art. II), ce qui signifie *in concreto* que le « droit de chacun » visé à l'article 41 du Statut est celui de tout « groupe national, ethnique, racial ou religieux » d'être protégé contre tout acte « commis dans l'intention de [le] détruire, en tout ou partie ».

Or, selon ses termes mêmes, l'alinéa c) de la demande n'a pas trait aux droits d'un « groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel », mais au droit du « peuple et [de] l'Etat de Bosnie-Herzégovine ». On pourrait en principe considérer que le terme « peuple » se réfère, d'une certaine manière, à un « groupe national ou ethnique », objet de la protection de la convention sur le génocide. Je dis « en principe » vu qu'en l'espèce une telle interprétation ne reposerait sur aucun fondement raisonnable. En l'occurrence, le mot « peuple » ne renvoie pas à une réelle entité nationale, ethnique ou religieuse homogène. En effet, l'expression « peuple de Bosnie-Herzégovine », qu'utilise le demandeur, recouvre en fait trois communautés ethniques. Par conséquent, interpréter le mot « peuple » au sens large comme signifiant ou supposant l'existence d'un « groupe national, ethnique, racial ou religieux » aux termes de la convention sur le génocide aboutirait à un résultat absurde, particulièrement eu égard à la teneur de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur.

Quoi qu'il en soit, le demandeur lui-même reconnaît tacitement qu'il n'existe pas en Bosnie-Herzégovine d'entité nationale unique car la mesure conservatoire qu'il propose au paragraphe 2 de sa première demande et, dans une certaine mesure, aussi au paragraphe 1 de sa seconde demande tend à ce qu'il soit mis fin à l'aide, etc., apportée « à toute nation ... en Bosnie-Herzégovine ».

La formulation même des droits énoncés à l'alinéa c) comporte deux éléments: le premier relève davantage d'une déclaration rhétorique que d'un droit visé par la convention (« droit ... d'être à tout moment protégés ») et le second est un exemple classique de jugement provisionnel (« contre les actes de génocide et autres actes assimilables perpétrés ... par la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), agissant de concert avec ses agents et auxiliaires en Bosnie et ailleurs »).

A mon avis, la condition première à laquelle toute demande en indication de mesures conservatoires doit satisfaire est que les mesures en ques-

designed to protect the subject of the dispute and the actual object of the principal claim" (*Polish Agrarian Reform and German Minority, Order of 29 July 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 58, p. 178*). In the *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case, the Court has stressed in imperative form that the request for the indication of provisional measures

"must by its very nature relate to the substance of the case since, as Article 41 [of the Statute] expressly states, their object is to preserve the respective rights . . ." (*I.C.J. Reports 1979, p. 16, para. 28*).

This primary condition is not fulfilled in the concrete case. Namely, as evidenced by paragraph 39 of the latest Order, in passing the Order of 8 April, the Court relied solely on paragraph (c) — which means that it did not accept any one of the provisional measures proposed by the Applicant but it found a basis for passing the Order in the part of the request dealing with the "Legal rights sought to be protected by the indication of provisional measures". This part of the request, however, is an explanation of the reasons behind the request for provisional measure ("reasons therefor") to use the terminology of Article 73, paragraph 2, of the Rules, so that even if it were to be perfectly worded it would be no more than one element of the request.

According to Article 73, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court decides to indicate provisional measures on the basis of a request which "shall specify the reasons therefor, the possible consequences if it is not granted, and the measures requested".

In view of the fact that the Applicant's first request had contained a proposal for the indication of provisional measures, it follows that the Court deemed those provisional measures, as had also been the case with respect to the provisional measures proposed in the second request, inappropriate to the object of the dispute and it passed the Order on the basis of the formulation of rights whose protection was requested.

That being so, as confirmed by paragraph 39 of the Order of 13 September 1993, in my opinion, the question emerges whether the Court should have decreed the Order of 8 April 1993?

What are the reasons behind the flagrant discrepancy between the measures the Applicant is proposing on the one hand and the *prima facie* established jurisdiction of the Court to decide only on those measures and grounds "which fall within the scope of the Genocide Convention" (*I.C.J. Reports 1993, p. 19, para. 35*) on the other? I deem the answer to this question to be relevant in the circumstances of the case because in itself, and even more in the context of the case, it cannot but affect both the wording and the substance of the pronounced provisional measures.

tion doivent « être considérées comme tendant uniquement à sauvegarder l'objet du différend et l'objet de la demande principale elle-même » (*Réforme agraire polonaise et minorité allemande, ordonnance du 29 juillet 1933, C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 178*). Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a souligné de façon impérative que la demande en indication de mesures conservatoires

« a nécessairement, par sa nature même, un lien avec la substance de l'affaire puisque, comme l'article 41 [du Statut] l'indique expressément, son objet est de protéger le droit de chacun... » (*C.I.J. Recueil 1979, p. 16, par. 28*).

Cette condition première n'est pas remplie en l'occurrence. En effet, comme le montre le paragraphe 39 de la dernière ordonnance, la Cour, en rendant l'ordonnance du 8 avril, s'est fondée uniquement sur l'alinéa c) de la demande — ce qui signifie qu'elle n'a invoqué aucune des mesures conservatoires proposées par le demandeur, mais qu'elle a trouvé matière à rendre une ordonnance dans la partie de la demande traitant des « droits juridiques que vise à protéger la demande en indication des mesures conservatoires ». Toutefois, cette partie de la demande est un exposé des motifs à l'appui de la demande en indication de mesures conservatoires (« les motifs sur lesquels elle se fonde », pour reprendre la terminologie du paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement de la Cour), de sorte que, même si elle était parfaitement formulée, elle ne constituerait jamais qu'un élément de la demande.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement de la Cour, la Cour décide d'indiquer des mesures conservatoires sur la base d'une demande qui « indique les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de son rejet et les mesures sollicitées ».

Etant donné que la première demande du demandeur proposait l'indication de certaines mesures conservatoires, il s'ensuit que la Cour a estimé que ces mesures, de même que celles qui ont été proposées dans la seconde demande, sont inappropriées eu égard à l'objet du différend et que c'est sur la base de l'énoncé des droits dont la protection était recherchée qu'elle a rendu son ordonnance.

Cela étant, comme le confirme le paragraphe 39 de l'ordonnance du 13 septembre 1993, il se pose à mon avis la question de savoir si la Cour aurait dû rendre l'ordonnance du 8 avril 1993.

Comment expliquer la différence flagrante entre les mesures que le demandeur propose, d'une part, et la compétence de la Cour, établie *prima facie*, pour se prononcer uniquement sur les mesures et motifs « qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide » (*C.I.J. Recueil 1993, p. 19, par. 35*), d'autre part? Vu les circonstances de l'espèce, il me semble que la réponse à cette question est pertinente parce que, en elle-même, et plus encore dans le contexte de la présente affaire, elle ne peut que rejaillir tant sur la formulation que sur le contenu des mesures conservatoires prononcées.

Correct interpretation of the documents of the case suggests that it is the Applicant's intention to extend the dispute. Namely: the request for the indication of provisional measures of protection submitted by the Applicant on 27 July contains *inter alia* that *ratio* behind the submission of such a request:

"This request for additional measures of protection is motivated by the desire to have the Court protect the 'rights' of the People and State of Bosnia and Herzegovina. Moreover, this request for additional measures of protection is also motivated by the desire to have the Court protect the very existence of the People and State of Bosnia and Herzegovina from extermination by means of genocide, partition, dismemberment, annexation and incorporation by the Respondent. Since the Court has the legal power to protect the 'rights' of Bosnia and Herzegovina, then *a fortiori* the Court must have the legal power to protect Bosnia and Herzegovina itself." (Request for the indication of provisional measures of protection submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina, Preamble.)

In the part of the request titled "D. The Consequences Sought to be Avoided by Provisional Measures" which, pursuant to the provision of Article 73, paragraph 2, is an obligatory and integral component of the request in which a party "shall specify the reasons therefor", the Applicant states:

"The overriding objective of this request is to prevent the further loss of human life and further acts of genocide against the People of Bosnia and Herzegovina, as well as to prevent the partition, dismemberment, annexation, incorporation and final destruction of the Republic of Bosnia and Herzegovina itself, a sovereign State and Member of the United Nations Organization."

Such a position on the part of the Applicant which in concrete terms means a request for the indication of provisional measures, made it incumbent upon the Court, in my opinion, to look into two things:

- (1) the meaning of such an act within the framework of the actual opening proceedings and in the light of the provisional measure under paragraph 52 B, Order of 8 April 1993, which, *inter alia*, says that the Applicant "should not take any action . . . which may aggravate or extend the existing dispute over the prevention or punishment of the crime of genocide . . ."; and
- (2) the particular meaning of such an act in the context of the efforts being invested by the Conference in Geneva to seek out a political settlement to the tragedy of Bosnia-Herzegovina. For, on the basis of the Applicant's submissions, the conclusion may be drawn that the purpose of the provisional measures is also to prevent the adoption of the Owen-Stoltenberg Peace Plan for Bosnia. The Applicant's written submission of 10 August states, *inter alia*:

Une juste interprétation des pièces de l'instance laisse entrevoir qu'il est dans l'intention du demandeur d'étendre le différend. Plus précisément, la demande en indication de mesures conservatoires présentée par le demandeur le 27 juillet énonce notamment comme motif sous-jacent à la présentation d'une telle requête la raison ci-après :

« Cette demande en indication de mesures conservatoires supplémentaires est motivée par le désir de voir protéger par la Cour les « droits » du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine. En outre, cette demande en indication de mesures conservatoires supplémentaires est aussi motivée par le désir de voir protéger par la Cour l'existence même du peuple et de l'Etat de Bosnie-Herzégovine contre l'extermination par le génocide, la partition, le démembrement, l'annexion ou l'absorption par le défendeur. Comme la Cour a juridiquement le pouvoir de protéger les « droits » de la Bosnie-Herzégovine, elle doit à fortiori avoir juridiquement le pouvoir de protéger la Bosnie-Herzégovine elle-même. » (Demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, préambule.)

Dans le passage de la demande intitulé « D. Les conséquences que les mesures conservatoires sollicitées visent à éviter » qui, en vertu du paragraphe 2 de l'article 73, fait obligatoirement partie intégrante de la demande, la partie devant y indiquer « les motifs sur lesquels elle se fonde », le demandeur affirme :

« L'objectif premier de la présente demande est de prévenir de nouvelles pertes en vies humaines et de nouveaux actes de génocide contre le peuple de Bosnie-Herzégovine et d'empêcher la partition, le démembrement, l'annexion, l'absorption et la destruction définitive de la République de Bosnie-Herzégovine elle-même, Etat souverain et Membre de l'Organisation des Nations Unies. »

Face à une telle position de la part du demandeur, qui représente en termes concrets une demande en indication de mesures conservatoires, il incombe à mon avis à la Cour de se pencher sur deux points :

- 1) la signification d'un tel acte dans la phase initiale de la présente procédure, à la lumière de la mesure conservatoire visée au paragraphe 52 B de l'ordonnance du 8 avril 1993 qui, entre autres, énonce que le demandeur doit « ne prendre aucune mesure ... qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide... » ;
- 2) la signification particulière d'un tel acte dans le contexte des efforts déployés à la conférence de Genève en vue de trouver un règlement politique à la tragédie de la Bosnie-Herzégovine. En effet, on pourrait déduire des conclusions du demandeur que le but des mesures conservatoires est également d'empêcher l'adoption du plan de paix Owen-Stoltenberg pour la Bosnie puisque, dans sa communication écrite du 10 août, le demandeur affirme entre autres :

“it is obvious that the Owen-Stoltenberg Plan is a diktat that is the legal equivalent to what Hitler presented to Czechoslovakia at Munich in 1938. The Plan is based upon the assumption that the Republic of Bosnia and Herzegovina — a Member State of the United Nations — will be carved up into three independent States and deprived of our United Nations membership”,

and

“we most respectfully request the Court to grant immediately all of the relief specified in (1), (2), (3) and (4) above and, in particular but not limited to, the ten measures of provisional protection set forth in our second request as well as all of the measures *proprio motu* suggested therein.” (Letter of the Agent of Bosnia and Herzegovina to the Court, dated 7 August 1993.)

There is no doubt that this is a question which is outside the jurisdiction of the Court. To my mind, however, the fact that it is does not exclude the Court, but on the contrary, should prompt the Court, bearing in mind the crucial importance of the peace negotiations as the only way to end the inferno of civil war and the massive suffering of the innocent population, to find a way to urge the Applicant to continue the peace negotiations in Geneva with the Croat and the Serb side (*per analogiam* with the Court in *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, *Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 20, para. 35).

II

More than 30 years ago, Sir Hersch Lauterpacht wrote: “A substantial part of the task of judicial tribunals consists in the examination and the weighing of the relevance of facts.” (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48.)

If the examination of facts is of crucial importance in court proceedings, and there can be no doubt it is, then it is *a fortiori* important in the process of indication of provisional measures. In a procedure that is characterized by urgency, the Court’s possibilities for making an unbiased and critical assessment of the factual situation are necessarily limited. In each particular case, the Court is in actual fact seeking to strike a fine and delicate balance between Scylla — the need to respond to the urgency of the provisional measures — and Charybdis — the imperative requirement not to distort the facts in doing so.

The procedure of indication of provisional measures relies heavily on refutable assumptions (*presumptio juris tantum*), e.g., the refutable assumption that the Court has jurisdiction in the merits of the case in

« il est donc manifeste que le plan Owen-Stoltenberg est un diktat équivalant sur le plan juridique à celui qu'Hitler avait imposé à la Tchécoslovaquie à Munich en 1938. Ce plan repose sur l'idée que la République de Bosnie-Herzégovine — Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies — devra être démembrée en trois Etats dépendants et privée de sa qualité de membre des Nations Unies »,

et

« nous prions très respectueusement la Cour d'indiquer immédiatement toutes les mesures énoncées dans les documents 1, 2, 3 et 4 susmentionnés et notamment, mais sans s'y limiter, les dix mesures conservatoires visées dans notre deuxième demande, ainsi que toutes les mesures conservatoires indiquées d'office qui y sont proposées » (Lettre en date du 7 août 1993 adressée à la Cour par l'agent de la Bosnie-Herzégovine).

A mon avis, bien qu'il ne fasse aucun doute que cette question se trouve en dehors de la compétence de la Cour, cela n'empêche pas cette dernière de trouver un moyen d'exhorter le demandeur à poursuivre les négociations de paix à Genève avec les Croates et les Serbes; tout au contraire, ayant à l'esprit l'importance cruciale des négociations de paix comme unique moyen de mettre un terme à l'enfer de la guerre civile et aux profondes souffrances des populations innocentes, la Cour devrait y être encouragée (par analogie avec l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 20, par. 35).

II

Il y a plus de trente ans, sir Hersch Lauterpacht a écrit que : « La mission des tribunaux judiciaires consiste pour une large part à examiner et à peser la pertinence des faits. » (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48).

Si l'examen des faits est d'une importance cruciale lors d'une procédure judiciaire, et cela ne fait aucun doute, il est à fortiori décisif lorsqu'il s'agit d'indiquer des mesures conservatoires. Dans une procédure qui se caractérise par l'urgence, les possibilités qu'a la Cour de procéder à une évaluation impartiale et critique de la situation de fait sont nécessairement limitées. Dans chaque cas particulier, la Cour cherche en fait à trouver un équilibre subtil et délicat entre Scylla — la nécessité de répondre à l'urgence des mesures conservatoires — et Charybde — l'exigence impérieuse de ne pas, ce faisant, déformer les faits.

La procédure en indication de mesures conservatoires repose en grande partie sur des présomptions réfragables (*presumptio juris tantum*), notamment la présomption simple de compétence de la Cour quant au fond de

which provisional measures are adopted. The logic of presumption is also expressed in the terminology used, since Article 41 of the Statute uses the term "parties", although strictly speaking the parties affected by provisional measures need not be the actual parties to the dispute which is to be resolved by a judgment concerning the rights which the provisional measures are supposed to protect (*exempli causa*, the *Anglo-Iranian Oil Co.* case).

Prima facie, an assessment is justified in cases when the Court establishes its competence in the procedure of indicating provisional measures. And that, in my view, is the absolute limit for the application prima facie of presumption in the incidental procedure of provisional measures. For even an incorrect assessment of jurisdiction, in the final analysis, does not affect legal security, in fact it enhances it in view of the inherent advantages of the judicial settlement of disputes over other modes of resolving disputes.

However, an incorrect assessment of facts necessarily leads to the erroneous application of law which is the ontological antipode of the ideal of judicial proceedings. And a prima facie assessment of facts necessarily entails a very high risk of mistake.

There is not, nor should there be, any substantial difference between the establishment of facts in an incidental procedure, regardless of the particular incidental procedure involved, and the establishment of facts in the merits of the case. Being established by decision of the Court, orders indicating provisional measures have a real and objective value, although orders do not create *res judicata* — in other words, the *differentia specifica* between these two kinds of Court decisions being that provisional measures may be re-examined in the merits of the case.

If the term "fact" is taken in its ordinary meaning as "a thing certainly known to be true" then the only clear and recognizable fact is the apocalyptic tragedy of the Muslims, Serbs and Croats in the war-devastated parts of Bosnia-Herzegovina. Aside from that fact there is a vast expanse of subjectivism which feeds on media propaganda, television and newspaper reports teeming with generalizations, imprecise and vague expressions such as "many observers", "diplomats suggested . . .", "he noted intelligence report indicating . . ." and the like which cannot, even if liberal criteria *ad absurdum* were to be applied, be accepted as evidence.

Subjectivism has an intolerable tendency of spreading easily. It leads to expressions with an ordinary meaning being imbued with a meaning that is in the interest of one party in the dispute. In the process, in the interest of

l'affaire dans laquelle des mesures conservatoires sont adoptées. La logique du mécanisme de présomption se reflète également dans la terminologie utilisée, dans la mesure où l'article 41 du Statut utilise le terme de « parties », bien qu'il ne soit pas nécessaire, à strictement parler, que les parties concernées par les mesures conservatoires soient également les parties au différend qui doit être réglé par un arrêt portant sur les droits que les mesures conservatoires sont censées protéger (voir, à titre d'exemple, l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*).

De prime abord, une appréciation se justifie dans les cas où la Cour établit sa compétence dans une procédure en indication de mesures conservatoires. Et, à mon avis, il s'agit là de la limite absolue à l'application *prima facie* de la présomption dans une procédure incidente d'indication en mesures conservatoires. En effet, en dernière analyse, même une appréciation incorrecte de la compétence ne porte pas atteinte à la sécurité juridique; en fait, elle la renforce plutôt vu les avantages inhérents au règlement judiciaire par rapport aux autres modes de règlement des différends.

Toutefois, une appréciation incorrecte des faits conduit nécessairement à une application erronée du droit, ce qui, d'un point de vue ontologique, se trouve aux antipodes de l'idéal assigné aux procédures judiciaires. Et une appréciation *prima facie* des faits comporte inévitablement un très haut risque d'erreur.

Il n'y a pas, ni ne devrait y avoir, de différence réelle entre l'établissement des faits lors d'une procédure incidente, quel que soit le type de procédure particulière dont il s'agit, et l'établissement des faits lors de l'examen au fond de l'affaire. Rendues sur décision de la Cour, les ordonnances indiquant des mesures conservatoires ont une valeur réelle et objective, bien qu'elles ne soient pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. En d'autres termes, la différence spécifique entre ces deux types de décisions de la Cour réside en ce que les mesures conservatoires sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle appréciation lors de l'examen au fond de l'affaire.

Si le terme « fait » est pris dans son sens ordinaire, c'est-à-dire « une chose dont l'existence ne fait aucun doute », seule la tragédie apocalyptique que subissent les Musulmans, les Serbes et les Croates dans les régions de la Bosnie-Herzégovine dévastées par la guerre constitue un fait clair et reconnaissable. Ce fait mis à part, l'on est en présence d'un immense subjectivisme, alimenté par la propagande des médias et les rapports de la télévision et des journaux où foisonnent généralisations et expressions imprécises et vagues telles que « de nombreux observateurs », « des diplomates ont laissé entendre... », « sur la base de rapports des services de renseignements indiquant que... », etc., qui ne sauraient, même en appliquant le critère du libéralisme jusqu'à l'absurde, être admis en tant qu'éléments de preuve.

Le subjectivisme a une tendance intolérable à se propager très aisément. Il conduit à ce que des expressions dotées d'un sens ordinaire soient chargées d'une signification qui est dans l'intérêt de l'une des parties au

obtaining the expected result, the fact is neglected that interpretation in good faith implies that "if the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter" (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 8).

By the nature of its function, in searching for the material truth, the Court naturally cannot and may not *a priori* exclude any source of information but, at the same time, it is duty bound to subject each and every report to critical scrutiny as that is the only way to avoid it becoming anybody's hostage except the hostage of facts and the truth.

The term "evidence" covers "real evidence, documentary proofs and the testimony of witnesses and experts, advanced by a party either on its own motion or at the invitation of the Court" (M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, 1972, p. 565).

If we abide by this definition of the term "evidence", it is my impression that the Court has not devoted due attention to those proofs which contain names, testimony of witnesses, research findings, etc., as stipulated by the provisions of the Rules of Court (*exempli causa*, Arts. 65, 66 and 67).

Media information may not *per se*, in my opinion, be taken as evidence and still less as irrefutable, hard proof of the existence of the relevant fact. At best it can be taken as evidence tending to establish fact.

In my opinion in this particular matter, the Court is not in possession of hard facts. That is one side of the coin. The other is the obvious need of the Court, in view of the fact that in this particular dispute it has *prima facie* established its jurisdiction, to react to the suffering and persecution of all three peoples in Bosnia-Herzegovina in an appropriate manner that would be in harmony with the current phase of the proceedings. The humanitarian dimension of the Court's decision is of fundamental importance in this case.

The humanitarian dimension of the Court's decision, as I see it, is not derived from what might conditionally be called the humane concerns shaping public opinion, which are both genuine and emotional, but from the humaneness inherent in the substance of the law applied by the Court.

Hence, it would appear that in this specific case and proceeding from the fact that

"the essential object of provisional measures is to ensure that execution of a future judgment on the merits shall not be frustrated by the actions of one party *pendente lite*" (*I.C.J. Reports 1976*, separate opinion of President Jiménez de Aréchaga, p. 15),

two facts are of special importance:

différend. Ce faisant, dans le désir de parvenir au résultat escompté, on oublie que l'interprétation de bonne foi implique que « si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là » (*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8*).

De par la nature de sa fonction, la Cour, à la recherche de la vérité matérielle, ne peut ni ne doit exclure a priori quelque source d'information que ce soit. En même temps, elle est tenue de soumettre chaque rapport à un examen critique afin d'éviter de devenir l'otage de qui que ce soit, si ce n'est celui des faits et de la vérité.

L'expression « moyens de preuve » englobe « les pièces à conviction, les preuves documentaires et les dépositions des témoins et experts cités par une partie soit de sa propre initiative, soit à la demande de la Cour » (M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, 1972, p. 565*).

Si nous nous en tenons à cette définition de l'expression « moyens de preuve », il me semble que la Cour n'a pas accordé toute l'attention voulue aux éléments faisant état de noms, aux dépositions des témoins, aux conclusions des recherches, etc., comme le prévoient les dispositions de son Règlement, par exemple les articles 65, 66 et 67).

A mon avis, des éléments d'information tirés des médias ne sauraient, en eux-mêmes, être considérés comme des moyens de preuve et moins encore comme des preuves solides et irréfutables de l'existence des faits en question. Tout au plus peuvent-ils être considérés comme des indices tendant à établir certains faits.

Selon moi, en l'occurrence, la Cour n'est pas en possession de faits solidement établis. Il s'agit là d'un côté de la médaille. La nécessité évidente pour la Cour, ayant établi en l'espèce sa compétence *prima facie*, de réagir aux souffrances et à la persécution des trois peuples de Bosnie-Herzégovine, d'une façon appropriée et qui soit compatible avec la phase actuelle de la procédure, constitue le revers de cette même médaille. En l'espèce, la dimension humanitaire de la décision de la Cour est d'une importance capitale.

Il me semble que cette dimension n'est pas dictée par ce que l'on pourrait appeler, sous condition, les préoccupations humanitaires, à la fois authentiques et d'ordre émotionnel, qui forgent l'opinion publique, mais bien par la qualité humaine inhérente au fond du droit qu'applique la Cour.

Par conséquent, il semblerait que dans la présente affaire, vu que

« le but essentiel des mesures conservatoires est d'assurer que l'exécution d'une décision ultérieure sur le fond ne sera pas compromise par les actions de l'une des parties *pendente lite* » (*C.I.J. Recueil 1976, opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président, p. 15*),

deux éléments soient particulièrement importants :

- (1) That the jurisdiction of the Court was established *prima facie*. The urgency of the provisional measures may not *a priori* presume the jurisdiction of the Court in the merits. As Judge Gros pointed out in the *Nuclear Tests* case:

“In the decision which the Court has to take on any request for provisional measures, urgency is not a dominant and exclusive consideration; one has to seek, between the two notions of jurisdiction and urgency, a balance which varies with the facts of each case.” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, dissenting opinion of Judge Gros, p. 120.)

In this case this applies in particular to the jurisdiction of the Court *ratione materiae*.

- (2) The distinctive nature of the crime of genocide. As a *delictum juris gentium* the crime of genocide implies the cumulation of two elements — the material (the commission of the acts indicated *a limine* in Article II of the Convention) and the subjective (the intention (*dolus specialis*) to “destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”).

In the absence of conclusive evidence and on the grounds of what I have said, it is my view that the Court should move away from the uncertain terrain of offered evidences to the hard, precise concept of notoriety. The concept of notoriety *in concreto* is in full harmony with what Judge Bedjaoui pointed out in his dissenting opinion in the Lockerbie case:

“The present phase allows [the Court] only to entertain a provisional and merely *prima facie* idea of the case, pending later consideration of the merits in a fully comprehensive way.” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, p. 33.)

The principal elements of the concept of notoriety, logically and empirically irrefutable, would in this particular case imply:

- (a) the places where mass destruction of people occurs;
- (b) under whose jurisdiction those places are; and
- (c) who is *prima facie* responsible in the light of obligations imposed by relevant Articles of the Genocide Convention.

I hold that in the interest of justice, effective jurisdiction should be taken as a second element of notoriety in spite of the fact that before the Human Rights Committee the Applicant confirmed that

- 1) La compétence de la Cour a été établie *prima facie*. L'urgence des mesures conservatoires ne peut à priori présumer la compétence de la Cour quant au fond. Ainsi que M. Gros l'a souligné dans l'affaire des *Essais nucléaires*:

« Dans le jugement que la Cour doit porter sur toute demande de mesures provisoires l'urgence n'est pas une considération dominante et exclusive; il faut rechercher entre les deux notions de juridiction et d'urgence un équilibre qui varie avec les données de chaque affaire. » (*Essais nucléaires (Australie c. France), C.I.J. Recueil 1973, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, opinion dissidente de M. Gros, p. 120.*)

En l'espèce, cela s'applique en particulier à la compétence de la Cour *ratione materiae*.

- 2) La nature distinctive du crime de génocide. En tant que *delictum juris gentium*, le crime de génocide implique la combinaison de deux éléments: l'élément matériel (la commission d'actes indiqués *à limine* à l'article II de la convention) et l'élément subjectif (le *dolus specialis* ou intention de « détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel »).

En l'absence de preuve concluante et sur la base de ce qui précède, il me semble que la Cour devrait s'éloigner du terrain incertain des preuves avancées pour s'en tenir au concept solide et précis de notoriété. L'idée de notoriété *in concreto* est en totale harmonie avec ce que M. Bedjaoui a souligné dans son opinion dissidente dans l'affaire de Lockerbie:

« La phase actuelle ne lui permet [à la Cour] d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier, en attendant de se saisir du fond dans toutes ses dimensions. » (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 33.*)

Les principaux éléments du concept de notoriété, irréfutables d'un point de vue logique et empirique, seraient en l'occurrence:

- a) les localités où la population est massacrée;
- b) les détenteurs de la juridiction sur ces localités;
- c) les responsables *prima facie*, à la lumière des obligations imposées par les articles pertinents de la convention sur le génocide.

J'estime que, dans l'intérêt de la justice, la juridiction effective devrait être considérée comme la seconde composante du concept de notoriété, alors même que, devant le comité des droits de l'homme, le demandeur a confirmé que

“the Republic of Bosnia-Herzegovina considers itself legally responsible for whatever has taken place not only in that part of its territory on which it has factual and effective control but also in other parts of its territory” (United Nations, *Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/79/Add.14, 28 December 1992).

It seems almost superfluous to note that the concept of notoriety is not ideal. The shortcomings of this concept are evident. Basically, they are the antipodes of its inherent advantages. While its constituent elements rest on firm logical and empirical grounds, they are at the same time generalized and relatively ill-adapted to specific events and cases. That is precisely why notoriety constitutes a kind of reserve reliance for the Court in cases when it is not in possession of irrefutable evidence.

This very defect of notoriety, in cases such as this one, turns into an invaluable advantage. A dominant characteristic of this case is that humanitarian reasons require the Court's reaction even though, in terms of law, the fundamental identity between the proposed provisional measures, on the one hand, and the subject-matter of the case, on the other, would suggest extreme restraint in the reaction because of the danger of falling into the trap of an interim judgment.

Notoriety, as a basis of the Court in the indication of provisional measures, provides a chance for those measures to be tailored to the characteristics of this case as I have described them. In other words, to be worded in the form of general measures or, alternatively, as specific measures designed to remove or at least mitigate the effects of the causes, i.e., the facts which have resulted in the tragedy of civil war in Bosnia-Herzegovina.

III

Bearing in mind what I said earlier, including the concrete proposals made, I shall briefly outline my opinion regarding the provisional measures contained in the Order.

My views on the Order are determined both by the content of the individual provisional measures and, at least as much, by the fact that I see the Order as an organic unity, an integral act.

The measure under A (1) *prima facie* is a declaration of the general obligation of the contracting parties to the Genocide Convention and therefore the Respondent as well, to “take all measures within [their] power to prevent commission of the crime of genocide”.

However, the general nature of the obligation that applies to all contracting parties is derogated both by the one-sided nature of the measure

«la République de Bosnie-Herzégovine se considère légalement responsable de tout ce qui s'est produit non seulement sur la partie de son territoire sur laquelle elle exerce un contrôle réel et effectif, mais également sur les autres parties de son territoire» (Nations Unies, *Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/79/Add.14, 18 décembre 1992).

Il paraît presque superflu de souligner à quel point le concept de notoriété est loin d'être idéal; ses lacunes sont évidentes. Elles sont diamétralement à l'opposé de ses avantages inhérents. Alors que ses éléments constitutifs reposent sur de solides bases logiques et empiriques, leur portée est en même temps trop générale et ils sont relativement mal adaptés à des événements et cas particuliers. C'est précisément la raison pour laquelle l'idée de notoriété constitue en quelque sorte un fondement accessoire pour la Cour, dans les cas où elle n'est pas en possession de preuves irréfutables.

Dans des affaires telles que celle qui nous occupe, ces imperfections mêmes de l'idée de notoriété se transforment en avantage incalculable. Le fait que des raisons humanitaires imposent à la Cour de réagir est l'un des traits saillants de cette affaire même si, en termes juridiques, l'identité fondamentale qui existe entre les mesures conservatoires proposées, d'une part, et l'objet de la cause, d'autre part, inciterait à une extrême prudence dans cette réaction du fait du danger qu'il y a à tomber dans le piège d'un jugement provisionnel.

En tant que notion sur la base de laquelle la Cour pourrait indiquer des mesures conservatoires, l'idée de notoriété permet d'adapter ces dernières aux caractéristiques de l'affaire telles que je les ai décrites, autrement dit de les formuler soit sous la forme de mesures générales, soit sous la forme de mesures spécifiques destinées à éliminer ou, tout au moins, à atténuer les effets des causes, c'est-à-dire les faits qui ont débouché sur la tragédie de la guerre civile en Bosnie-Herzégovine.

III

Gardant à l'esprit ce qui précède, y compris les propositions concrètes que j'ai avancées, je vais m'attacher à exposer brièvement mon opinion concernant les mesures conservatoires indiquées dans l'ordonnance.

Mon point de vue sur l'ordonnance est déterminé à la fois par le contenu des diverses mesures conservatoires et, au moins autant, par le fait que je considère l'ordonnance comme une unité organique, comme un tout.

De prime abord, la mesure A 1) énonce l'obligation générale de toute partie contractante à la convention sur le génocide, et donc du défendeur également, de «prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide».

Toutefois, la nature générale de l'obligation qui s'impose à toutes les parties contractantes est tenue en échec à la fois par le caractère unilatéral

— it is addressed to the Respondent alone — and by the wording used. The conclusion suggested is that the Respondent is failing to honour the commitment made in signing the Genocide Convention and that hence the Respondent “should immediately . . . take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide”, or that the Respondent has certain special obligations deriving from the Genocide Convention.

The provisional measure under A (2) is extremely ambiguous and suggestive. By wording and content, it is dangerously close to or could even be said to incorporate elements of an interim judgment both in its present form and potentially.

In its present form because it is

“open to the interpretation that the Court believes that the Government of the Federal Republic of Yugoslavia is indeed involved in such genocidal acts, or at least that it may very well be so involved” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, declaration of Judge Tarassov, p. 26*).

The potential prejudicial effect of this provisional measure is to be found in the stipulation that the Government of the Federal Republic of Yugoslavia should in particular “ensure” that any military, paramilitary or irregular armed units which “may” be directed or supported by it and organizations and persons which “may be subject to its control, direction or influence” do not commit “any acts of genocide”, “of conspiracy to commit genocide”, “of . . . incitement to commit genocide” or of “complicity in genocide”. These passages open

“practically unlimited, ill-defined and vague requirements for the exercise of responsibility by the Respondent in fulfilment of the Order of the Court, and lay the Respondent open to unjustifiable blame for failing to comply with this interim measure” (*ibid.*, pp. 26-27).

In fact, the potential prejudicial meaning of the cited formulation has *de facto* been realized by this Order. For, by issuing this Order, the Court has, *inter alia*, proceeded from the position that it is not satisfied that all that might have been done has been done to prevent commission of genocide in the territory of Bosnia-Herzegovina (Order, para. 57).

The elements of an interim judgment contained in the first two provisional measures become clearly identifiable if their contents are interpreted on the basis of *argumentum a contrario*. It appears that the Applicant is not under any specific obligation to “immediately . . . take all measures within its power to prevent commission of the crime of genocide”, nor should the Applicant

de la mesure (elle ne s'adresse en effet qu'au seul défendeur) et par sa formulation, qui laisse entendre que soit le défendeur manque à l'engagement qu'il a pris en signant la convention sur le génocide et qu'il est par conséquent tenu de prendre «immédiatement ... toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission de crime de génocide», soit qu'il est tenu de certaines obligations particulières issues de la convention sur le génocide.

La mesure conservatoire A 2) est extrêmement ambiguë et captieuse. Tant par son libellé que par sa teneur, elle s'apparente dangereusement à un jugement provisionnel, dont on pourrait même dire qu'elle inclut certains éléments, tant sous sa forme actuelle que sous sa forme potentielle.

Sous sa forme actuelle, parce qu'elle pourrait

«donner l'impression que la Cour croit que le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie est effectivement impliqué dans ces actes de génocide, ou tout au moins, qu'il peut fort bien y être impliqué» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, déclaration de M. Tarassov, p. 26*).

Sous sa forme potentielle, parce que c'est virtuellement préjuger le fond que de dire que le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie doit en particulier «veiller» à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui «pourraient» relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui «pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité, ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de commettre ce crime, n'incitent ... à le commettre ou ne s'en rendent complices». Ces passages

«imposent des conditions pratiquement illimitées, mal définies et vagues concernant l'exercice de la responsabilité du défendeur dans l'exécution de l'ordonnance de la Cour et l'expose à des accusations infondées de ne pas se conformer à cette mesure conservatoire» (*ibid.*, p. 27).

De fait, l'ordonnance a donné corps à la signification potentiellement préjudicielle des passages cités. En effet, en rendant cette décision, la Cour est notamment partie du principe qu'elle n'était pas convaincue que tout ce qui pouvait être fait l'avait été pour prévenir la commission du crime de génocide sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine (ordonnance, par. 57).

Les éléments relevant d'un jugement provisionnel contenus dans les deux premières mesures conservatoires apparaissent clairement comme tels si leur teneur est interprétée à la lumière d'un raisonnement *a contrario*. Il apparaît que le demandeur n'est tenu d'aucune obligation spécifique d'«immédiatement ... prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide» ni de

“ensure that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of direct and public incitement to commit genocide, or of complicity in genocide, whether directed against the Muslim population of Bosnia-Herzegovina or against any other national, ethnical, racial or religious group”.

And this at a stage of the proceedings when the Court cannot make definitive findings of fact or of imputability and when, at the same time, it is evident that “where the risk of genocide was not in Yugoslav territory but in Bosnia-Herzegovina” and when it was equally evident that both on the grounds of general international law and on the grounds of its explicit admission, the Applicant *prima facie* is primarily responsible for acts of genocide alleged to have been committed in Bosnia-Herzegovina, and when the Human Rights Committee, after having

“welcomed the . . . affirmation that the Republic of Bosnia-Herzegovina considers itself legally responsible for whatever has taken place not only in that part of its territory on which it has factual and effective control but also in the other parts of its territory”,

recommended that the measures already undertaken by the Applicant

“should be further intensified and systematically monitored so as to ensure that ‘ethnic cleansing’ does not take place, whether as a matter of revenge or otherwise; . . .” (United Nations, *Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/79/Add.14*, 28 December 1992).

What is more, that the measures should be of such a nature is, to a certain extent, in disharmony with the reasoning of the Court. For in paragraph 45 of the Order of 8 April 1993, it is stated *expressis verbis* that the Court concluded that

“there is a grave risk of acts of genocide being committed [and that] Yugoslavia and Bosnia-Herzegovina, whether or not any such acts in the past may be legally imputable to them, are under a clear obligation to do all in their power to prevent the commission of any such acts in the future”.

It is obvious that this premise has not been legally and technically implemented in the operative part of the Order of 8 April 1993.

A possible explanation might be found in the position that the obligation of prevention of genocide for a State as regards acts or threatened acts on its own sovereign territory is evident and its implications do not need to be spelled out or explained in the form of provisional measures.

« veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité, ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de commettre ce crime, n'incitent directement et publiquement à le commettre ou ne s'en rendent complices, qu'un tel crime soit dirigé contre la population musulmane de Bosnie-Herzégovine, ou contre tout autre groupe national, ethnique, racial ou religieux ».

Et cela à un stade de la procédure où la Cour n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité, où, en même temps, il est évident qu'« il existe un risque de génocide, non en territoire yougoslave, mais en Bosnie-Herzégovine » et qu'il est tout aussi clair, tant au regard du droit international général que sur la base de ses aveux explicites, que le demandeur est *prima facie* responsable au premier chef des actes de génocide présentés comme ayant été commis en Bosnie-Herzégovine, et où le comité des droits de l'homme, après avoir

« constaté avec satisfaction que ... la République de Bosnie-Herzégovine se considère comme légalement responsable de tout ce qui s'est produit non seulement sur la partie de son territoire qu'elle contrôle effectivement mais aussi sur les autres parties »,

a recommandé que les mesures déjà prises par le demandeur

« soient encore renforcées et que leur application soit systématiquement surveillée afin qu'il n'y ait pas de « nettoyage ethnique », dicté par la vengeance ou tout autre motif... » (Nations Unies, *Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, CCPR/C/79/Add.14, 28 décembre 1992).

Qui plus est, la nature des mesures indiquées est, jusqu'à un certain point, incompatible avec le raisonnement de la Cour. En effet, au paragraphe 45 de l'ordonnance du 8 avril 1993, il est affirmé expressément que la Cour est parvenue à la conclusion que :

« il existe un risque grave que des actes de génocide soient commis ; considérant que la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine, que de tels actes commis dans le passé puissent ou non leur être imputés en droit, sont tenues de l'incontestable obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer la prévention à l'avenir ».

De toute évidence, le dispositif de l'ordonnance du 8 avril 1993 n'a donné à cette prémisse aucune suite juridique ou technique.

Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que, pour un Etat, l'obligation de prévenir tout acte ou menace d'actes de génocide sur son propre territoire va de soi et que point n'est besoin d'en détailler les implications ou de les expliquer sous forme de mesures conservatoires.

However, such a position does not appear to be tenable and for two principal reasons:

- (1) In this particular dispute, the Court has linked its *prima facie* jurisdiction in the indication of provisional measures to the Convention on Genocide. With respect to the obligation of prevention of the crime of genocide, the Convention does not contain the principle of universal repression. It has firmly opted for the territorial principle of the obligation of prevention and "the only action relating to crimes committed outside the territory of the Contracting Party is by organs of the United Nations within the scope of the general competence" (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention, Its Origins and Interpretation*, The Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, New York, 1949, pp. 13-14).
- (2) The commission of acts in the territory of another State, be it recognized or unrecognized, would mean violation of the norm of the prohibition of intervention which is, by its nature, *jus cogens*.

Provisional measures such as those indicated under A (1) and A (2) are risky even from the standpoint of the Court itself. The party that appears to gain from them may be tempted to repeatedly submit fresh requests for provisional measures whereby the Court may find itself in a position of making an estoppel in terms of the facts presented by that party. The dangers emanating from such a situation are all the greater in the event of a close link existing between the provisional measures, on the one hand, and the actual subject-matter of the case, on the other.

As far as the provisional measure under B is concerned, viewed *in abstracto* in technical legal terms it is a perfect expression of the Court's practice with respect to provisional measures.

The formulation, however, is not appropriate in view of the circumstances of the case. It places both Parties on an equal footing though it is clear from the Applicant's submissions that by insisting on extending the Court's jurisdiction beyond the Genocide Convention, on the one hand, and by the inappropriate content of the request, on the other, its consequence objectively is to "extend the existing dispute over the prevention or punishment of the crime of genocide" and to "render it more difficult of solution".

It is my opinion that in the light of the relevant circumstances, two models of provisional measures are indicated:

- (a) the model of provisional measures which Judge Bedjaoui referred to in the Lockerbie case as "a general, independent measure, in the form of an appeal to the Parties . . ." (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, dissenting opinion of Judge Bedjaoui, p. 48) which in substance corresponds to the message addressed by the President of the Court to both Parties on 5 August 1993;

Toutefois, il semble impossible de soutenir un tel point de vue, et ce pour deux raisons essentielles :

- 1) Dans ce différend particulier, c'est sur la convention sur le génocide que la Cour a fondé sa compétence *prima facie* pour indiquer des mesures conservatoires. Concernant l'obligation de prévention du crime de génocide, la convention ne pose pas le principe de la répression universelle. Elle a résolument opté pour une application territoriale de l'obligation de prévention et «seuls les organes des Nations Unies, dans le champ d'application de leur compétence générale, peuvent prendre des mesures concernant des crimes commis hors du territoire de la partie contractante» (Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention, Its Origins and Interpretation*, The Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, New York, 1949, p. 13-14).
- 2) La commission d'actes sur le territoire d'un autre Etat, qu'il soit ou non reconnu, signifierait la violation de la règle de non-intervention, laquelle, par sa nature, relève du *jus cogens*.

Des mesures conservatoires telles que les mesures A 1) et A 2) sont risquées, y compris pour la Cour elle-même. La partie qui semble ainsi obtenir gain de cause pourrait être tentée de présenter de façon répétée de nouvelles demandes en indication de mesures conservatoires, ce qui placerait la Cour dans l'obligation de frapper d'*estoppel* l'exposé des faits présentés par cette partie. Les dangers inhérents à une telle situation sont d'autant plus grands qu'il existe un lien étroit entre, d'une part, les mesures conservatoires et, d'autre part, l'objet même de la cause.

La mesure conservatoire B, considérée *in abstracto* en termes techniques juridiques, illustre parfaitement la pratique de la Cour en matière de mesures conservatoires.

Néanmoins, la formulation choisie n'est pas adaptée aux circonstances de l'espèce. Elle place en effet les deux Parties sur un pied d'égalité alors que, d'une part, les conclusions du demandeur, dans lesquelles celui-ci insiste pour élargir la base de compétence de la Cour au-delà de la convention sur le génocide, et, d'autre part, le contenu inapproprié de sa demande ont pour conséquence objective «d'étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide» et d'en «rendre la solution plus difficile».

Il m'apparaît qu'à la lumière des circonstances pertinentes, deux types de mesures conservatoires sont indiquées :

- a) le genre de mesure conservatoire auquel se référerait M. Bedjaoui dans l'affaire de Lockerbie : «une mesure générale indépendante en forme d'appel aux Parties...» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, opinion dissidente de M. Bedjaoui, p. 48), ce qui, en substance, correspond au message adressé par le Président de la Cour aux deux Parties le 5 août 1993 ;

(b) the model of specific provisional measures which would use as a pivotal point the premise of notoriety and which would be in line with the necessity of seeking a peaceful solution to the civil war in Bosnia-Herzegovina, on the one hand, and the undertaking of all measures which could contribute to the prevention of any commission, continuance or encouragement of the heinous international crime of genocide, on the other.

The specific provisional measures could be indicated either alternatively or cumulatively in relation to the general provisional measure.

In view of the fact that the provisional measures indicated in the Order differ substantially, it is with regret that I avail myself of the right to express a dissenting opinion.

(Signed) Milenko KREČA.

- b) des mesures conservatoires spécifiques tournant autour de la notion de notoriété et reconnaissant la nécessité de chercher une solution pacifique à la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, d'une part, accompagnées de la mise en œuvre de toutes mesures qui pourraient contribuer à la prévention de la commission, de la poursuite ou de l'incitation à la commission de l'odieux crime international de génocide, d'autre part.

Par rapport à la mesure conservatoire générale, les mesures conservatoires spécifiques pourraient être indiquées à titre soit alternatif soit cumulatif.

Etant donné que les mesures conservatoires indiquées dans l'ordonnance s'écartent sensiblement de ce schéma, c'est avec regret que je fais usage de mon droit d'exprimer une opinion dissidente.

(Signé) Milenko KREĆA.