

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LAUTERPACHT

[Traduction]

1. J'ai rédigé la présente opinion en me conformant à la déclaration que j'avais faite à la phase relative aux mesures conservatoires dans cette affaire concernant le rôle d'un juge *ad hoc*:

«Selon moi, il est spécialement tenu de veiller à ce que, dans toute la mesure possible, chacun des arguments pertinents de la partie qui l'a désigné ait été pleinement pris en considération au cours de l'examen collégial et soit, en fin de compte, reflété — à défaut d'être accepté — dans sa propre opinion individuelle ou dissidente.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 409, par. 6.*)

2. Le problème que doit examiner la Cour à cette phase de l'affaire concerne la recevabilité des demandes reconventionnelles déposées par le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (ci-après dénommée la «Yougoslavie»). Je souscris à l'ordonnance de la Cour pour ce qui a trait à la recevabilité des demandes reconventionnelles, mais je suis préoccupé par le fait que la Cour n'ait pas donné aux Parties la possibilité de développer leurs thèses respectives dans des exposés oraux.

### PROCÉDURE

3. La procédure orale trouve sa justification au paragraphe 3 de l'article 80 du Règlement de la Cour qui dispose que:

«Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, la Cour, *après avoir entendu les parties*, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale.» (Les italiques sont de moi.)

4. La Cour a estimé que l'exigence d'«entendre les parties» peut, dans la présente affaire, être satisfaite en donnant à chacune d'elles la possibilité d'exposer leurs vues par écrit. La position adoptée par la Cour est étayée par sa pratique concernant certaines mais non pas toutes les autres questions au sujet desquelles une exigence similaire est imposée, par exemple, la nomination de juges *ad hoc*. Le paragraphe 4 de l'article 35 du Règlement dispose que: «En cas de contestation ou de doute, la Cour

décide, après avoir entendu les parties s'il y a lieu.» De nouveau, à propos du problème de la désignation d'un juge *ad hoc* qui se pose lorsque deux ou plusieurs parties font cause commune, le paragraphe 2 de l'article 36 prévoit que «la Cour décide, après avoir entendu les parties s'il y a lieu». De même, le paragraphe 2 de l'article 56, qui a trait à l'autorisation de produire des documents après la clôture de la procédure écrite, contient une formule similaire, tout comme l'article 67. En ce qui concerne ces questions, la pratique de la Cour a consisté simplement à conférer aux parties la possibilité d'exposer leurs vues par écrit.

5. Même dans ce cas, cette interprétation n'est pas celle qui vient immédiatement à l'esprit au sujet d'une question aussi fondamentale que la recevabilité de demandes reconventionnelles. Il convient de rappeler que la disposition du Règlement relative aux demandes reconventionnelles (art. 80) figure juste après celle concernant les exceptions préliminaires (art. 79) et que ces deux dispositions sont placées ensemble à la section D du Règlement sous l'intitulé «Procédures incidentes». Une exigence similaire d'entendre les parties est énoncée également au paragraphe 7 de l'article 79, et a régulièrement été satisfaite par la tenue d'une procédure orale. Même si la Cour conserve un pouvoir discrétionnaire de décider dans une affaire déterminée qu'une telle procédure ne devrait pas avoir lieu, la présente affaire est une instance dans laquelle les particularités relatives et la complexité des questions en cause auraient certainement justifié de conférer à chacune des Parties la faculté supplémentaire de commenter oralement les arguments de l'autre et à la Cour la possibilité d'examiner plus en détail la question, ce qu'elle aurait pu faire durant des audiences et au cours des délibérations qui auraient suivi — d'autant plus qu'une telle mesure aurait répondu aux attentes exprimées par les Parties.

6. On peut se rendre compte à quel point la décision de la Cour de ne pas tenir de procédure orale s'écarte de l'opinion d'un, parmi d'autres, des commentateurs les plus éminents de la procédure de la Cour en analysant les termes dans lesquels la question est examinée par M. Rosenne dans la plus récente édition de son principal ouvrage. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 80, il écrit :

«Le paragraphe 3 correspond à la dernière phrase du Règlement antérieur, dans laquelle l'expression «après examen» a été remplacée par «après avoir entendu les parties». Cela signifie que dans l'avenir il y aura toujours une certaine procédure orale en cas de doute — aux yeux de qui? — sur l'existence d'un rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse.» (*The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3<sup>e</sup> éd., 1997, vol. III, p. 1273.)

7. Il y a donc lieu d'espérer que la prochaine fois que le Règlement de la Cour sera révisé on saisira cette occasion pour faire disparaître le motif de la divergence de vues actuelle en veillant à ce que le mot «audition» soit utilisé constamment pour exprimer l'idée d'une procédure orale et que, lorsque la Cour envisage de conserver un pouvoir discrétionnaire de

décider que les échanges entre des représentants des parties doivent être limités à des exposés écrits, elle suivra le libellé utilisé dans d'autres dispositions du Règlement (par exemple, art. 46, par. 1, 53, par. 1 et 2, 55, 58, par. 2), à savoir «après s'être renseignée auprès des parties» ou, comme l'indique le paragraphe 3 de l'article 76, après avoir donné «aux parties la possibilité de présenter des observations à ce sujet» ou, comme au paragraphe 3 de l'article 79, que l'autre partie «peut présenter un exposé écrit contenant ses observations».

#### LA RECEVABILITÉ DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES

8. La Cour examine actuellement la question des demandes reconventionnelles à la suite du dépôt par la Yougoslavie le 23 juillet 1997 d'un très long contre-mémoire. Cette pièce comprend deux parties. La première partie, composée de près de trois cent cinquante pages, peut être décrite de manière générale comme exposant «des moyens de défense». La deuxième partie, qui comprend plus de sept cents pages, énonce les faits sur lesquels reposent les allégations de la Yougoslavie concernant les actes de génocide qu'aurait commis la Bosnie-Herzégovine (ci-après dénommée la «Bosnie») contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine. Hormis une indication dans l'introduction du contre-mémoire qu'il «comprend des demandes reconventionnelles» et l'énoncé dans une des trois conclusions à la fin du contre-mémoire de détails sur la déclaration selon laquelle «la Bosnie-Herzégovine est responsable des actes de génocide commis contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine», le contre-mémoire ne comporte aucun examen des aspects juridiques des demandes reconventionnelles. Mais quand bien même le contre-mémoire ne contient aucune référence à l'article 80 du Règlement de la Cour et aucun argument selon lequel les questions traitées dans la deuxième partie de cette pièce de procédure sont «en connexité directe avec l'objet de la demande» de la Bosnie, il n'aurait été guère réaliste de ne pas reconnaître cette partie pour ce qu'elle représente. En conséquence, le 28 juillet 1997, la Bosnie a adressé une lettre à la Cour dans laquelle elle a exprimé l'opinion que les demandes reconventionnelles «ne rempliss[ai]ent pas le critère du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement et qu'elles ne devraient donc pas être jointes à l'instance initiale». Ayant alors été invitée par la Cour à préciser par écrit «les motifs juridiques sur lesquels elle s'appuyait pour soutenir cette opinion», la Bosnie a répondu le 9 octobre 1997 dans une lettre adressée à la Cour qu'elle considérait que la demande reconventionnelle présentée par la Yougoslavie n'était pas recevable étant donné que, au regard du paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour, «sa connexité directe avec l'objet de la demande initiale de la Bosnie-Herzégovine fait radicalement défaut». Tout en reconnaissant qu'aussi bien la demande que la demande reconventionnelle reposent sur le même fondement juridique — la convention sur le génocide — la Bosnie a soutenu que les deux séries d'allégations n'ont rien à voir l'une avec l'autre:

«il est évident, en effet, que les prétendues victimes ne sont pas les mêmes ... les auteurs matériels des atrocités alléguées non plus ... Cela implique alors que, si les deux demandes étaient jointes dans le même procès devant la Cour, le juge devra de toute façon vérifier séparément les faits allégués *ex adverso* et examiner séparément s'ils constituent, au regard de la convention sur le génocide, des comportements illicites imputables, respectivement, à l'une ou à l'autre Partie...» (Lettre en date du 9 octobre 1997, adressée au Greffier par l'agent adjoint de la Bosnie-Herzégovine, par. 3.)

9. La Bosnie a aussi prié la Cour de bien vouloir décider que la demande reconventionnelle ne doit pas être jointe à la demande principale, mais a admis expressément que la Yougoslavie avait toute latitude pour introduire à la Cour une requête introductive d'instance distincte par les voies ordinaires.

10. Pour sa part, la Yougoslavie a répondu qu'il y avait une connexité directe entre la deuxième partie de son contre-mémoire, à savoir la demande reconventionnelle, et la demande de la Bosnie. La Yougoslavie a fait en premier lieu observer que la demande et la demande reconventionnelle reposent sur le même fondement juridique, à savoir la convention sur le génocide et les règles générales en matière de responsabilité des Etats. En second lieu, elle a déclaré :

«Les faits contestés rapportés dans la demande [principale] et la demande reconventionnelle s'inscrivent les uns les autres dans le même conflit tragique, à savoir la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, ils se sont produits sur un même territoire et au cours d'une même période, et ils s'insèrent dans le même contexte historique et dans le cadre de la même évolution politique. De ce fait, et du fait que la demande et la demande reconventionnelle partagent le même fondement juridique, tous les faits pertinents invoqués à l'appui de la demande [principale] et de la demande reconventionnelle sont liés entre eux de façon à créer un lien factuel et juridique pertinent en l'espèce.» (Déclaration de la Yougoslavie concernant la recevabilité de la demande reconventionnelle, 23 octobre 1997, par. 4.)

11. Il semble donc que la Bosnie soit favorable à ce que l'on peut appeler une interprétation «restrictive» de l'exigence d'une «connexité directe», alors que la Yougoslavie soutient une interprétation «large». Pour la Bosnie, il doit exister une identité des prétendues victimes de même que des auteurs matériels; l'analyse judiciaire des faits énoncés dans la demande reconventionnelle doit avoir un rapport avec l'examen des faits exposés dans la demande principale ou doit être utile à cet examen. Pour la Yougoslavie, il suffit que la demande reconventionnelle «ait soulevé la question du génocide commis à l'encontre des Serbes en tant qu'elle permet de réfuter les faits présentés par le demandeur comme pertinents pour l'imputation des faits allégués au défendeur».

12. Dans la présente espèce, le choix entre ces deux approches doit dépendre dans une large mesure de la nature de la notion de «génocide». Pouvons-nous concevoir que ce qui équivaut à un génocide soit constitué par un acte unique de caractère horrible? Ou peut-il être seulement constitué par une série d'actes qui, n'étant individuellement pas plus qu'un meurtre ou de graves dommages corporels causés à des personnes, sont, lorsqu'on les considère cumulativement, la preuve d'une activité systématique équivalent à un génocide?

13. La seconde possibilité semble logiquement être la plus convaincante. Un meurtre unique ou un autre acte horrible ne peut constituer un génocide. Seule une série ou une accumulation de tels actes, si elle révèle collectivement l'intention nécessaire et est dirigée contre un groupe identifiable de la manière prévue par l'article II de la convention, sera considérée comme constituant un génocide — et dans ces conditions la responsabilité des crimes individuels qui la compose, ainsi que des crimes spéciaux de génocide, ne sera pas imputée uniquement aux individus directement responsables mais aussi à l'Etat auquel leurs actes sont imputables.

14. Dans cette perspective, il n'est pas possible d'exiger que les faits qui sont à l'origine d'une demande reconventionnelle concernant un génocide aient une connexité directe avec les actes individuels et spécifiques formant la base de la demande principale concernant un génocide. Il suffit que les actes invoqués comme constituant la base de la demande reconventionnelle aient un rapport de connexité direct avec la demande principale parce qu'ils se sont produits au cours du même conflit. A vrai dire, on peut considérer que la politique qui est à la base de l'interdiction du génocide conforte cette interprétation plus large étant donné que les obligations particulières de respect des droits de l'homme consacrées dans la convention sur le génocide reposent avec le même poids sur toutes les personnes concernées. C'est sur cette base que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle la demande yougoslave est recevable.

15. Il n'est pas nécessaire de répéter ici l'analyse de la Cour de sa propre jurisprudence, mais il convient de relever que cette approche est étayée par le traitement d'un problème analogue dans le cadre de systèmes juridiques nationaux lorsque des demandes reconventionnelles sont présentées contre des Etats demandeurs qui, s'ils étaient poursuivis directement en tant que défendeurs, pourraient invoquer l'immunité de l'Etat. On peut rappeler les déclarations pertinentes de deux juges particulièrement éminents des Etats-Unis. La première a été faite par M. J. Manton, de la cour d'appel des Etats-Unis, deuxième circonscription (*Second Circuit*):

«Les demandes procédant de la même transaction peuvent donner lieu à des actions reconventionnelles contre un Etat. La même transaction ne signifie pas nécessairement une concordance temporelle. Dans l'affaire *Moore v. New York Cotton Exchange* ... la

Cour a déclaré que la transaction peut comprendre une série de nombreux actes ne dépendant pas tant du caractère immédiat de leur connexité que de leur rapport logique.» (*United States v. National City Bank of New York* (1936) 83 F. (2d), p. 236; *International Law Reports*, vol. 8, p. 220.)

16. La deuxième déclaration a été faite par M. Frankfurter, juge à la Cour suprême des Etats-Unis dans une affaire où la demande principale avait été présentée par la République de Chine pour recouvrer une somme déposée auprès de la Banque défenderesse par l'administration des chemins de fer Shangai-Nanking, un organisme officiel de l'Etat. La banque a présenté une demande reconventionnelle concernant des bons du trésor de la République de Chine que celle-ci ne lui avait pas remboursés. M. Frankfurter a déclaré :

« Il est admis qu'une demande reconventionnelle fondée sur l'objet d'une instance introduite par un Etat peut mettre en cause la doctrine de l'immunité. Cela prouve manifestement que la doctrine n'est pas absolue, et que des considérations de loyauté doivent être prises en compte dans son application. Mais l'expression limitative « fondée sur l'objet » est trop imprécise, voire trop fluctuante, pour marquer les limites des restrictions de la doctrine de l'immunité de l'Etat. Les tribunaux divergent très largement dans leur opinion sur ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une demande « fondée sur l'objet de l'instance » ou « procédant de la même transaction » ... De toute évidence, les demandes reconventionnelles actuelles ne peuvent être objectivement réputées être liées au dépôt de fonds de l'administration des chemins de fer sauf dans la mesure où les transactions entre la République de Chine et l'auteur de la demande peuvent être considérées comme des aspects d'une relation commerciale continue. Mais la question de la considération de la loyauté dans les transactions qui permet de présenter une demande reconventionnelle fondée sur le même objet se pose essentiellement dans la situation actuelle. » (*National City Bank of New York v. Republic of China, et al.* (1955) 348 US 356; *International Law Reports*, vol. 22, p. 215.)

17. Aucune disposition de l'article 9 (demandes reconventionnelles) du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, adopté en 1991 par la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies, ne laisse entendre que la codification du sujet a abouti à une conclusion sensiblement différente :

« Un Etat qui intente une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ledit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 30.)

18. Mais une décision par laquelle il est reconnu que la demande reconventionnelle yougoslave est en connexité directe avec l'objet de la demande de la Bosnie ne peut régler définitivement la question. Chaque affaire doit être examinée à la lumière de ses propres faits particuliers. La Cour a un pouvoir et une obligation naturels d'assurer une administration de la justice régulière et efficace. Les affaires doivent être jugées avec toute la célérité voulue. A ces fins, la Cour jouit d'un très grand pouvoir discrétionnaire. Elle n'est pas tenue par la lettre de l'article 80 de son Règlement. Il convient de rappeler que, contrairement à de nombreuses dispositions du Règlement de la Cour, l'article 80 n'a pas sa source dans une disposition obligatoire quelconque du Statut de la Cour. A l'article 80, la Cour ne définit pas une procédure pour l'exercice de son obligation statutaire; elle ne fait simplement qu'exercer le pouvoir général qui lui est conféré par l'article 30 du Statut de «détermine[r] par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions». La Cour a considéré l'examen des demandes reconventionnelles comme un aspect possible de ses attributions et elle a ainsi, de sa propre initiative, déterminé un certain règlement. Mais elle n'est pas liée strictement ou perpétuellement par ce règlement. Elle a la faculté et, en fait, est tenue de les appliquer de manière raisonnable et d'adapter leur application aux circonstances de l'affaire dont elle est saisie.

19. En conséquence, la Cour aurait eu toute latitude pour exercer son pouvoir discrétionnaire dans la présente espèce en refusant de joindre des demandes reconventionnelles par ailleurs recevables aux demandes principales. Le facteur essentiel qui aurait pu être invoqué pour justifier un traitement distinct des demandes et des demandes reconventionnelles est la complexité supplémentaire considérable à laquelle va donner inévitablement lieu le traitement de demandes reconventionnelles en même temps que des demandes initiales. Comme il est indiqué ci-dessus, une demande concernant un génocide implique l'établissement du caractère systématique ou de l'accumulation de crimes individuels. La Bosnie a dans son mémoire soutenu que six catégories d'infractions avaient été commises: l'utilisation de camps de concentration; les meurtres; les tortures; les viols; l'expulsion des populations et la destruction de biens, de maisons, de lieux de culte et d'objets culturels; et la création de conditions de vie destructrices — bombardements, réduction à la famine et intimidation de la population. La Yougoslavie a répondu en détail à chacune de ces allégations dans la première partie (dans la section consacrée aux «moyens de défense») de son contre-mémoire, ainsi qu'en mentionnant dans la deuxième partie une liste détaillée des crimes qui auraient été commis par des Bosniaques et des Croates contre des Serbes. L'évaluation des allégations et des réponses, si elle est faite en dehors d'un cadre assez général (question sur laquelle il ne convient pas d'exprimer une opinion quelconque à cette phase de l'instance), pourrait exiger des mois d'audition et de délibération. Les annexes produites par la Bosnie à l'appui de cette partie de son argumentation ont environ 15 centimètres d'épaisseur; et celles présentées par la Yougoslavie en rapport avec la première partie de son

contre-mémoire quelque 18 centimètres d'épaisseur, alors que celles présentées à l'appui des demandes reconventionnelles de la Yougoslavie ont 14,5 centimètres d'épaisseur. La grande masse de documents dans une affaire ne permet pas toujours de savoir réellement si elle est simple ou complexe, mais on peut dire sans risque de se tromper que rien dans les documents présentés par les deux Parties dans cette affaire ne permet de penser que la tâche à laquelle la Cour devra finalement faire face lorsqu'elle abordera le fond ne sera pas extrêmement lourde.

20. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si la Cour pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire de différer l'examen des éléments contenus dans la demande reconventionnelle yougoslave jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur la demande de la Bosnie, sans priver indûment la Yougoslavie de son droit de présenter les moyens de défense qu'elle juge nécessaires pour répondre à la demande de la Bosnie. La réponse à cette question est négative. Il ressort de la déclaration de la Yougoslavie du 23 octobre 1997 en réponse à la communication de la Bosnie du 9 octobre 1997 qu'elle considère que les documents qu'elle a présentés dans la deuxième partie de son contre-mémoire (la partie concernant la « demande reconventionnelle ») constitue aussi un élément essentiel de ses moyens de défense contre la demande principale de la Bosnie. Il est impossible à la Cour à cette phase de l'affaire de chercher à évaluer dans quelle mesure les éléments figurant dans la deuxième partie du contre-mémoire yougoslave peuvent ou non valablement être utilisés comme moyens de défense contre la demande principale de la Bosnie. De même, la Cour ne peut écarter la possibilité que le contre-mémoire yougoslave avance un argument *tu quoque*.

21. Le fait que certaines de ces allégations de comportements de la nature d'un génocide soient formulées non seulement contre les Bosniaques mais aussi contre les Croates aurait pu aussi avoir des effets sur la recevabilité de la demande reconventionnelle yougoslave, ce qui apparemment aurait introduit dans l'affaire la question de la responsabilité d'un Etat qui n'est pas partie à l'instance. Le contre-mémoire yougoslave ne traite pas des incidences de ce fait. Toutefois, le nombre de situations dans lesquelles des allégations sont formulées contre des Croates semblerait, à la phase actuelle en tout état de cause, être trop limité pour amener la Cour à considérer cette caractéristique en soi comme suffisante pour écarter la recevabilité de l'ensemble des demandes reconventionnelles.

22. En résumé, quelles que soient les réticences que l'on puisse ressentir à voir que cette affaire est rendue encore plus complexe par la prise en compte de la demande reconventionnelle yougoslave, il ne semble pas exister de bases convaincantes permettant de l'exclure — bien que l'on ne puisse écarter la possibilité qu'une certaine solution satisfaisante aurait pu être trouvée si la Cour avait accepté de tenir une procédure orale sur cet aspect interlocutoire, mais néanmoins important, de l'affaire.

23. En conclusion, il est essentiel de se rendre compte que les difficultés auxquelles fait face la Cour ne sont pas dues à sa propre action ni, de fait, à l'action des Parties. Plus on se rapproche de l'étude des pro-



blèmes que pose l'application de la procédure de règlement judiciaire prévu par l'article IX de la convention sur le génocide, plus on est obligé de reconnaître que ces problèmes sont de nature entièrement différente de ceux confrontant normalement un tribunal international exerçant une juridiction essentiellement civile, et non pénale. Les difficultés sont systémiques et leur solution ne peut être rapidement trouvée, que ce soit par la Cour ou, ce qui serait peut-être plus approprié, par les parties à la convention sur le génocide.

*(Signé)* Elihu LAUTERPACHT.

---