

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Compétence de la Cour — La RFY informée en 2003 par la Cour qu'elle pouvait présenter des arguments supplémentaires sur la compétence lors de la phase de l'examen au fond — Statut et Règlement de la Cour n'interdisant pas que soient soulevées des exceptions d'incompétence lors de la phase consacrée au fond, la Cour devant, s'il y a lieu, examiner de telles questions d'office — Principe de l'autorité de la chose jugée n'empêchant pas la Cour de se pencher de nouveau sur sa compétence — Arrêt rendu par la Cour le 11 juillet 1996 n'ayant pas traité la question de compétence soulevée aujourd'hui (celle de savoir si la RFY, au moment du dépôt de la requête en mars 1993, était partie au Statut en vertu de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies) et n'interdisant donc pas qu'elle soit examinée — Après réexamen de la question, la Cour a compétence — Distinction entre accès à la Cour conformément à l'article 35 et compétence ratione personae — Condition de l'accès aujourd'hui remplie car la RFY est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 et a par conséquent qualité pour ester devant la Cour depuis cette date — Compétence ratione personae établie puisque la RFY est partie à la convention sur le génocide depuis le mois d'avril 1992 en vertu de la règle de succession ipso jure telle qu'appliquée aux cas de dissolution d'Etat — Fait que la RFY n'avait pas accès à la Cour au moment du dépôt de la requête constituant un défaut auquel il peut être remédié et qui, dès lors, ne fait pas échec à l'exercice de la compétence.

Interprétation de la convention sur le génocide — Convention constituant avant tout un instrument de droit pénal international qui oblige les Etats à s'engager à prévenir le génocide et à punir les personnes qui le commettent — Histoire rédactionnelle de la Convention n'étayant pas la thèse selon laquelle les Etats peuvent être pénalement responsables de génocide — Compétence conférée par l'article IX à la Cour lui imposant également de déterminer si un Etat a violé les obligations lui incombant aux termes de la Convention et s'il a engagé sa responsabilité internationale, mais pas de statuer sur la question de savoir si le crime de génocide a été commis — Relativement à l'obligation de prévenir le génocide, éléments de preuve n'ayant pas permis d'établir que les autorités de la RFY avaient à l'avance connaissance du plan consistant à exécuter les hommes musulmans de Bosnie à Srebrenica et auraient donc pu prendre des mesures pour prévenir sa mise en œuvre — RFY ne s'étant pas conformée à certaines des mesures conservatoires indiquées par la Cour en 1993.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-4
I. COMPÉTENCE DE LA COUR	5-36
1. Autorité de la chose jugée: dans quelle mesure l'arrêt de 1996 en est-il revêtu?	11-13
2. Accès et compétence	14-15
3. La République fédérale de Yougoslavie avait-elle qualité pour ester devant la Cour en mars 1993?	16-23
4. Détermination <i>de novo</i> de la compétence de la Cour	24-36
II. FOND	37-71
A. Interprétation de la convention sur le génocide	37-61
1. L'article premier	40-45
2. L'article II	46
3. L'article III	47
4. L'article IV	48
5. L'article VI	49
6. L'article IX	50-60
a) Différends relatifs à l'exécution de la Convention	51-52
b) Différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide	53-60
7. Conclusions concernant l'interprétation de la Convention	61
B. Commentaires sur certaines conclusions de la Cour	62-71
1. L'obligation de prévenir	62-68
2. Responsabilité pour non-respect des ordonnances en indication de mesures conservatoires	69-71
OBSERVATIONS FINALES	72-73

INTRODUCTION

1. L'arrêt de la Cour met un terme à une affaire particulièrement tragique. Lorsque la Cour en a été saisie, la guerre fratricide en Bosnie-Herzégovine faisait rage. Ainsi que les Parties en conviennent aujourd'hui, elle a, sur une période de plus de quatre ans, coûté la vie à quelque cent mille personnes, fait d'innombrables blessés et causé des dégâts matériels considérables. Elle a profondément meurtri les habitants de la région, attisant la méfiance et, parfois, la haine pure et simple entre différentes communautés ethniques et religieuses. Tout cela n'aurait jamais dû se produire. Tout cela s'est malheureusement produit.

2. Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine s'est tourné vers la Cour il y a quatorze ans, en mars 1993, alors que le conflit meurtrier ravageait sur son territoire. Parmi ses accusations les plus graves, le demandeur, la République de Bosnie-Herzégovine, prétendait que le défendeur, la Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro), se livrait à de nombreuses violations des obligations lui incombant en vertu des articles premier à V de la convention sur le génocide. Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine a également prié la Cour, à deux reprises pendant l'année 1993, d'indiquer des mesures conservatoires. La Cour l'a fait. Malheureusement, ces mesures n'ont pas empêché que de nouvelles atrocités soient commises. La Cour a aujourd'hui établi que le manquement aux obligations énoncées à l'article premier de la convention sur le génocide s'était produit en juillet 1995. Cependant, elle n'a pas été en mesure de prévenir ce manquement ni les violences qui en ont résulté.

3. La justice est généralement impuissante à mettre un terme aux guerres. Celles-ci dépassent toujours le cadre de différends purement juridiques. Dans le système de sécurité collective de l'Organisation des Nations Unies, c'est le Conseil de sécurité qui exerce la responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Les organes judiciaires ne peuvent en général que remédier à posteriori aux conséquences juridiques des guerres, à condition toutefois qu'ils aient compétence pour connaître de l'affaire en question et toujours dans les strictes limites de cette compétence.

4. Le différend porté devant la Cour opposait deux Etats, mais il ne s'agit pas seulement d'un différend interétatique. Il revêt également une dimension intra-étatique, au sein de la Bosnie-Herzégovine. Des représentants politiques des Serbes de Bosnie ont, en 1999, tenté de retirer l'affaire du rôle de la Cour, et ils sont restés opposés à sa poursuite (voir arrêt, par. 19-25). Le 27 février 2006, jour de l'ouverture des audiences, la Cour a reçu une lettre de M. Paravac, alors membre de la présidence de Bosnie-Herzégovine représentant la Republika Srpska. Ce dernier a informé la Cour que le Parlement de Bosnie-Herzégovine n'avait pas approuvé le financement par le budget fédéral des dépenses de l'équipe juridique de Bosnie-Herzégovine en l'affaire, et qu'il avait saisi la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine pour que celle-ci détermine si l'autorisation donnée en 1993 par le président Izetbegović d'introduire

une instance devant la Cour internationale de Justice était conforme à la Constitution ; la Cour n'a reçu aucune communication ultérieure sur cette question. Cet aspect de l'affaire n'a cependant eu aucune incidence sur son examen et son règlement judiciaire par la Cour.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR

5. Dans son arrêt, la Cour dit qu'elle a compétence au motif que «le principe de l'autorité de la chose jugée interdit toute remise en question de la décision contenue dans l'arrêt de 1996» (arrêt, par. 140). J'ai de sérieux doutes sur le raisonnement de la Cour et m'estime obligé de développer mes vues sur ce point. Toutefois, ayant en définitive été amené à considérer, bien que sur un fondement différent, que la Cour avait compétence en la présente affaire, j'ai voté en faveur du premier paragraphe du dispositif.

6. Mes doutes proviennent du fait que la Cour a, en 2003, après avoir examiné l'«Initiative présentée [par la Serbie-et-Monténégro] à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» en date du 4 mai 2001, informé les Parties que, «si la Serbie-et-Monténégro souhait[ait] présenter à la Cour des arguments supplémentaires sur les questions de compétence lors de la procédure orale au fond, elle [était] libre de le faire» (lettre du greffier en date du 12 juin 2003, dont le texte a été approuvé par la Cour, arrêt, par. 82). Les Parties ont également été informées que, «ainsi qu'elle l'a[vait] souligné dans le passé, la Cour a[vait] le droit d'examiner d'office les questions de compétence», et qu'elle «d[evait] ... toujours s'assurer de sa compétence et ... d[evait], s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 52, par. 13). Enfin, la Cour a assuré les Parties qu'elle «ne se prononcera[it] sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a[vait] compétence» (arrêt, par. 82).

7. La Cour a donc autorisé le défendeur à soulever la question de sa compétence lors de la phase de l'examen au fond, et ce bien qu'elle ait dit, en 1996, qu'elle avait compétence (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 623, par. 47) et qu'elle ait jugé irrecevable, en février 2003, la demande en révision (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 32, par. 75).

8. La position que la Cour a fait connaître aux Parties dans sa lettre de juin 2003 était conforme à sa jurisprudence et à sa pratique. Ainsi, dans l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, la Cour a déclaré, que

«[i]l [était] assurément souhaitable que les objections visant [s]a compétence ... prennent la forme d'exceptions préliminaires sur lesquelles il est statué à part avant toute procédure sur le fond» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13; les italiques sont de moi).

Les termes employés par la Cour indiquent que ce déroulement chronologique est un simple souhait et non une exigence juridique. La Cour a par la suite expliqué, en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, que l'article 79 de son Règlement, lequel dispose que toute exception à sa compétence doit être présentée dans les trois mois suivant le dépôt du mémoire, «concern[ait] seulement les exceptions *préliminaires*, comme l'indique l'intitulé de la sous-section du Règlement qu'il constitue» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 29, par. 24; les italiques sont de moi). Ainsi que la Cour l'a en outre précisé,

[u]ne exception qui n'est pas soulevée sous la forme d'une exception préliminaire conformément au paragraphe 1 de l'article 79 ne devient pas pour autant irrecevable» (*ibid.*).

Et la Cour d'ajouter :

«Mais hors de cette hypothèse, une partie qui n'use pas de la procédure prévue à l'article 79 perd sans doute le droit d'obtenir la suspension de la procédure sur le fond, mais *n'en peut pas moins* faire valoir cette exception en même temps que ses arguments au fond.» (*Ibid.*; les italiques sont de moi.)

9. Aujourd'hui, la Cour déclare que,

«dès lors qu'[elle] s'est prononcée ... sur une question concernant sa propre compétence, sa décision à cet égard est définitive, tant pour les parties en litige dans l'affaire (Statut, art. 59) que pour la Cour elle-même dans le contexte de cette affaire» (*arrêt*, par. 138).

Cette déclaration de la Cour apparaît comme l'énoncé d'un principe juridique. N'avait-elle donc pas connaissance de ce principe — quoiqu'il fût *jura novit curia* — lorsqu'elle a, en juin 2003, informé les Parties que,

«si la Serbie-et-Monténégro souhait[ait] présenter à la Cour des *arguments supplémentaires* sur les *questions de compétence* lors de la procédure orale au fond, elle [était] *libre* de le faire?» (*arrêt*, par. 82; les italiques sont de moi).

De surcroît, en 2003, la Cour connaissait déjà les arguments que le défendeur avait l'intention de soulever, ceux-ci ayant été exposés dans l'Initiative de 2001. Le principal argument que la Cour invoque aujourd'hui pour ne pas réexaminer sa compétence est fondé sur le principe de l'autorité de la chose jugée. Selon moi, ce problème ne peut être résolu aussi simplement.

10. La principale question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si une partie peut soulever plusieurs séries d'exceptions, lors de phases distinctes de la procédure — question particulièrement pertinente

en l'espèce, le défendeur (dénommé à l'époque République fédérale de Yougoslavie) ayant soulevé, en juin 1995, sept exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête. Six de ces exceptions ont été rejetées par la Cour dans son arrêt du 11 juillet 1996, la septième ayant, quant à elle, été retirée par le défendeur au cours de la procédure orale consacrée à l'examen des questions préliminaires de compétence et de recevabilité. La question soulevée n'est régie ni par le Statut ni par le Règlement de la Cour. Cependant, ainsi qu'un éminent commentateur des travaux de la Cour l'a fait observer, «si les circonstances d'une affaire s'y prêtent, *des exceptions peuvent être soulevées après que la Cour s'est déclarée compétente* lors de la phase d'examen des exceptions préliminaires et une fois entamé l'examen au fond»¹. Selon cet auteur, «[l]a condition est que la nouvelle exception ne soulève pas de questions qui auraient été tranchées avec l'autorité de la chose jugée dans l'arrêt relatif aux exceptions préliminaires et n'impose pas une suspension de la procédure d'examen au fond»². Selon moi, ce point de vue est exact et la position de la Cour en juin 2003, telle qu'exprimée dans la lettre du greffier, semble le conforter.

1. Autorité de la chose jugée: dans quelle mesure l'arrêt de 1996 en est-il revêtu?

11. Cela m'amène à la deuxième question essentielle, celle de savoir dans quelle mesure l'arrêt de 1996 est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté les six exceptions préliminaires suivantes formulées par la République fédérale de Yougoslavie:

- i) celle selon laquelle la requête n'était pas recevable parce que «les événements auxquels [elle] se référ[ait], qui se sont produits en Bosnie-Herzégovine, constitu[ai]ent une guerre civile» et que, dès lors, «il n'exist[ait] aucun différend international selon les termes de l'article IX de la convention [sur le génocide] de 1948»;
- ii) celle selon laquelle la requête n'était pas recevable parce que «M. Alija Izetbegović n'occupait pas les fonctions de président de la république à l'époque où il a donné l'autorisation d'introduire une instance» (la Cour ne s'est cependant pas spécifiquement penchée sur un autre élément de cette même exception, à savoir que «l'autorisation d'introduire et de conduire une instance a[vait] été accordée en violation de règles de droit interne d'importance fondamentale»);
- iii) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence parce que le demandeur n'était pas partie à la convention de 1948 sur le génocide;
- iv) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence parce qu'«il y a[vait] en l'espèce un conflit interne entre trois parties, auquel la

¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4^e éd., vol. II, «Jurisdiction», 2006, p. 865, par. II.225; les italiques sont de moi.

² *Ibid.*

- République fédérative de Yougoslavie n'[était] pas partie prenante», parce que «les demandes de la Partie requérante figurant dans ses «conclusions» repos[aient] sur des allégations de responsabilité d'Etat qui se situ[aient] en dehors du champ d'application de la convention et de sa clause compromissoire» et, en outre, parce qu'«il n'exist[ait] aucun différend international en vertu de l'article IX de la convention [sur le génocide] de 1948»;
- v) celle selon laquelle la Cour n'avait pas compétence pour connaître de l'affaire avant le 14 décembre 1995, date à laquelle les deux Parties se sont reconnues mutuellement, et, subsidiairement, avant le 29 mars 1993, date à laquelle la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine du 29 décembre 1992, que la République fédérale de Yougoslavie considérait comme étant la notification d'adhésion, aurait pu produire effet;
 - vi) celle selon laquelle les demandes de la Partie requérante ayant trait aux actes ou faits allégués antérieurs au 18 mars 1993 — date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a adressé aux parties à la convention sur le génocide la notification dépositaire les informant de la notification de succession de la Bosnie-Herzégovine — n'étaient pas du ressort de la Cour (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 606-608, par. 15).

La Cour a examiné les exceptions préliminaires susmentionnées et les a toutes rejetées, déclarant par conséquent «qu'elle a[avait] compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» et «que la requête ... [était] recevable» (*ibid.*, p. 623-624, par. 47).

12. Les conclusions formulées par la Cour relativement à sa compétence sont fondées sur son examen des six exceptions préliminaires soulevées par le défendeur. Le principe de l'autorité de la chose jugée interdit à ce dernier de soulever de nouveau ces questions sur lesquelles la Cour a déjà statué lorsqu'elle a rejeté les exceptions préliminaires de la République fédérale de Yougoslavie.

Il est utile de rappeler ce que la Cour a indiqué dans l'arrêt susmentionné :

«La Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, *vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire* et, le cas échéant, si la requête est recevable; les *exceptions* éventuellement soulevées par la partie défenderesse *peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique*. En l'occurrence, les exceptions préliminaires présentées par la Yougoslavie ont eu cette fonction. Ayant établi sa compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, et ayant conclu à la recevabilité de la requête, la Cour peut désormais procéder à l'examen du fond de l'affaire sur cette base.» (*Ibid.*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi.)

Bien qu'elle évoque son devoir de s'assurer de sa compétence et relève que les exceptions soulevées peuvent être utiles à cette fin, la Cour s'est

apparemment cantonnée, dans l'exercice de ce devoir, à l'examen et au rejet des exceptions préliminaires du défendeur.

13. Pourtant, ainsi que la Cour le reconnaît aujourd'hui, «aucune de ces exceptions ne reposait sur la thèse selon laquelle la RFY n'aurait pas été partie au Statut au moment du dépôt de la requête; il ne s'agissait pas là d'une thèse formulée expressément au stade des exceptions préliminaires» (arrêt, par. 106). Si tel est le cas, c'est apparemment parce que:

«[a]ucune Partie n[']avait] soulev[é] la question devant la Cour: d'un côté, la Bosnie-Herzégovine, en tant que demandeur, tout en niant que la RFY fût Membre de l'Organisation des Nations Unies en qualité de continuateur de la RFSY, assurait devant la Cour que la RFY était malgré tout partie au Statut...; de l'autre, pour la RFY, soulever la question aurait affaibli sa prétention à assurer la continuité de la RFSY — ou l'aurait conduite à l'abandonner —, prétention qui justifiait la continuité de sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies» (*ibid.*).

Je suis convaincu que la Cour ne s'est pas intéressée à la question spécifique de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était partie au Statut³. Selon moi, la décision rendue par la Cour en 1996 ne saurait donc empêcher que cette question soit examinée lors de la phase actuelle.

2. Accès et compétence

14. Pour déterminer si la Cour peut se prononcer sur une affaire, il est important de garder présent à l'esprit que la notion d'accès à la Cour n'est pas identique à celle de compétence *ratione personae*.

15. Ces deux notions distinctes se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour. En l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, la Cour a ainsi distingué entre compétence et accès à la Cour en attribuant des buts différents à deux actes différents. Plus précisément, elle a jugé que, si l'échange de notes du 19 juillet 1961 entre les Gouvernements de la République fédérale d'Allemagne et de l'Islande avait «pour but d'établir la compétence de la Cour à l'égard d'une catégorie particulière de différends», la déclaration de la République fédérale d'Allemagne du 29 octobre 1971, déposée au Greffe le 22 novembre 1971, «concern[ait] l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut», en application de la résolution 9 du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946 (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11).

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 2 juin 1999 en l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, la Cour a également distingué entre compétence et qualité pour ester devant elle en déclarant que

³ Voir l'opinion dissidente commune jointe au présent arrêt par trois juges qui sont les seuls membres actuels de la Cour à avoir également siégé lorsque celle-ci a rendu son arrêt en 1996.

«en vertu de son statut la Cour n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats qui ont été admis à ester devant elle; ... la Cour a déclaré à maintes reprises «que l'un des principes fondamentaux de son Statut est qu'elle ne peut trancher un différend entre des Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction» (*Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 101, par. 26); ... la Cour ne peut donc exercer sa compétence à l'égard d'Etats parties à un différend que si ces derniers ont non seulement accès à la Cour, mais ont en outre accepté sa compétence, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 132, par. 20; les italiques sont de moi).

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue le 10 juillet 2002 en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), la Cour a opéré la même distinction (*exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 241, par. 57).

Dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a déclaré que

«il y a[vait] lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'impliquent pas un tel consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 295, par. 36).

La Cour a poursuivi en indiquant ce qui suit :

«La question qui se pose est de savoir si, *en droit*, au moment où elle a introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à saisir la Cour en tant que partie au Statut. Cette question étant indépendante des vues ou des souhaits des Parties, la Cour ne serait pas, quand bien même les Parties partageraient à présent le même point de vue à cet égard, tenue pour autant de considérer ce dernier comme nécessairement exact.» (*Ibid.*; les italiques sont dans l'original.)

Et la Cour de conclure par un important *dictum* :

«Ainsi la Cour se doit-elle d'examiner la question pour tirer ses propres conclusions indépendamment du consentement des parties, ce qui n'est en aucun cas incompatible avec le principe selon lequel la compétence de la Cour est subordonnée à un tel consentement.» (*Ibid.*)

La Cour a en outre précisé le rapport entre accès et compétence dans ses arrêts rendus en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, en indiquant :

«La Cour ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut. Et seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence.

Aussi la Cour est-elle d'avis qu'il lui appartient d'examiner tout d'abord la question de savoir si le demandeur remplit les conditions énoncées aux articles 34 et 35 du Statut et si, de ce fait, la Cour lui est ouverte. Ce n'est que si la réponse à cette question est affirmative que la Cour aura à examiner les questions relatives aux conditions énoncées aux articles 36 et 37 du Statut de la Cour.» (*Ibid.*, p. 299, par. 46.)

3. *La République fédérale de Yougoslavie avait-elle qualité pour ester devant la Cour en mars 1993?*

16. La question de la qualité de la République fédérale de Yougoslavie pour ester devant la Cour n'a pas été traitée par cette dernière dans son arrêt de 1996, ni explicitement ni implicitement. Il ne faisait alors aucun doute que la Bosnie-Herzégovine était Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1993 et, de ce fait, partie au Statut de la Cour. En conséquence, cette dernière était, à l'époque, ouverte au demandeur. En revanche, le statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies demeurait incertain et ambigu. La Cour était *tout à fait consciente* de cette situation. Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 avril 1993, après s'être référée à la résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité et à la résolution 47/1 de l'Assemblée générale ainsi qu'à la lettre interprétative du 29 septembre 1992 du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies (ordonnance, par. 16 et 17), la Cour a relevé que,

«si la solution adoptée [par l'Organisation des Nations Unies] ne laiss[ait] pas de susciter des difficultés juridiques, *la Cour n'a[vait] pas à statuer définitivement* au stade *actuel* de la procédure sur la question de savoir si la Yougoslavie [était] ou non membre de l'Organisation des Nations Unies et, à ce titre, partie au Statut de la Cour» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 18; les italiques sont de moi).

Or, quand la Cour a-t-elle, en la présente espèce, définitivement tranché la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était ou non membre de l'Organisation des Nations Unies le 20 mars 1993 et, à ce titre, partie au Statut? Dans son arrêt rendu le 11 juillet 1996 sur la compétence? Je n'y vois aucun paragraphe traitant de cette question. Ainsi que la Cour le reconnaît sans détour, «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur le statut de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies, ni sur la question de sa capacité à participer à une procédure devant la Cour» (arrêt, par. 122).

Selon moi, si la Cour s'est gardée de trancher cette question, c'est que la situation demeurait incertaine et ambiguë et que les deux organes poli-

tiques compétents en matière d'adhésion à l'Organisation des Nations Unies — le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale — n'avaient rien fait, au moment où la Cour rendit sa décision en 1996, pour clarifier le statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation. La Cour s'est donc abstenue d'examiner cette question afin de ne pas préjuger de la position que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale auraient pu adopter par la suite⁴.

17. En revanche, la Cour aurait pu se fonder sur la thèse qu'elle avait exprimée à titre préjudiciel au paragraphe 19 de son ordonnance du 8 avril 1993. Dans ce paragraphe, après avoir cité le texte du paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, elle a indiqué que

«en conséquence la Cour estime qu'une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946)» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19).

La Cour a poursuivi en précisant que, «de l'avis de la Cour,... l'article IX de la convention sur le génocide, invoqué par la Bosnie-Herzégovine en l'espèce, *pourrait être considér[é] prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur» (*ibid.*; les italiques sont de moi). Et la Cour de conclure que, «en conséquence, si la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie sont toutes deux parties à la convention sur le génocide, les différends auxquels s'applique l'article IX relèvent en tout état de cause *prima facie* de la compétence *ratione personae* de la Cour» (*ibid.*).

Il ressort du texte lui-même que cette thèse formulée par la Cour au sujet de l'article IX de la convention sur le génocide et de son rapport

⁴ Ainsi que l'a indiqué un commentateur averti qui a exercé les fonctions de conseiller juridique de la mission permanente du Royaume-Uni auprès de l'Organisation des Nations Unies entre 1991 et 1994 (s'exprimant sur ce point à titre personnel avec la décharge de responsabilité habituelle),

«le Conseil et l'Assemblée n'ont pas clairement privilégié l'une ou l'autre solution à ce problème. Le moment viendra où les conditions politiques seront réunies pour régulariser la situation de la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies. Il semblerait qu'il y ait essentiellement deux moyens de le faire. La RFY, comme l'ont fait les autres Etats de l'ex-Yougoslavie, pourrait présenter une demande d'admission. C'est ce qui paraît avoir été prévu par le Conseil et l'Assemblée en 1992, ainsi que dans la lettre du conseiller juridique... L'autre solution consisterait à ce que les organes compétents acceptent la continuité de la qualité de Membre de la RFY sans exiger qu'une demande formelle soit présentée, en revenant par exemple sur les décisions de non-participation de 1992 et 1993. Cela se ferait sans doute explicitement «sans préjudice des questions de succession d'Etats», et pourrait prendre la forme d'une décision des organes compétents visant à apporter une solution pragmatique à une situation délicate.» (M. C. Wood, «Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1, 1997, p. 250-251.)

éventuel avec le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut l'était à titre provisoire («*prima facie*»), et ne tranchait pas définitivement la question⁵.

Dès lors, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour l'examinât plus en profondeur dans son arrêt de 1996. Cette question n'ayant cependant pas été soulevée par les Parties, la Cour, quoique consciente du caractère uniquement *prima facie* de sa thèse formulée dans l'ordonnance de 1993, ne l'a pas tranchée de manière définitive. En fait, elle n'a pas même été évoquée dans le texte de l'arrêt de 1996.

18. La Cour ne s'est penchée sur la question d'une «disposition particulière d'un traité en vigueur» qu'en 2004, lorsque plusieurs défendeurs en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ont soutenu que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait pas se fonder sur le texte du paragraphe 2 de l'article 35, et que la thèse formulée par la Cour sur cette question dans son ordonnance du 8 avril 1993 n'était que provisoire.

La Cour a par conséquent estimé qu'il convenait, dans le contexte des affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, d'examiner en détail le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut et de l'interpréter, à la lumière d'un examen approfondi des travaux préparatoires. Elle a conclu que

«la référence faite au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut aux «dispositions particulières des traités en vigueur» ne s'appliqu[ait] qu'aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut et non aux traités conclus depuis cette date» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 324, par. 113).

Si l'on suit ce raisonnement, le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut ne pouvait donc à aucun moment donner à la République fédérale de Yougoslavie accès à la Cour s'agissant des questions relatives à la convention sur le génocide, dans la mesure où cette dernière n'avait été conclue qu'après l'entrée en vigueur du Statut de la Cour.

19. La Cour a, une fois encore, retracé l'étonnante histoire du statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies (arrêt, par. 88-99). Cependant, après avoir, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, déterminé que la République fédérale de Yougoslavie «a[vait] le statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies depuis le 1^{er} novembre 2000» et que «la situation *sui generis*» de la République fédérale de Yougoslavie, évoquée dans l'arrêt relatif à la *Demande en revision*, «ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation», et avoir, en se fondant sur cette décision, conclu que

«la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies, ni en cette qualité partie au Statut de la Cour internationale de Justice, au moment où elle a déposé sa requête intro-

⁵ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3^e éd., vol. II, «Jurisdiction», 1997, p. 630.

duisant [l']instance devant la Cour, le 29 avril 1999» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 310-311, par. 78-79),

la Cour, en la retraçant aujourd'hui, considère que cette «histoire» se termine avec l'arrêt qu'elle a rendu en 2003 en l'affaire de la *Demande en revision*.

20. La majorité de la Cour n'est pas en mesure de démontrer que, dans son arrêt rendu en 1996, la Cour a déterminé que la République fédérale de Yougoslavie avait qualité pour agir devant elle. La Cour elle-même l'a reconnu en relevant, dans les arrêts rendus le 15 décembre 2004 en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, que, «dans l'arrêt qu'elle rendit le 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires ... [l]a question du statut de la République fédérale de Yougoslavie au regard de l'article 35 du Statut *ne fut pas soulevée* et la Cour ne vit *aucune raison de procéder à son examen*» (*ibid.*, par. 82; les italiques sont de moi). Dans ces huit arrêts, la Cour a en outre indiqué que

«[elle] n'adopta aucune position définitive sur la question du statut juridique de la République fédérale de Yougoslavie au regard de la Charte et du Statut, lorsque, dans les affaires [l'une d'entre elles étant la présente espèce] qui lui furent soumises au cours de cette période [1992-2000], la question se posa et qu'elle se prononça dans le cadre de procédures incidentes» (*ibid.*, p. 309, par. 74).

21. Aujourd'hui, la Cour demande aux Parties d'accepter la décision à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt de 1996, décision «selon laquelle elle avait compétence en vertu de la convention sur le génocide [et qui] doit ... être interprétée comme comprenant implicitement la conclusion que toutes les conditions relatives à la capacité des Etats à se présenter devant elle étaient remplies» (arrêt, par. 133).

S'il en est ainsi, c'est parce que, du point de vue de la majorité de la Cour, la décision de cette dernière selon laquelle elle a compétence «doit nécessairement *s'interpréter* comme signifiant *en toute logique* que la Cour *estimait à l'époque* que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle» (*ibid.*, par. 132; les italiques sont de moi). Aux yeux de la majorité, la réalité est donc, semble-t-il, dépourvue de pertinence; l'élément déterminant est ce que la Cour *estimait* en 1996, et qui est à présent expliqué *ex post* comme devant *s'interpréter en toute logique*. Ce raisonnement alambiqué ne me convainc pas.

22. Le défendeur a laissé entendre que la capacité de la République fédérale de Yougoslavie de se présenter devant la Cour était, dans l'arrêt de 1996, fondée sur un simple «postulat» (*ibid.*, par. 134). La majorité, sans toutefois nier ce postulat, répond que «la capacité [de la République fédérale de Yougoslavie] de se présenter devant la Cour en vertu du Statut constitue un *élément* du raisonnement» suivi dans l'arrêt de 1996

(*arrêt*, par. 135; les italiques sont de moi). Or cet élément est introuvable dans ledit arrêt. Cela est cependant sans conséquence, dans la mesure où, selon la majorité, cet élément «peut — et même *doit* — ... être sous-entendu dans celui-ci» (*ibid.*, par. 135; les italiques sont de moi). La majorité établit une distinction entre la «vérité judiciaire» et la réalité. Comment expliquer autrement l'insistance sur la maxime «*res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent ... être considérées comme exactes», quels que soient les doutes «que des événements postérieurs feraient planer sur elles» (*ibid.*, par. 120)?

23. Aujourd'hui, la majorité ne reconnaît — tant en matière de compétence que sur le fond — qu'une seule exception au caractère définitif des arrêts de la Cour, à savoir celle d'une procédure en révision conformément au Statut. Or la Cour a, le 3 février 2003, rejeté la demande en révision du défendeur. La raison pour laquelle elle a, dans ce cas, le 12 juin 2003, autorisé l'une des Parties à présenter des arguments supplémentaires sur la compétence lors de la procédure orale sur le fond de l'affaire me laisse perplexe. La Cour n'était-elle donc pas consciente que cette tentative serait vouée à l'échec puisque, dès lors qu'elle avait déterminé la «vérité judiciaire», celle-ci demeurait, «sous la seule réserve de la disposition du statut concernant la révision des arrêts» (*arrêt*, par. 139)? En mon âme et conscience, je ne peux souscrire à une telle approche ni, bien que je le déplore, au raisonnement formulé par la majorité.

4. Détermination de novo de la compétence de la Cour

24. Selon moi, la Cour aurait dû statuer *de novo* sur la question de savoir si elle avait ou non compétence en la présente espèce. En réexaminant la question de sa compétence, la Cour se serait conformée aux assurances qu'elles a données aux Parties en juin 2003, à savoir qu'elle «ne se prononcera[ît] sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a[avait] compétence» (*arrêt*, par. 82). Le point de départ de mon raisonnement est la conclusion de la Cour selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 (*ibid.*, par. 83, référence étant faite aux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 311, par. 79) et selon laquelle la situation *sui generis* de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000 «ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 310, par. 78). La République fédérale de Yougoslavie n'était donc pas partie au Statut de la Cour durant cette période, et elle n'y est devenue partie que le 1^{er} novembre 2000. Dès lors, elle n'était pas partie au Statut lorsque la Cour a rendu ses ordonnances de 1993 en indication de mesures conservatoires ainsi que son arrêt de 1996 sur la compétence et la recevabilité de la requête. Or, n'est-ce pas précisément du Statut que découle le caractère obligatoire de ces décisions de la Cour pour la République fédérale de Yougoslavie? Et pourtant, lorsque ces décisions ont été rendues, la République fédérale de Yougoslavie n'y était pas partie.

25. Etant donné que le demandeur affirme que la Cour a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide, la question essentielle est de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était partie à cette convention en 1993. C'est la clause compromissoire contenue dans cet instrument qui confère compétence à la Cour, dans la mesure où, en étant partie au Statut de cette dernière, un Etat n'accepte pas *eo ipso* sa compétence. Cette acceptation doit être exprimée dans un acte différent. Le fait d'être partie au Statut constitue cependant un préalable important à l'exercice par la Cour de sa compétence et de sa fonction judiciaire. Ainsi que la Cour l'a indiqué, elle «ne peut exercer sa fonction judiciaire qu'à l'égard des seuls Etats auxquels elle est ouverte en vertu de l'article 35 du Statut» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 299, par. 46). Dès lors que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut avant le 1^{er} novembre 2000, la Cour n'aurait pas dû, en 1993 ou en 1996, exercer sa fonction judiciaire à son égard, quand bien même elle aurait eu compétence la concernant. Depuis le 1^{er} novembre 2000, date à laquelle la République fédérale de Yougoslavie est devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies et, de ce fait, partie au Statut de la Cour, rien n'empêche plus cette dernière d'exercer sa fonction judiciaire vis-à-vis de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro). La Cour doit par conséquent déterminer si la République fédérale de Yougoslavie était liée par l'article IX de la convention sur le génocide le 20 mars 1993, lorsque la Bosnie-Herzégovine a déposé sa requête en la présente espèce. Si tel était le cas, et si la République fédérale de Yougoslavie est restée liée par la convention sur le génocide tout au long de la période pertinente au regard des demandes de la Bosnie-Herzégovine (1992-1995), toutes les conditions seraient désormais remplies pour qu'il soit statué sur le fond en l'espèce.

26. Naturellement, la Cour doit toujours s'assurer, aux fins d'exercer sa fonction judiciaire, qu'il a été satisfait aux dispositions de son Statut. Celles-ci sont impératives pour la Cour en tant que juridiction. Tout comme sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, elle a cependant appliqué à plusieurs reprises le principe selon lequel elle ne devait pas sanctionner un défaut contenu dans un acte de procédure auquel le demandeur pouvait aisément remédier, ou s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule partie intéressée de faire disparaître (voir *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A/B n° 6*, p. 14).

En l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente s'est penchée sur la question de savoir si la validité de l'introduction d'une instance pouvait être contestée au motif que la requête avait été déposée avant que l'instrument contractuel sur lequel le demandeur se fondait soit devenu applicable. La Cour a déclaré que,

«[m]ême si, avant cette époque, la juridiction de la Cour n'existait pas pour la raison que l'obligation internationale visée à l'article II n'était pas encore en vigueur, il aurait été toujours possible, pour la

partie défenderesse, *de présenter à nouveau sa requête*, dans les mêmes termes, après l'entrée en vigueur du Traité de Lausanne; et alors on n'aurait pu lui opposer le fait en question. Même si la base de l'introduction d'instance était défectueuse pour la raison mentionnée, ce ne serait pas une raison suffisante pour débouter le demandeur de sa requête. La Cour, exerçant sa juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne. Dans ces conditions, même si l'introduction avait été prématurée, parce que le Traité de Lausanne n'était pas encore ratifié, *ce fait aurait été couvert* par le dépôt ultérieur des ratifications requises.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 34; les italiques sont de moi.)

En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, lorsqu'elle a examiné l'argument des Etats-Unis d'Amérique selon lequel une tentative de règlement du différend était, conformément à la clause compromissoire, une condition préalable à sa saisine, la Cour a fait observer que,

«parce qu'un Etat ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre Etat, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les Etats-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956. Il n'y aurait *aucun sens à obliger* maintenant le Nicaragua à *entamer une nouvelle procédure* sur la base du traité — ce qu'il aurait pleinement le droit de faire.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 428-429, par. 83; les italiques sont de moi.)

La Cour a également appliqué ce principe en la présente espèce. Dans son arrêt de 1996, laissant de côté toutes les éventuelles conséquences sur sa décision du fait qu'elle n'était pas, à l'époque, ouverte au défendeur, elle a, en répondant à l'exception préliminaire de ce dernier fondée sur l'argument selon lequel la Convention n'était pas en vigueur entre la Bosnie-Herzégovine et la République fédérale de Yougoslavie avant leur reconnaissance mutuelle du 14 décembre 1995, déclaré que,

«quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la Convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine *pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête*, identique à la présente, qui serait de ce point de vue *inatta-*

quable» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 614, par. 26; les italiques sont de moi).

27. Si l'on applique ce principe, tel que confirmé par la jurisprudence de la Cour, à la présente affaire, la Bosnie-Herzégovine aurait pu «présenter à nouveau» sa requête «dans les mêmes termes» à tout moment depuis le 1^{er} novembre 2000, mais «[i]l n'y aurait aucun sens à [l']obliger maintenant ... à entamer une nouvelle procédure ... ce qu'[elle] aurait pleinement le droit de faire», et sa requête «serait ... inattaquable» du point de vue de l'accès à la Cour. De plus, si la requête initiale du 20 mars 1993 était prématurée dans la mesure où le défendeur n'était pas, à l'époque, partie au Statut et n'avait pas accès à la Cour, «ce fait aurait été couvert» par l'admission ultérieure de la République fédérale de Yougoslavie au sein de l'Organisation des Nations Unies et par le fait qu'elle est devenue partie au Statut de la Cour.

28. Il est vrai que, dans les huit affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour, ayant conclu que le demandeur n'avait pas qualité pour ester devant elle au moment de l'introduction de l'instance, a jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'elle examine les autres exceptions préliminaires à sa compétence soulevées par les différents défendeurs (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 327-328, par. 127). Dans ces affaires, toutefois, quel que fût le titre de compétence que le demandeur aurait pu invoquer, il «n'aurait pu saisir la Cour de manière valable, ... pour la simple raison qu'[il] n'avait pas le droit d'ester devant la Cour» (*ibid.*, p. 299, par. 46; les italiques sont de moi). Ainsi que l'a écrit G. Fitzmaurice,

«lorsqu'un tribunal n'a pas été dûment saisi, il n'a pas compétence pour connaître de l'affaire. Cela ne signifie cependant pas que, dès lors que ce tribunal est dûment saisi, et que l'affaire est donc portée devant lui, il ait, de ce fait, compétence au fond, et puisse examiner et trancher l'affaire sur le fond. Ce que la saisine lui confère, c'est précisément la juridiction et la compétence pour trancher ce point particulier.»⁶

29. En la présente espèce, le demandeur (la Bosnie-Herzégovine) avait qualité pour ester devant la Cour le 20 mars 1993, lorsqu'il a déposé sa requête, et a donc pu «saisir la Cour de manière valable». Celle-ci a donc compétence pour déterminer si elle a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Tant que le défendeur n'était pas partie au Statut, la Cour n'aurait pas dû exercer sa fonction judiciaire à l'égard de cet Etat, même s'il se pouvait qu'elle eût compétence. En revanche, depuis que le défendeur est devenu, le 1^{er} novembre 2000, partie au Statut, rien ne s'oppose plus à l'exercice par la Cour de sa juridiction et de sa compétence dans une affaire dont elle a été dûment saisie par le demandeur.

⁶ G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. II, p. 440-441.

30. De plus, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, le principe n'a pas été invoqué selon lequel la Cour ne devrait pas sanctionner un défaut contenu dans un acte de procédure auquel le demandeur pourrait aisément remédier; en effet, ce dernier aurait été bien en peine de présenter à nouveau sa requête, dès lors qu'il avait avancé, dans ses observations écrites sur les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur, que «la République fédérale de Yougoslavie n'était pas liée par la convention sur le génocide avant [d'y accéder] (avec une réserve à l'article IX) en mars 2001» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 293, par. 29). Aux termes du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour, «[l]a requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour». Quel moyen de droit aurait bien pu être indiqué dans une nouvelle requête pour fonder la compétence de la Cour? Le demandeur a affirmé que «le statut de la RFY vis-à-vis des organisations internationales et des traités [était] une question des plus complexes et des plus controversées», et que, en conséquence, «[s]eule une décision de la Cour pourrait faire la lumière à cet égard» (*ibid.*, p. 295, par. 37). Sur ce point, la Cour a fait observer que, lorsqu'elle se prononçait, ce n'était pas «pour procéder à l'élucidation d'une question controversée» (*ibid.*, p. 295-296, par. 38).

31. En 1996, la Cour a conclu que la République fédérale de «Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Avant de parvenir à cette conclusion, la Cour a commencé par rappeler que la République fédérative socialiste de Yougoslavie avait signé la Convention, puis déposé son instrument de ratification, sans formuler de réserves, le 29 août 1950. La Cour a ensuite évoqué une déclaration formelle adoptée «[l]ors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992» (*ibid.*), déclaration dans laquelle il était indiqué que

«[l]a République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité politique et juridique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera[it] strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a[va]it pris à l'échelon international» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17).

Restant neutre, ou plutôt «muette», sur la question de la continuité de la personnalité juridique internationale de la Yougoslavie, la Cour s'est contentée d'observer que

«[l]'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de *demeurer* liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a[va]it été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

Le terme *demeurer*, choisi par la Cour en 1996, peut toutefois être utilisé pour décrire les deux situations suivantes: a) lorsqu'il y a continuité

de la personnalité juridique internationale d'un Etat, celui-ci *demeure* lié par ses traités; mais également, *b)* lorsque se produit une succession d'Etats dans des cas de séparation de parties d'un Etat, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister, tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard du territoire de l'Etat prédécesseur *demeure* obligatoire à l'égard de chaque Etat successeur. Plus précisément, l'article 34 de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités emploie l'expression «reste en vigueur».

La Cour a finalement relevé qu'«il n'a[vait] pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17).

32. La thèse de la République fédérale de Yougoslavie selon laquelle elle aurait assuré la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie n'a pas été retenue⁷. De fait, en présentant, en octobre 2000, sa demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la République fédérale de Yougoslavie a renoncé à cette thèse. Elle n'a donc pas pu rester liée par la convention sur le génocide au motif qu'elle aurait assuré la continuité de la personnalité juridique internationale de l'ex-Yougoslavie. Est-elle restée liée par cette convention sur la base d'une succession *ipso jure*?

33. Le paragraphe premier de l'article 34 de la convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités dispose:

«Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un Etat s'en séparent pour former un ou plusieurs Etats, que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister:

a) [t]out traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur ainsi formé.»

Dès lors que la convention de Vienne n'était pas encore en vigueur en 1992, lorsque a eu lieu la succession de la République fédérale de Yougoslavie, la question qu'il convient de se poser est celle de la nature de la règle de la succession *ipso jure* énoncée à l'article 34.

Cet article traite, sous l'intitulé unique «Succession d'Etats en cas de séparation de parties d'un Etat», aussi bien des cas de dissolution d'Etats dans lesquels l'Etat prédécesseur cesse d'exister que des cas de séparation d'une partie (ou de plusieurs parties) du territoire d'un Etat dans lesquels un ou plusieurs nouveaux Etats sont formés, mais où l'Etat prédécesseur continue d'exister.

Francis Vallat, l'ancien rapporteur spécial de la Commission du droit

⁷ Voir B. Stern, «Les questions de succession d'Etats dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide devant la Cour internationale de Justice», *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, N. Ando *et al.* (dir. publ.), vol. 1, 2003, p. 285-305, et la thèse de cet auteur selon laquelle «la Yougoslavie a été admise comme nouveau Membre des Nations Unies, toute continuation avec l'ex-Yougoslavie étant ainsi niée» (p. 289).

international (CDI) et expert consultant lors de la conférence de codification de Vienne, a précisé que, bien qu'il ait été envisagé, dans les projets d'articles de 1972, d'appliquer le principe de continuité dans le cas d'une dissolution et celui de la «table rase» au nouvel Etat né d'une sécession, la CDI avait finalement décidé — à la lumière des commentaires formulés par les Etats sur les projets d'articles — d'appliquer un régime unique aux deux catégories, à savoir celui de la succession *ipso jure*. La CDI a estimé que

«le lien juridique entre le nouvel Etat et le territoire qui existait avant la succession continuait en principe d'exister et qu'il serait donc contraire à la doctrine de l'inviolabilité des traités d'appliquer le principe de la «table rase», si ce n'est dans des circonstances particulières»⁸.

Les «circonstances particulières» caractérisaient, selon la Commission, les sécessions ayant eu lieu dans des conditions similaires à celles de la décolonisation, et non dans les cas de dissolution d'Etats⁹.

Dans son commentaire, la CDI a indiqué, au sujet de la dissolution, qu'elle estimait

«qu'aujourd'hui tous les cas de dissolution d'un Etat ayant pour effet de donner naissance à de nouveaux Etats distincts [devaient] être mis sur le même pied aux fins du maintien en vigueur des traités. La CDI a conclu que, bien que l'on puisse relever quelques divergences dans la pratique des Etats, cette pratique était assez uniforme pour justifier la formation d'une règle qui disposerait, avec les réserves nécessaires, que les traités en vigueur à la date de la dissolution devraient rester en vigueur *ipso jure* à l'égard de chacun des Etats issus de la dissolution. Le fait que la situation [puisse] être considérée comme un cas de «séparation d'une ou de plusieurs parties d'un Etat» plutôt que comme un cas de «dissolution» ne porte pas atteinte à cette conclusion fondamentale.»¹⁰

Lors de la conférence, les débats portèrent surtout sur la question de savoir si le principe de la succession *ipso jure* était applicable à la sécession ou, le cas échéant, à la sécession se produisant dans des circonstances similaires à celles de la décolonisation, hypothèse dans laquelle certaines délégations privilégiaient le principe de la «table rase»¹¹. D'autres délégations proposaient que le principe de la succession *ipso jure*

⁸ Conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 47^e séance, p. 104, par. 36.

⁹ *Ibid.*, p. 105, par. 1.

¹⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II, première partie, p. 276, par. 25.

¹¹ Conférence des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités, vol. II, 40^e, 42^e, 47^e et 49^e séances, p. 50 et suiv.

s'applique également à ces derniers cas. Nombre de délégations précisèrent que, selon elles, le principe de la «table rase» ne s'appliquait que dans le cadre de la décolonisation.

Bien que les débats mettent en lumière certaines divergences quant à l'application de la règle de la succession *ipso jure* aux traités à l'ensemble des situations fort différentes visées par l'article 34, l'élément central de cette disposition relatif à la dissolution d'Etats ne suscita aucune objection sérieuse. Par conséquent, la règle de la succession *ipso jure* aux traités dans les cas de dissolution d'un Etat peut, selon moi, être considérée comme une règle de droit international coutumier¹².

34. En signant la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, puis en la ratifiant le 28 avril 1980, l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie a convenu que la règle de la succession *ipso jure*, codifiée par l'article 34 de la convention de Vienne, devait, au moins dans les cas de dissolution d'un Etat, constituer à l'avenir la règle applicable en matière de succession d'Etats (tandis que, dans les cas de sécession, il s'agissait plutôt d'une étape dans le développement progressif du droit international). Sans doute la RFSY pouvait-elle difficilement imaginer à l'époque que, dix ans plus tard, elle serait aussi directement concernée par la question de la succession. Cela étant, la convention de Vienne n'est entrée en vigueur que le 6 novembre 1996 et, en vertu du paragraphe premier de son article 7, elle ne s'applique que dans le cas d'une succession d'Etats qui s'est produite après cette date.

Ayant tous notifié leur succession à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, les cinq Etats successeurs de l'ex-Yougoslavie y sont parties. La Serbie-et-Monténégro l'a fait le 12 mars 2001, date à laquelle elle a également notifié sa succession à un grand nombre de traités et de conventions déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies; parmi ces instruments, elle n'en a retenu qu'un seul — la convention sur le génocide — à l'égard duquel elle a déposé un instrument d'adhésion, assorti d'une réserve à l'article IX.

35. A n'en pas douter, cette décision de la Serbie-et-Monténégro consis-

¹² A. Zimmermann a conclu ainsi, en la résumant, son analyse de neuf cent soixante pages intitulée *Habilitationsschrift, Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge: Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlicher Kodifikation* (2000):

«Pour ce qui concerne le principe de succession universelle dans les cas de séparation ou de démembrement, ainsi que l'article 34 de la convention de Vienne le prévoit ..., une distinction doit être établie. S'agissant des *démembrements* complets d'Etats, ce principe était déjà, en 1978, profondément enraciné dans la pratique des Etats. S'agissant des *séparations*, en revanche, il doit être considéré comme l'une des innovations de la convention, dans la mesure où, dans la plupart des cas antérieurs, les Etats concernés avaient appliqué la règle de la *table rase*.» (*Op. cit.*, p. 860; les italiques sont dans l'original.)

tant à notifier son adhésion à la convention sur le génocide, assortie d'une réserve à l'article IX, et non sa succession (qui ne permet aucune réserve), a été motivée par des considérations relatives à l'espèce. Cette décision avait pour objet d'éviter qu'il ne soit allégué que la Serbie-et-Monténégro aurait eu, avant le mois de juin 2001, des obligations en vertu de la convention sur le génocide (et notamment, au titre de la période 1992-1995, des obligations de fond pertinentes au regard des demandes de la Bosnie-Herzégovine). Cette décision visait également à se soustraire à la juridiction de la Cour en vertu de l'article IX, non seulement au titre de cette période, mais également à l'avenir, jusqu'au moment où cette réserve serait finalement retirée. La Bosnie-Herzégovine s'est, en temps voulu, opposée à la notification d'adhésion à la convention sur le génocide formulée par la République fédérale de Yougoslavie avec une réserve à l'article IX.

Cette unique notification d'adhésion était, selon moi, en contradiction totale avec la succession de la République fédérale de Yougoslavie — notifiée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le même jour que l'adhésion à la convention sur le génocide — à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, laquelle, dans son article 34, dispose que les traités de l'Etat prédécesseur restent en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur. Par cette notification de succession, la République fédérale de Yougoslavie est devenue, à compter d'avril 1992, un Etat partie à la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités. Cet instrument est entré en vigueur le 6 novembre 1996. Bien qu'il ne soit pas formellement applicable au processus de dissolution de l'ex-Yougoslavie — lequel s'est produit au cours des années 1991-1992 —, l'on pourrait s'attendre, dès lors que l'ex-Yougoslavie a consenti à être liée par cette convention dès 1980 et que la République fédérale de Yougoslavie y est devenue partie en avril 1992, à ce que, par analogie avec l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un Etat qui, par la notification de son adhésion, exprime son consentement à être considéré comme lié par la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités ne se comporte pas, dans un cas particulier, de manière incohérente avec la règle énoncée à l'article 34 de cette convention, alors même que, dans un grand nombre d'autres cas, il agit en parfaite conformité avec cette règle. L'ensemble de ces observations me portent à conclure que la Cour ne devrait accorder aucun effet juridique à la notification d'adhésion à la convention sur le génocide formulée par la République fédérale de Yougoslavie, et devrait au contraire considérer que cette dernière est liée par ladite Convention en vertu de l'application aux cas de dissolution d'un Etat de la règle coutumière de succession *ipso jure* codifiée par l'article 34.

36. Dès lors que je considère le défendeur comme étant partie à la convention sur le génocide depuis avril 1992 et au Statut de la Cour depuis le 1^{er} novembre 2000, les deux conditions (d'accès et de compétence) étant donc remplies, je peux accepter qu'il soit statué sur le fond de l'affaire.

II. FOND

A. Interprétation de la convention sur le génocide

37. Pour déterminer la nature des obligations que la convention sur le génocide impose aux Etats parties, il est nécessaire d'interpréter ses dispositions. Cette interprétation doit se faire de bonne foi, conformément au *sens ordinaire qu'il convient de donner aux termes de la Convention, lus dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but de cet instrument*. De plus, ainsi que la Cour le rappelle, il peut être recouru à des moyens complémentaires d'interprétation, tels que les travaux préparatoires de la Convention et les circonstances dans lesquelles celle-ci a été conclue, que ce soit pour confirmer le sens établi à partir de l'interprétation des «termes, contexte, objet et but», ou pour éliminer des ambiguïtés, des points obscurs, ou encore un résultat manifestement absurde ou déraisonnable (cf. arrêt, par. 160).

38. L'application de ces règles d'interprétation m'amène à souscrire largement à l'analyse faite par la majorité de la Cour des dispositions contenues dans les articles V, VI et VII de la Convention. En revanche, je ne peux partager pleinement l'interprétation que fait la Cour de différents aspects des dispositions pertinentes de certains autres articles. Avant de développer mon interprétation en la matière, j'estime important d'indiquer mes vues concernant l'objet de la Convention.

39. La convention sur le génocide s'inscrit dans le corpus grandissant des règles du droit pénal international. Son objet est d'imposer aux Etats parties de prévenir la perpétration du crime le plus grave — le génocide, lequel est considéré comme un crime en vertu du droit international — et, lorsqu'il a été commis, d'en punir les auteurs. La Convention donne une définition juridique de l'acte prohibé (c'est-à-dire du génocide) et impose aux Etats parties l'obligation de rendre punissables dans leur droit interne non seulement ce crime lui-même, mais aussi l'entente en vue de le commettre, l'incitation à le commettre, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide. Les Etats parties ont l'obligation de prévoir des sanctions efficaces pour les auteurs du crime et d'adopter la législation nécessaire pour assurer l'application des dispositions de la Convention, y compris celles relatives à la compétence de leurs tribunaux nationaux pour juger les auteurs présumés. La Convention contient également une disposition relative à l'extradition de ces derniers.

1. L'article premier

40. J'en viens maintenant à mon interprétation de l'article premier de la convention sur le génocide. Les Etats parties y affirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime en vertu du droit international et s'engagent à prévenir ce crime et, dans l'hypothèse où il aurait été commis, à en punir les auteurs.

Outre qu'il exprime de leur part un accord juridiquement contraignant sur le fait que le génocide constitue un crime en vertu du droit inter-

national, l'article premier énonce donc *deux obligations incombant aux Etats parties*: 1) celle de prévenir la commission d'un crime et 2) celle d'en punir les auteurs.

Le fait que cet article impose l'obligation de punir les auteurs du crime de génocide implique que celui-ci y est considéré comme un crime commis par une personne et mettant en cause la responsabilité pénale individuelle de cette personne. Je ne puis imaginer que les Etats parties aient accepté de faire obligation à un Etat de «punir» un autre Etat pour avoir commis un génocide.

41. Je souscris à ce que la Cour déclare aux paragraphes 146 à 151 de l'arrêt. Mais elle se demande ensuite «si les parties à la Convention sont aussi tenues, en vertu *de celle-ci*, de ne pas elles-mêmes commettre de génocide» (arrêt, par. 166; les italiques sont de moi). La Cour ne peut pas ne pas reconnaître «qu'une telle obligation n'est pas expressément imposée par les termes mêmes de la Convention» (*ibid.*). Elle indique en outre que l'article premier «n'impose pas *expressis verbis* aux Etats de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide...», ajoutant cependant que, «eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article premier a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide» (*ibid.*). Et la Cour de conclure que «l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre» (*ibid.*). Je doute qu'il s'agisse là du «sens ordinaire» du terme «prévention», même interprété à la lumière de l'objet et du but de la Convention, laquelle est avant tout une convention de droit pénal international. Certes, en vertu du droit international, il est clair que les Etats ne sont pas libres de commettre des atrocités susceptibles de constituer un génocide. Sur ce point, je partage sans réserve l'opinion de la Cour. Néanmoins, la question est de savoir de quelle manière les Etats qui ont élaboré et adopté la convention sur le génocide entendaient atteindre le noble objectif que celle-ci s'était fixé, consistant à «libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» (selon les termes du préambule de la Convention). La majorité de la Cour défend la thèse selon laquelle l'obligation des Etats de ne pas commettre le génocide résulte nécessairement de l'obligation de le prévenir, dans la mesure où toute autre interprétation serait paradoxale (*ibid.*). La majorité soutient en outre que, dès lors que le génocide figure dans la liste des actes punissables énoncés à l'article III, l'interprétation qu'elle fait de l'article premier «doit aussi s'appliquer aux autres actes énumérés à l'article III» (*ibid.*, par. 167). La majorité ne se fonde aucunement sur les travaux préparatoires pour étayer cette thèse; elle évoque au contraire «une particularité du libellé de l'article IX» (arrêt, par. 168), lequel prévoit la compétence de la Cour non seulement à l'égard des différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention, mais aussi à l'égard de ceux relatifs à «l'exécution de la ... 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» (*ibid.*, par. 146). Cependant, il s'agit là de la clause compromissoire, laquelle ne donne généralement pas naissance à des obligations de fond. La majorité déduit de cette clause compromissoire que

«[I]a responsabilité d'une partie pour génocide ou tout autre acte énuméré à l'article III naît de son manquement aux obligations que lui imposent les autres dispositions de la Convention, et notamment ... l'article III, lu conjointement avec les articles I et II» (*arrêt*, par. 169).

42. Mon interprétation de l'intention des Etats lorsqu'ils ont élaboré et adopté la convention sur le génocide est différente. Selon moi, ils entendaient atteindre le noble objectif évoqué plus haut et énoncé dans le préambule en imposant aux Etats parties l'obligation absolue de tenir pour pénalement responsables les personnes qui commettent cet acte odieux et de les punir, «qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers» (Convention, art. IV). Un Etat, en tant qu'entité abstraite, ne peut agir sans qu'une personne physique accomplisse un acte. Le fait d'assujettir des personnes, y compris celles qui exercent une autorité gouvernementale, à une responsabilité pénale internationale est, sans doute, un moyen efficace d'atteindre l'objectif de la Convention, dans la mesure où un Etat ne peut agir qu'à travers la conduite de personnes. Que ces dernières s'exposent à des poursuites pénales a pour conséquence qu'elles sont moins enclines à ne pas respecter les obligations de la convention sur le génocide, dès lors, notamment, qu'elles ne sauraient se prévaloir d'un «fait de l'Etat» pour se défendre d'avoir commis de telles violations (voir paragraphe 48 ci-dessous).

43. Pour en revenir au texte de l'article premier et à son interprétation, il peut être utile de s'intéresser au libellé du préambule, lequel fait en effet partie du contexte. Le préambule se réfère à la déclaration faite par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 96 (I) en date du 11 décembre 1946, selon laquelle

«le génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne, et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs».

Il convient de rappeler que la proposition du représentant du Royaume-Uni à la Sixième Commission, sir Hartley Shawcross, fut rejetée; celle-ci consistait à remplacer le paragraphe 3 du projet de résolution initial par le texte indiquant que l'Assemblée générale «[d]éclare que le génocide est un crime international dont les auteurs principaux et les complices, *de même que les Etats*, sont individuellement responsables» (Nations Unies, doc. A/C.6/83; les italiques sont de moi).

Suite à l'intervention du délégué de la France, qui avait évoqué le fait que la responsabilité pénale des Etats était inconnue dans l'ordre juridique français, la présidence de la sous-commission de la Sixième Commission à laquelle avait été confiée la tâche de préparer un projet de résolution précisa que «la question de déterminer la responsabilité des Etats, distincte de la responsabilité des particuliers, des fonctionnaires ou des

hommes d'Etat, était un problème qu'il convenait mieux d'examiner au moment où l'on prépar[er]ait une convention relative au crime de génocide» (Nations Unies, doc. A/C.6/120).

44. Le texte de la résolution 96 (I) n'étaye en rien la thèse selon laquelle, lorsque l'Assemblée générale demanda au Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies «d'entreprendre les études nécessaires en vue de rédiger un projet de convention sur le crime de génocide», elle envisageait que ce projet porte également sur le génocide en tant que crime commis par l'Etat lui-même. Bien au contraire, plusieurs passages de la résolution — tels que «[l]a répression du crime de génocide est une affaire d'intérêt international», «le génocide est un crime de droit des gens ... pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'Etat, doivent être punis», «[i]nvite les Etats Membres à prendre les mesures législatives nécessaires pour prévenir et réprimer [ce crime]», ou encore «[r]ecommande d'organiser la collaboration internationale des Etats en vue de prendre rapidement des mesures préventives contre le crime de génocide et d'en faciliter la répression» — attestent que l'intention était de proclamer que le génocide était un crime en vertu du droit international et d'inciter les Etats parties à inscrire son interdiction dans leur droit pénal interne, lequel fournirait ainsi la base juridique nécessaire pour en punir les auteurs, quelles qu'aient pu être leurs fonctions au sein de l'Etat au moment de la commission du crime.

45. L'ensemble des développements qui précèdent me conduisent à conclure que le génocide, au sens de l'article premier de la Convention, est conçu comme un crime commis par des personnes et non par des Etats. Les Etats parties ont l'obligation de prévenir la perpétration de ce crime et, s'il était commis, d'en punir les auteurs.

2. L'article II

46. L'article II contient une définition juridique *stricto sensu* du crime de génocide. Il s'agit d'un crime qui nécessite l'intention spécifique (*dolus specialis*) «de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». L'article II décrit l'acte lui-même, mais pas ses auteurs.

3. L'article III

47. L'article III indique que doivent être punis non seulement l'acte de génocide lui-même mais également quatre formes de participation à ce crime (l'entente en vue de le commettre, l'incitation directe et publique à le commettre, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide). Le fait que les actes prohibés doivent être «punis», ainsi que le prévoit l'article III, étaye fermement la thèse selon laquelle cet article est limité *ratione personae* aux seules personnes et n'inclut pas les Etats. Dans le

cas contraire, il faudrait accepter que les Etats puissent être punis, ce qui n'est pas le cas. Or la notion de répression est liée à la responsabilité pénale, qui n'est pas considérée comme pouvant être engagée par un Etat.

4. *L'article IV*

48. L'article IV de la Convention ne vise que les individus et leur responsabilité personnelle pour génocide («[l]es personnes ayant commis le génocide ... seront punies...»). Les intéressés peuvent en outre être tenus pour pénalement responsables de l'acte en question, quelles que soient les fonctions qu'ils aient pu occuper. Ainsi, l'article IV dispose que «[l]es personnes ayant commis le génocide ... seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers». Aucune défense fondée sur un fait de l'Etat ne saurait permettre à une personne de ne pas être tenue pour pénalement responsable d'avoir participé à un génocide.

Le texte de l'article IV — aux fins de son interprétation — est donc dépourvu de la moindre ambiguïté: il ne prévoit pas la responsabilité de l'Etat. Cette conclusion est corroborée par le fait que l'amendement du Royaume-Uni visant à inclure la responsabilité pénale de l'Etat dans le texte de cette disposition a été rejeté. Au sein de la Sixième Commission, le Royaume-Uni avait en effet proposé d'amender comme suit le projet d'article V (devenu l'article IV de la Convention), tel que présenté par le comité spécial du génocide du Conseil économique et social:

«Seront *pénalement responsables* de tout acte de génocide spécifié aux articles II et IV non seulement tous les particuliers ou associations, mais également les *Etats*, les gouvernements, ou les organes ou autorités de l'Etat ou du gouvernement, qui auront commis de tels actes. Ces actes, *lorsqu'ils seront commis par des Etats* ou des gouvernements, ou en leur nom, constitueront une violation de la présente convention.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, annexes*, doc. A/C.6/236 et Corr.1, 1948, p. 24; les italiques sont de moi.)

L'amendement du Royaume-Uni fut rejeté par 24 voix contre 22.

L'observation formulée par la Cour selon laquelle «la responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes» n'est pas «exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des «gouvernants» ou des «fonctionnaires»» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32) ne modifie pas la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un Etat pour génocide n'est pas envisagée à l'article IV. Ce dernier vise en réalité l'obligation pour un Etat de punir l'auteur du génocide, quelles que soient les fonctions que cette personne occupe au sein de l'Etat.

5. *L'article VI*

49. L'article VI porte sur la juridiction devant laquelle «[l]es personnes

accusées de génocide ... seront traduites». Ces personnes seront avant tout traduites devant «les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis».

L'article VI prévoit également que soient engagées des poursuites internationales contre les auteurs en disposant qu'ils seront traduits «devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction».

Il convient de rappeler que le Royaume-Uni avait proposé un amendement au projet d'article VII (devenu l'article VI de la Convention). Il suggérait que ce projet d'article soit supprimé «parce que ... il n'exist[ait] pas de cour pénale internationale et, ... en raison de l'article VI [article V de la Convention], il [était] inutile de faire mention des tribunaux nationaux». Le Royaume-Uni proposait de le remplacer par le texte suivant :

«Lorsque l'un des actes de génocide spécifiés aux articles II et IV sera le fait de l'Etat ou du gouvernement lui-même ou d'un organe ou autorité quelconque de l'Etat ou du gouvernement, ou qu'il sera présenté comme tel, l'affaire, à la demande de toute autre partie à la présente Convention, sera soumise à la Cour internationale de Justice, dont la décision sera définitive et obligatoire. Tous actes, toutes mesures dont la Cour jugera qu'ils constituent des actes de génocide seront respectivement interrompus ou annulés immédiatement; si leur exécution a déjà été suspendue, ces actes ne seront pas repris ni ces mesures imposées à nouveau.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, annexes*, doc. A/C.6/236 et Corr.1, 1948, p. 25.)

L'amendement du Royaume-Uni ne fut pas adopté. Il fut retiré en raison de l'objection — formulée en particulier par les Etats-Unis d'Amérique — selon laquelle il «n'[était] pas recevable, étant donné qu'il équival[ait] à une motion tendant à revenir sur une décision déjà prise», argument qui faisait référence à l'échec de l'amendement au projet d'article V (l'article IV de la Convention) proposé par le Royaume-Uni (voir présente opinion, par. 48) (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission*, 99^e séance, doc. A/633, p. 392). Le délégué du Royaume-Uni (Fitzmaurice) retira finalement cet amendement au profit de l'amendement commun au projet d'article X (l'article IX de la Convention) présenté par la Belgique et le Royaume-Uni (voir *ibid.*, p. 394). Par la suite, Fitzmaurice reconnut que «[d]urant les débats, il était apparu clairement que la Commission désirait limiter les dispositions de l'article VII [devenu l'article VI de la Convention] à la responsabilité des individus» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 430).

6. L'article IX

50. L'article IX est la disposition essentielle aux fins de la présente espèce. Il se lit comme suit :

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interpré-

tation, 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.» (Les italiques sont de moi.)

Ainsi que le juge Oda l'a indiqué, cette clause de juridiction est

«unique si on la compare aux clauses compromissaires d'autres traités multilatéraux qui prévoient la soumission à la Cour internationale de Justice des différends entre les parties contractantes ayant trait à leur *interprétation* ou *application*» (C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 627, par. 5; les italiques sont dans l'original).

En fait, le projet de convention, tel qu'élaboré par le comité spécial et présenté à la Sixième Commission, contenait la clause compromissoire habituelle, laquelle prévoyait la compétence obligatoire de la Cour pour des différends «relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente convention».

Quel est donc le sens des termes qui y ont été ajoutés: «ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide»?

a) *Différends relatifs à l'exécution de la Convention*

51. L'adjonction du terme «exécution» n'apparaît pas significative à la Cour (arrêt, par. 168). Je partage ce point de vue. A la lumière des travaux préparatoires, je suis convaincu que ce terme n'ajoute aucun élément juridiquement pertinent à l'obligation d'appliquer la Convention. En effet, en appliquant cet instrument de bonne foi, un Etat partie contribue à la réalisation de son but qui est de prévenir le génocide, but clairement énoncé dans le préambule («libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux», à savoir le crime de génocide) et à l'article premier. C'est en rapport avec cet engagement que le terme «exécution» a été utilisé pour la première fois dans la rédaction de la convention sur le génocide (voir l'amendement de la Belgique, Nations Unies, doc. A/C.6/252).

52. A mon sens, l'adjonction de l'expression «exécution de la présente Convention» à la clause compromissoire n'ajoute rien aux obligations de fond des parties à la Convention et n'étend pas la compétence *ratione materiae* de la Cour qui résulte de la notion d'«application de la Convention» figurant à l'article IX (ainsi que dans un grand nombre de clauses attributives de compétence ou compromissaires d'autres instruments). Elle met simplement un accent supplémentaire sur l'un des aspects de la Convention, à savoir son but général, qui est de prévenir ce «fléau aussi odieux» qu'est le génocide.

b) *Différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide*

53. Il nous reste à examiner cette partie de la clause compromissaire de l'article IX qui dispose que les «différends ... 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» relèvent de la compétence de la Cour.

La version anglaise de cette clause est légèrement différente. Elle se lit comme suit: «disputes ... including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III» (les italiques sont de moi).

Cette disposition soulève un certain nombre de questions, à commencer par celle de son sens. Elle peut être interprétée d'au moins trois manières.

54. Premièrement, cette disposition peut être comprise comme prévoyant la compétence de la Cour aux seules fins d'établir la responsabilité d'un Etat pour violation de l'une des obligations lui incombant en vertu de la Convention. La compétence de la Cour s'agissant de l'application d'un traité englobe néanmoins aussi sa compétence aux fins d'établir les conséquences pour un Etat du non-respect des obligations lui incombant en vertu du traité en question, à savoir sa responsabilité internationale (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21*). Dès lors, «il aurait été superflu d'ajouter [cette expression dans la clause compromissaire], à moins que dans l'esprit des Parties ce point visât quelque chose de plus» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 23-24*). Bien que la convention de Vienne sur le droit des traités — sur laquelle la Cour s'appuie régulièrement — ne prévoie pas *en tant que tel* le principe de l'effet utile aux fins de l'interprétation des traités, celui-ci tend à indiquer qu'une telle interprétation serait par trop restrictive. Les travaux préparatoires, qui démontrent que les débats ont été relativement longs et parfois confus (voir paragraphes 57 et 58 ci-dessous), viennent d'ailleurs confirmer qu'une telle interprétation ne devrait pas être retenue.

55. Deuxièmement, la clause considérée peut aussi être comprise comme conférant compétence à la Cour pour établir qu'un Etat a commis un génocide, crime qui se «singularise par la réprobation particulière et l'opprobre», crime «horrible de par son ampleur» et qui constitue un «crime contre le genre humain dans son intégralité»¹³. Une telle interprétation impliquerait toutefois que les Etats puissent être pénalement responsables en vertu du droit international, notion déjà rejetée par une importante majorité d'Etats, et plus récemment abandonnée par la CDI

¹³ TPIY, *Le procureur c. Radislav Krstić*, affaire IT-98-33-A, chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, par. 36.

lors de la finalisation, entre 1998 et 2001, des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

56. Troisièmement, cette clause peut également être comprise comme désignant la faculté qu'a la Cour d'établir que, dans une affaire donnée, un Etat doit assumer les conséquences du crime de génocide commis par un individu considéré comme pénalement responsable, et ce en raison de l'existence d'une relation particulière entre l'individu auteur du génocide et l'Etat en question. En d'autres termes, la Cour se serait vu attribuer compétence aux fins d'établir la responsabilité d'un Etat pour génocide en vertu des règles du droit international, sur le fondement de l'attribution à l'Etat des actes génocides perpétrés par des individus. Cette interprétation me semble la plus plausible non seulement au regard du texte anglais de l'article IX («the responsibility of a State for genocide»), mais également de la version française («la responsabilité d'un Etat en matière de génocide»), ainsi que du débat parfois confus sur le projet de convention au sein de la Sixième Commission en novembre 1948.

57. En dépit de leur relative confusion, les délibérations et révisions qui ont émaillé le processus rédactionnel de la Sixième Commission étayaient cette troisième interprétation, plus plausible. Il ressort de l'histoire rédactionnelle de l'article IX de la Convention que les délégations du Royaume-Uni et de la Belgique sont à l'origine de ce texte, lequel a vu le jour après plusieurs tentatives infructueuses des deux Etats de reviser d'autres dispositions. Le Royaume-Uni n'était pas parvenu à obtenir un soutien suffisant pour que soit adopté son amendement aux projets d'article V (article IV de la Convention) visant à étendre la responsabilité pénale aux «Etats, [aux] gouvernements, ou [aux] organes ou autorités de l'Etat ou du gouvernement» (pour le texte de l'amendement, voir paragraphe 48 ci-dessus), et d'article VII (article VI de la Convention) (pour le texte de l'amendement, voir paragraphe 49 ci-dessus). De la même manière, la Belgique n'était pas parvenue à faire adopter son amendement à l'amendement du Royaume-Uni au projet d'article VII. Compte tenu de ces tentatives infructueuses, les deux délégations présentèrent un amendement commun à l'article X (devenu l'article IX de la Convention), qui se lisait comme suit (le texte original est en anglais et en français):

«Tout différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Haute Partie contractante.» (Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 28.)

En anglais, le texte se lisait comme suit:

«Any dispute between the High Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including disputes relating to the responsibility of a State for any of the acts enumerated in Articles II and IV, shall be submitted to the

International Court of Justice at the request of any of the High Contracting Parties.» (Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 28.)

58. Les débats qui se déroulèrent ensuite au sein de la Sixième Commission révèlent ce qui suit au sujet de l'amendement commun :

i) Celui-ci fut débattu lorsque la référence à une «Cour criminelle internationale» pour juger les personnes accusées fut supprimée du projet d'article VII, de sorte que la seule juridiction alors envisagée était celle de l'Etat sur le territoire duquel l'acte serait commis. La référence à «la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction» ne fut inscrite à l'article VI de la Convention qu'à un stade tardif des travaux de la Sixième Commission, bien après que le débat relatif au projet d'article X (devenu l'article IX de la Convention) eut été achevé et que la question de divers amendements eut été tranchée, y compris celle de l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique.

ii) C'est dans ce contexte que certaines délégations étaient prêtes à accepter l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique. Le délégué français, qui s'était auparavant opposé à l'amendement du Royaume-Uni au projet d'article V visant à étendre la responsabilité pénale aux Etats, indiqua, lors du débat sur l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique au projet d'article X, que,

[c]ertes, il eût mieux valu organiser cette représentation directement sur le plan pénal, au lieu d'en restreindre la portée aux seuls Etats dans le domaine civil, mais, si insuffisant qu'il soit, l'amendement commun est préférable à l'absence de tout texte attributif de compétence à une juridiction internationale» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 431).

De la même manière,

[l]a délégation du Brésil [était] prête à accepter l'amendement commun, à condition que la suppression de la seconde partie de l'article X du projet soit maintenue, pour le mettre en harmonie avec l'article VII, dans lequel la mention d'un tribunal international compétent a été éliminée» (*ibid.*, p. 432).

Des vues similaires furent exprimées par l'Uruguay (*ibid.*, p. 433).

iii) La responsabilité de l'Etat envisagée par les coauteurs de l'amendement commun n'était pas une responsabilité pénale. Fitzmaurice, en sa qualité de représentant du Royaume-Uni, indiqua, en réponse à la demande de clarification formulée par le délégué canadien, «que la responsabilité envisagée dans l'amendement commun de la Belgique et du Royaume-Uni [était] la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la convention», ajoutant qu'il s'agissait là «d'une responsabilité civile et non pas d'une responsabilité pénale» (*ibid.*, p. 440).

iv) Plusieurs votes préliminaires eurent lieu avant que ne soit mis aux

voix l'amendement commun dans son ensemble. Tout d'abord, la Sixième Commission, par 30 voix contre 9 et 8 abstentions, adopta l'amendement de l'Inde tendant à remplacer, dans l'amendement commun, les termes «à la requête d'une Haute Partie contractante» par les termes «à la requête d'une partie au différend» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.104, p. 447).

Ensuite, par 27 voix contre 10 et 8 abstentions, la proposition de suppression du mot «exécution» figurant dans l'amendement commun fut rejetée (*ibid.*).

Puis, la suppression de l'expression «y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV» contenue dans l'amendement commun fut rejetée par une courte majorité de 19 voix contre 17 et 8 abstentions (*ibid.*).

Enfin, l'amendement commun du Royaume-Uni et de la Belgique, tel que modifié selon la proposition de l'Inde, fut adopté par 23 voix contre 13, avec 8 abstentions (*ibid.*).

- v) Le comité de rédaction de la Sixième Commission y apporta quelques modifications stylistiques¹⁴ et le rebaptisa article IX (Nations Unies, doc. A/C.6/289 et Corr.1).
- vi) L'Inde essaya de nouveau, sans succès, d'obtenir la suppression de l'expression «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» (pour l'amendement de l'Inde, voir Nations Unies, doc. A/C.6/299). Le Royaume-Uni, la Belgique et les Etats-Unis proposèrent un autre projet d'article IX, lequel se lisait comme suit (les versions française et anglaise étant les textes originaux):

«Les différends entre Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux résultant de l'allégation par une Partie contractante que le crime de génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III a été commis dans la juridiction d'une autre Partie contractante, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.» (Nations Unies, doc. A/C.6/305; les italiques sont de moi.)

Et en anglais:

«Disputes between Contracting Parties relating to the interpretation, application or implementation of this Convention, including disputes arising from a charge by a Contracting Party that the crime of genocide or any other of the acts enumerated in Article III has been committed within the jurisdiction of another Contracting

¹⁴ Le comité de rédaction remplaça les mots «Tout différend» par «Les différends» au tout début du texte et supprima «Hautes» avant «Parties contractantes», remplaça «y compris les différends» par «y compris ceux» et, enfin, utilisa l'expression «de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» en lieu et place de «dans les actes énumérés aux articles II et IV».

Party, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of one of the parties to the dispute.» (United Nations doc. A/C.6/305; emphasis added.)

Les trois coauteurs de cet amendement ne le considéraient pas comme un amendement de fond, mais simplement comme «une variante», dont l'objet était «d'éliminer le mot «responsabilité» qui para[issait] ambigu à certaines délégations» (Nations Unies, doc. A/C.6/SR.131, p. 687). Ils estimaient que l'amendement de l'Inde constituait «une modification de fond» du texte et «qu'il appart[enait] aux représentants de l'Inde seuls de demander un nouvel examen de l'article IX» (*ibid.*). Après un débat prolongé, le président de la Sixième Commission¹⁵

«décid[a] que cet amendement port[ait] sur le fond même de l'article. En effet, l'article IX prévo[yai]t que ser[ai]ent soumis à la Cour internationale de Justice, entre autres, les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un des actes énumérés à l'article III.» (*Ibid.*, p. 690.)

Il précisa que

«tandis que d'après l'amendement commun [de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis], il ne s'agirait pas de différends portant sur la responsabilité de l'Etat mais résultant d'une accusation aux termes de laquelle l'acte criminel a été commis sur le territoire d'une des parties contractantes» (*ibid.*).

Le président conclut que «[l]a Commission ne pourra[it] donc prendre en considération l'amendement commun de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis, ainsi que l'amendement de l'Inde, que si elle se pronon[çait] en faveur d'un nouvel examen de l'article IX» (*ibid.*).

Sa décision ne fut pas contestée. Il mit ensuite aux voix une motion tendant à ce que l'article IX fasse l'objet d'un nouvel examen. Celle-ci ne fut pas adoptée, n'ayant pas obtenu la majorité requise des deux tiers (16 voix pour, 13 contre et 11 absentions) (*ibid.* p. 690).

59. A la lumière de l'histoire rédactionnelle de l'article IX de la convention sur le génocide et de la décision du président de la Sixième Commission relative à la proposition commune de la Belgique, du Royaume-Uni et des Etats-Unis (Nations Unies, doc. A/C.6/305), il est difficile de conclure que la compétence de la Cour en vertu de l'article IX vaut également dans l'hypothèse où il est allégué que «le crime de génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III a été commis».

60. La Cour n'a pas de compétence pénale. Comment — peut-on se demander — une cour conçue comme un organe judiciaire chargé de tran-

¹⁵ R. J. Alfaro devint par la suite juge (1959-1964), puis vice-président (1961-1964) de la Cour internationale de Justice.

cher des différends interétatiques, dépourvue de compétence pénale, dont la procédure (le Règlement de la Cour) n'est pas adaptée aux exigences (ou besoins) d'une affaire pénale, et qui ne dispose pas d'un règlement de preuve, peut-elle établir qu'un crime (à savoir, le génocide, lequel nécessite une intention spécifique (*dolus specialis*)) a été commis? Peut-on établir qu'un crime a été commis dans le cadre d'une procédure ne prévoyant aucune possibilité de recours? Il s'agit-là, selon moi, de questions importantes qui vont à l'encontre d'une interprétation de l'article IX de la Convention selon laquelle la Cour aurait compétence pour connaître d'accusations de génocide formulées par un Etat à l'encontre d'un autre Etat.

7. Conclusions concernant l'interprétation de la Convention

61. Après avoir analysé et interprété diverses dispositions de la convention sur le génocide, il convient à présent de tirer les conclusions pertinentes. Celles-ci sont, selon moi, les suivantes :

- i) La Convention a été conçue comme un instrument visant à la prévention et à la répression du crime de génocide.
- ii) Le génocide, en tant que crime en vertu du droit international, est présenté dans la Convention comme un crime engageant la responsabilité pénale individuelle de ses auteurs, lesquels doivent, partant, être punis quelle que soit la fonction qu'ils occupent.
- iii) La Convention *ne* conçoit *pas* le génocide comme un acte criminel commis par un Etat¹⁶.
- iv) La Convention établit un certain nombre d'obligations pour les Etats parties, qui sont tenus :
 - a) de prévenir le génocide (art. I);
 - b) de punir les personnes ayant commis le génocide (art. I et IV);
 - c) de prendre les mesures législatives nécessaires (art. V);
 - d) d'assurer l'exercice de la juridiction d'un tribunal compétent de l'Etat territorial (art. VI);
 - e) d'extrader les auteurs (art. VII).
- v) Le fait pour un Etat de ne pas se conformer à l'une des obligations susmentionnées découlant de la Convention est un acte illicite qui engage sa responsabilité internationale. En vertu de l'article IX, la Cour a compétence pour établir qu'un Etat s'est ou non conformé aux obligations susmentionnées, et qu'il a engagé sa responsabilité internationale pour manquement à l'une quelconque d'entre elles (voir point iv) a) à e) ci-dessus).
- vi) La compétence de la Cour, en raison de l'ajout des mots «y compris

¹⁶ L'on ne doit pas perdre de vue que la Convention a été rédigée au lendemain du procès de Nuremberg. Le Tribunal a indiqué que «[c]e sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes» (*France et consorts c. Göring et consorts*, *TMI* (1946), vol. 22, p. 466).

[les différends] relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» à la clause compromissive de l'article IX, est plus large et implique que celle-ci a le pouvoir d'établir la «responsabilité [internationale] d'un Etat en matière de génocide» sur la base de l'attribution à cet Etat de l'acte criminel de génocide perpétré par un individu. Toutefois, la Cour n'est pas l'instance adéquate pour établir par une décision juridiquement contraignante qu'un *crime* de génocide a été commis. Une telle décision doit être rendue dans le cadre d'une procédure pénale prévoyant également un droit de recours. La Cour n'est pas une juridiction pénale et sa procédure *n'est pas* pénale.

B. Commentaires sur certaines conclusions de la Cour

1. L'obligation de prévenir

62. La Cour a jugé que le défendeur avait violé l'obligation lui incombant de prévenir le génocide en vertu de l'article premier de la convention sur le génocide. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tout d'abord qualifié cette obligation d'obligation de «*due diligence*» (arrêt, par. 430) et jugé que «la capacité ... à *influencer* effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide» (*ibid.*; les italiques sont de moi) était un critère pertinent pour «apprécier si un Etat s'[était] correctement acquitté de l'obligation en cause» (*ibid.*). La Cour a estimé que «la RFY se trouvait, à l'égard des Serbes de Bosnie ..., dans une position d'influence» (*ibid.*, par. 434). Bien qu'elle «n'a[it] pas ... jugé que les informations dont disposaient les autorités de Belgrade indiquaient de manière certaine l'imminence du génocide ..., ces dernières ne pouvaient pas ne pas être conscientes du risque sérieux qui existait à cet égard» (arrêt, par. 436). L'ampleur de ces tragiques événements «était sinon prévisible avec certitude, du moins *souçonnable*» (*ibid.*, par. 438; les italiques sont de moi). La Cour a jugé que, dans la mesure où «le défendeur n'a[avait] établi l'existence d'aucune initiative à des fins préventives», il «a[avait] violé son obligation de prévenir le génocide de Srebrenica» (*ibid.*). La Cour n'estime pas nécessaire qu'il soit prouvé que le défendeur «[ait eu] le pouvoir d'empêcher certainement le génocide; il suffit qu'il ait eu des moyens d'agir en ce sens, et qu'il se soit manifestement abstenu de les mettre en œuvre» (*ibid.*). La Cour ne précise pas quel type de «moyens» elle vise, mais a, semble-t-il, pris en compte l'influence de la République fédérale de Yougoslavie sur les Serbes de Bosnie.

63. Ce qui est flagrant dans cette partie de l'arrêt, c'est qu'il n'est pour ainsi dire accordé aucune attention aux arguments des Parties. Je me sens donc contraint d'exprimer mon point de vue sur les questions soulevées par celles-ci.

64. La Serbie-et-Monténégro a fait valoir que «la convention sur le génocide ne p[ouvait] s'appliquer que lorsque l'Etat concerné exer[çait] une

compétence territoriale dans les régions où les violations de la convention se seraient produites» (CR 2006/16, p. 15). Elle a par ailleurs souligné que :

«[L]es obligations des Parties contractantes de faire appel à leur droit interne ainsi que de prévenir et de punir les actes de génocide perpétrés par des particuliers se rattachent inévitablement à l'exercice de la compétence législative et coercitive sur le territoire de l'Etat en question, ou dans les zones relevant de son contrôle. Pour que les principes de la responsabilité des Etats puissent s'appliquer, il faut que l'Etat en cause ait la capacité d'exercer son contrôle sur le territoire concerné» (*ibid.*, p. 19).

La Bosnie-Herzégovine a cité un passage de l'arrêt de la Cour sur la compétence en la présente espèce, selon lequel «l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 31). Elle a cependant reconnu, dans le passage qui suit, qu'un Etat devait au moins exercer un certain contrôle sur les territoires ou les activités en question :

«En somme, la question correcte à poser est la suivante: le défendeur exerçait-il, *par rapport au territoire de la Bosnie-Herzégovine, des fonctions, pouvoirs ou activités* qui lui auraient permis de prévenir le génocide ou de l'arrêter, ou tout au moins de s'engager dans cette action? Il est évident que, si ... la réponse à cette question devait être positive, il s'ensuivrait que l'obligation d'agir pour prévenir et arrêter le génocide était parfaitement applicable au défendeur.» (CR 2006/34, p. 7; les italiques sont de moi.)

65. Il me semble que le prononcé de la Cour selon lequel «l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la Convention» doit être interprété avec mesure.

Premièrement, ainsi que la Cour l'indique aujourd'hui à juste titre, «l'obligation de prévenir le génocide et celle d'en punir les auteurs [sont] deux obligations distinctes, quoique reliées entre elles, qui doivent être examinées successivement» (arrêt, par. 425). Deuxièmement, s'agissant de la portée territoriale de ces deux obligations, j'évoquerai en premier lieu celle de punir, laquelle est expliquée plus clairement par le texte de la Convention et les travaux préparatoires ayant mené à son adoption. Cette obligation *est* territorialement limitée, ainsi que la Cour le relève *aujourd'hui* à juste titre (arrêt, par. 184). Le principe de l'universalité de l'obligation de punir, initialement envisagé à l'article VII du projet du Secrétariat, fut abandonné par le comité spécial, dont le projet d'article VII retint finalement le principe de la territorialité, associé à la juridiction d'un tribunal international compétent appelé à être créé. Cette solution fut reprise dans son principe à l'article VI de la convention sur le génocide. Ainsi, *stricto sensu*, la Convention impose une *obligation* de punir à l'Etat sur le territoire duquel le crime de génocide a été commis.

Mais la pratique des Etats confirme par ailleurs clairement que ceux-ci reconnaissent le *droit* d'un Etat d'exercer sa juridiction pénale lorsque le crime de génocide a été commis en dehors de son territoire, quelle que soit la nationalité des auteurs et des victimes présumés. Aussi souhaitable qu'il soit qu'un Etat puisse exercer sa juridiction pénale pour réprimer le génocide, cela ne transforme pas ce droit en une obligation à sa charge, à moins, bien sûr, que le génocide ait été commis sur son territoire.

66. S'agissant à présent de l'obligation de prévention, les débats au sein de la Sixième Commission ne sont guère éclairants. Il n'est guère surprenant que l'auteur le plus fécond sur la question du génocide ait écrit que «la phrase la plus étonnante de l'article premier est sans doute celle énonçant l'obligation qui incombe aux Etats de prévenir et réprimer le génocide». Et celui-ci d'ajouter que,

«alors que le texte final de la Convention traite abondamment de la répression du génocide, il ne contient que peu d'éléments permettant de savoir ce que recouvre réellement la prévention du génocide. Et rien dans les débats relatifs à l'article premier ne fournit la moindre indication quant à la portée de l'obligation de prévenir.»¹⁷

La Cour elle-même reconnaît que, si «la Convention comporte ... des dispositions plus ou moins détaillées concernant l'obligation de répression (les articles III à VII), elle ne revient sur l'obligation de prévenir, au-delà de son affirmation *de principe* à l'article premier, qu'à l'article VIII» (arrêt, par. 426; les italiques sont de moi).

Ce dernier article affirme la possibilité pour un Etat de porter à l'attention des organes compétents de l'Organisation des Nations Unies une situation qu'il considère comme constitutive d'un génocide ou comme risquant de mener à un génocide. Malheureusement, l'article n'impose pas expressément d'obligation d'agir à l'organe compétent. Il incombe à ces organes de l'Organisation des Nations Unies d'examiner quelles actions seraient appropriées pour prévenir ou faire cesser le génocide ou les situations risquant de dégénérer en génocide. Toute action de cette nature doit néanmoins être fondée sur la Charte des Nations Unies.

L'article VIII concerne essentiellement le Conseil de sécurité, qui a «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales» et qui est autorisé, aux termes de la Charte, à décider des mesures à prendre pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. L'autre organe qui pourrait être visé par l'article VIII de la convention sur le génocide est l'Assemblée générale.

Lorsqu'ils ont adopté la convention sur le génocide, les Etats ont indiqué dans son préambule qu'ils étaient convaincus que «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux [à savoir le génocide] la coopération internationale [était] nécessaire».

L'article VIII de la Convention traduit en termes normatifs cette

¹⁷ W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 72.

conviction en conférant aux organes compétents de l'Organisation des Nations Unies un rôle dans la prévention et la cessation des actes de génocide, ce qui est compréhensible puisque l'un des objets de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'indiqué à l'article premier de la Charte, est d'«[ê]tre un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers [leurs] fins communes», notamment en maintenant la paix et la sécurité internationales et en développant et encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous.

Cependant, si l'article VIII n'impose pas aux organes compétents une obligation juridique d'agir, peut-on interpréter l'obligation de prévention figurant à l'article premier comme imposant à un Etat d'agir *en dehors* de son territoire afin de prévenir et de réprimer les actes de génocide? J'en doute fort. Une interprétation aussi large de cette obligation signifierait qu'une action préventive menée par un Etat sur le territoire d'un autre Etat serait considérée comme licite. Or, en pratique, les actions, unilatérales ou multilatérales, menées sans l'autorisation du Conseil de sécurité demeurent controversées. A l'heure actuelle, seules les actions autorisées par le Conseil sont incontestablement licites et légitimes.

67. Cela étant, je suis néanmoins convaincu que, aux termes de l'article premier de la convention sur le génocide, l'Etat a bien l'obligation de prévenir le génocide en dehors de son territoire dans la mesure où il exerce sa juridiction en dehors de son territoire, ou un contrôle sur certaines personnes dans le cadre des activités qu'elles mènent à l'étranger. Cette obligation vient s'ajouter à l'obligation non équivoque de prévenir la perpétration du génocide sur son propre territoire.

68. En l'espèce, il n'a pas été établi que la République fédérale de Yougoslavie exerçait sa juridiction dans les zones aux alentours de Srebrenica, zones où d'atroces massacres ont eu lieu. Il n'a pas non plus été établi qu'elle exerçait un contrôle sur les personnes ayant commis ces crimes en dehors de son territoire.

Le projet d'exécuter le plus grand nombre possible d'hommes musulmans de Bosnie en âge de porter les armes se trouvant dans l'enclave de Srebrenica a été conçu et mis en œuvre par les Serbes de Bosnie après la prise de l'enclave de Srebrenica en juillet 1995. Telle a été la conclusion de fait formulée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁸. Il n'a pas été factuellement établi devant la Cour que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie auraient eu à l'avance connaissance de ce projet. Elles ne pouvaient, dès lors, prévenir les terribles massacres de Srebrenica.

Ainsi ne puis-je, à mon grand regret, me prononcer en faveur de la conclusion formulée par la majorité de mes collègues, et ce bien que je comprenne les raisons qui ont pu, en fin de compte, les y conduire.

¹⁸ TPIY, *Le procureur c. Krstić*, affaire IT-98-33-T, jugement du 2 août 2001, par. 87.

2. *Responsabilité pour non-respect des ordonnances en indication de mesures conservatoires*

69. Dans la partie de la présente opinion que j'ai consacrée à l'examen de la compétence de la Cour, j'ai défendu la thèse selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut de la Cour pendant la période allant de 1992 à 2000 et ne l'était devenue que le 1^{er} novembre 2000 (voir par. 25-36 ci-dessus). Cette réalité n'est pas, selon moi, dépourvue de conséquences tant sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires de 1993 que sur l'arrêt de 1996 relatif à la compétence et à la recevabilité, dès lors que le caractère obligatoire de ces décisions est fondé sur le Statut (art. 41 et 59). J'ai d'ores et déjà exprimé mes vues s'agissant des difficultés qui en découlent à mon sens pour l'arrêt de 1996, ce dernier ayant été rendu alors que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut; j'ai alors évoqué la nécessité qui en découlait de déterminer *de novo* la compétence de la Cour (voir par. 16-25). Il me reste à formuler quelques observations concernant les ordonnances en indication de mesures conservatoires.

70. L'une des conditions pour indiquer les mesures demandées est que les dispositions invoquées par le demandeur semblent, *prima facie*, constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour *pourrait* être fondée. L'article IX de la convention sur le génocide «sembl[ait] ..., de l'avis de la Cour, constituer une base sur laquelle la compétence de [cette dernière] pourrait être fondée» (*C.I.J. Recueil 1993*, p. 16, par. 26).

Les ordonnances en indication de mesures conservatoires, qui sont rendues sur la base d'une détermination *prima facie* de la compétence de la Cour, produisent leurs effets à partir du moment où elles sont notifiées aux parties et restent en vigueur jusqu'à ce que la Cour soit décidée, par un arrêt sur les exceptions préliminaires, qu'elle n'a pas compétence pour connaître de l'affaire ou que la requête est irrecevable, soit se prononce sur le fond; autrement dit, elles restent en vigueur jusqu'à ce que l'arrêt définitif en l'affaire soit rendu (Statut, art. 41). Dans son arrêt en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, la Cour, après avoir jugé qu'elle n'avait pas compétence en l'espèce, précisa qu'il s'ensuivait que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle avait rendue auparavant «cess[ait] de produire ses effets [dès le prononcé de l'arrêt] et que les mesures conservatoires [étaient] en même temps frappées de caducité» (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 114)¹⁹. Cette déclaration semble indiquer que les mesures conservatoires étaient désormais frappées de caducité, mais qu'elles n'étaient pas infirmées ou déclarées nulles *ab initio*. De la même manière, en l'affaire du *Thon à nageoire bleue*, le tribunal arbitral, s'étant déclaré incompétent pour statuer au fond, jugea «que les mesures conservatoires indiquées

¹⁹ En l'affaire des *Essais nucléaires*, après avoir jugé que les demandes n'avaient plus d'objet et qu'il ne lui fallait par conséquent plus rendre de décision les concernant, la Cour, s'agissant des ordonnances en indication de mesures conservatoires, reprit la même formule (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 61, et p. 477-478, par. 64).

par l'ordonnance du Tribunal international du droit de la mer ... [étaient] rapportées à partir de la date de la signature de la sentence»²⁰. Le tribunal précisa que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires «cess[ait] de produire effet à compter de la date de la signature de la sentence»²¹, ajoutant que, «[t]outefois, le fait que l'ordonnance soit rapportée ... ne signifiait pas que les parties puissent ne pas tenir compte de ses effets»²².

71. Les ordonnances de la Cour du 8 avril et du 13 septembre 1993 ont produit leurs effets. Elles ont été rendues sur la base d'une détermination *prima facie* de la compétence de la Cour, et les Parties étaient tenues de se conformer aux mesures conservatoires qui y étaient indiquées. La période pertinente aux fins d'apprécier le respect de ces mesures est celle allant de 1993 à 1995. A l'époque, la République fédérale de Yougoslavie prétendait être Membre de l'Organisation des Nations Unies et, de ce fait, partie au Statut. Quoique cette thèse n'ait pas été retenue par la suite, la République fédérale de Yougoslavie, au moment où les ordonnances ont été rendues, aurait dû s'estimer liée par elles. La République fédérale de Yougoslavie n'est devenue partie au Statut que le 1^{er} novembre 2000, lorsqu'elle a été admise au sein de l'Organisation des Nations Unies. Formellement, elle n'avait par conséquent, pendant la période comprise entre le 27 avril 1992 et le 31 octobre 2000, aucune obligation juridique découlant du Statut. Pour cette raison, je considère que le texte de l'arrêt aurait été plus précis s'il avait été formulé autrement, sans employer le terme «obligation» (arrêt, par. 435 et 471, point 7)). Ce nonobstant, dès lors que les ordonnances ont produit leurs effets et que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie n'ont pas, au cours de la période pertinente allant de 1993 à 1995, pris sérieusement en compte leurs prescriptions, je souscris aux conclusions de la majorité selon lesquelles le défendeur ne s'est pas conformé à certaines des mesures conservatoires. J'ai donc voté en faveur du paragraphe 7 du dispositif.

* * *

OBSERVATIONS FINALES

72. Le présent arrêt met un terme à une affaire particulièrement longue. L'étonnant historique de sa procédure, laquelle a débuté il y a près de quatorze ans, est résumé dans les qualités de l'arrêt. La complexité de cette affaire ressort par ailleurs du fait qu'elle a donné lieu aux écritures les plus volumineuses de l'histoire de la Cour. D'aucuns ont estimé que son règlement judiciaire avait pris trop de temps. Dans l'intervalle, les chambres de première instance et d'appel du TPIY ont rendu un grand nombre de décisions sur lesquelles les deux Parties se sont fondées en la présente instance. La Cour a examiné ces décisions avec attention, ainsi

²⁰ *International Law Reports*, vol. 119, p. 556, par. 72.

²¹ *Ibid.*, p. 554, par. 66.

²² *Ibid.*, p. 555, par. 67.

que les éléments de preuve présentés dans le cadre des procédures devant les chambres du Tribunal auxquels les Parties se sont référées. Sans le travail accompli par le TPIY, il aurait été bien plus difficile pour la Cour de s'acquitter de sa mission en la présente espèce. Une affaire mettant en cause la « responsabilité d'un Etat pour génocide » est en effet trop grave pour être tranchée sur la seule base des allégations des Parties.

73. Ainsi que la Cour le fait observer, la « dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international » (arrêt, par. 173). La Cour et le TPIY ont deux missions différentes mais un objectif commun.

Il incombe au TPIY de déterminer la culpabilité personnelle et la responsabilité pénale individuelle des personnes accusées du crime de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Le TPIY n'a pas compétence à l'égard des Etats en tant que tels, et ne peut donc se prononcer sur la responsabilité de ces derniers à raison des nombreuses atrocités qui ont été commises à partir de 1991 au cours des guerres dans les Balkans.

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

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

(Signé) Peter TOMKA.