

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* KREĆA

## TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
PART I. JURISDICTIONAL ISSUES	1-78
I. General Considerations in Respect of the <i>Res Judicata</i> Rule	1-6
II. <i>Res Judicata</i> as Regards Jurisdictional Decisions	7-19
III. Application of the <i>Res Judicata</i> Rule to the 1996 Judgment	20-78
1. Perception of the <i>res judicata</i> rule	21-26
2. Erroneous assessment of the relevant conditions for its application <i>in casu</i>	27-29
3. <i>Jus standi</i> as an autonomous processual condition	30-31
3.1. Legal force of the <i>jus standi</i> rule	32-33
3.2. <i>Differentia specifica</i> between <i>jus standi</i> and jurisdiction of the Court <i>ratione personae</i>	34-36
4. Assessment of the Respondent's <i>jus standi</i> by the majority	37-46
5. The effects of the 2004 Judgment	47-60
6. 1992 Declaration	61-74
7. The issue of the respondent Party	75-78
PART II. SUBSTANTIVE ISSUES	79-153
I. Genocide Convention as Applicable Law	79-105
1. Genocidal intent as <i>conditio sine qua non</i> of the crime of genocide	79-82
2. Degree of intent	83
3. Destruction	84-98
3.1. Scope of destruction	90
3.2. The object of destruction	91-98
4. "As such"	99-100
5. The meaning of ethnic cleansing under the Convention	101-105
II. Application of the Genocide Convention <i>in Casu</i>	106-137
1. General remarks about possible approaches of the Court <i>in casu</i>	107-110
2. Interpretation of the duties of the Contracting Parties on the basis of the Genocide Convention	111-130
2.1. The duty to prevent	113-119
2.2. Corresponding duty to act	120-125

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE *AD HOC* KREĆA

[Traduction]

## TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
PARTIE I. QUESTIONS DE COMPÉTENCE	1-78
I. Considérations générales relatives à la règle de la <i>res judicata</i>	1-6
II. Le principe de la <i>res judicata</i> en ce qui concerne les décisions sur la compétence	7-19
III. Application de la règle de la <i>res judicata</i> à l'arrêt de 1996	20-78
1. Conception de la règle de la <i>res judicata</i>	21-26
2. Appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente affaire	27-29
3. Le <i>jus standi</i> en tant que condition processuelle autonome	30-31
3.1. La force juridique de la règle du <i>jus standi</i>	32-33
3.2. <i>Differentia specifica</i> entre <i>jus standi</i> et compétence de la Cour <i>ratione personae</i>	34-36
4. Appréciation, par la majorité, de la qualité pour agir du défendeur ( <i>jus standi</i> )	37-47
5. Les effets de l'arrêt de 2004	47-60
6. La déclaration de 1992	61-74
7. La question de la partie défenderesse	75-78
PARTIE II. QUESTIONS DE FOND	79-153
I. La convention sur le génocide en tant que droit applicable	79-105
1. L'intention génocidaire est une condition <i>sine qua non</i> du crime de génocide	79-82
2. Degré de l'intention	83
3. La destruction	84-98
3.1. L'ampleur de la destruction	90
3.2. L'objet de la destruction	91-98
4. «Comme tel»	99-100
5. Le nettoyage ethnique au sens de la Convention	101-105
II. L'application de la convention sur le génocide en la présente affaire	106-137
1. Observations générales sur les possibilités qui s'offraient à la Cour en la présente affaire	107-110
2. L'interprétation des obligations des parties contractantes sur le fondement de la convention sur le génocide	111-130
2.1. L'obligation de prévention	113-119
2.2. Le devoir corollaire d'agir	120-125

458	APPLICATION OF GENOCIDE CONVENTION (SEP. OP. KREĆA)	
	2.2.1. Application of the duty to prevent <i>in casu</i>	123-125
	2.3. The duty not to commit genocide	126-129
	2.4. The duty to punish	130
	3. Responsibility issue	131-137
	3.1. The Convention and the issue of responsibility	131-137
III.	The Legal Determination of the Srebrenica Massacre	138-153
	1. The components of the genocidal intent	138-153
	1.1. Level of intent	138-139
	1.2. Type of destruction	140
	1.3. Targeted group	141
	1.4. In whole or in part	142-144
	1.5. The inference of intent to destroy	145-150
	1.6. The true legal meaning of the Judgments of the ICTY in the <i>Blagojević</i> and <i>Krstić</i> cases	151-153

---

APPLICATION DE CONVENTION GÉNOCIDÉ (OP. IND. KREČA)	458
2.2.1. L'application de l'obligation de prévention en l'espèce	123-125
2.3. L'obligation de ne pas commettre de génocide	126-129
2.4. L'obligation de punir	130
3. La question de la responsabilité	131-137
3.1. La Convention et la question de la responsabilité	131-137
III. La qualification juridique du massacre de Srebrenica	138-153
1. Les éléments de l'intention génocidaire	138-153
1.1. Le degré d'intention	138-139
1.2. Le type de destruction	140
1.3. Le groupe visé	141
1.4. En tout ou en partie	142-144
1.5. Comment conclure à l'intention de détruire	145-150
1.6. Le véritable sens juridique des décisions du TPIY dans les affaires <i>Blagojević</i> et <i>Krstić</i>	151-153

---

## PART I. JURISDICTIONAL ISSUES

*I. General Considerations in Respect of the Res Judicata Rule*

1. The expression *res judicata* has more than one meaning. It is used to mean an issue decided by a court of law; a judgment which cannot be refuted by ordinary legal vehicles; and, also, a decision which is immutable and irrevocable.

The broad use of the expression *res judicata* could be attributed to a certain confusion about the very quality of a judicial decision and its effects both subjective and objective. Occasionally and especially as regards some kinds of judgments, account is not taken of the difference existing between irrefutability and irrevocability. If, bearing in mind the absence of ordinary legal vehicles provided by the Statute and the Rules of Court to a dissatisfied party for overturning the judgment, it could be said that in general the judgments of the Court are irrefutable. It could not however be said that they are irrevocable as well, owing not only to the rule on revision embodied in Article 61 of the Statute, as an extraordinary legal vehicle, but also due to some other judicial vehicles existing in the law of the Court, such as the principle *compétence de la compétence* in regard to jurisdictional issues as well as non-preliminary objections to the jurisdiction of the Court.

2. Two components may be discerned in the substance of *res judicata* as provided in the Statute of the Court:

- (i) procedural, which implies that: "The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party" (Art. 60); and
- (ii) substantive, according to which: "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case." (Art. 59).

3. The primary effect of *res judicata* in the procedural sense is claim preclusion — meaning that a future lawsuit on the same cause of action is precluded (*non bis in idem*), whereas the effect of *res judicata* in the substantive sense is mainly related to the legal validity of the Court's decision as an individualization of objective law in the concrete matter — *pro veritate accipitur* — and, also, to the exclusion of the application of the principle of *stare decisis*.

4. Two components of *res judicata* — procedural and substantive — do not necessarily go hand in hand in each particular case. Each decision of the Court — be it judgment or order — is binding upon the parties, although not in an identical way, but such characteristic of the decision of the Court is not necessarily followed by its finality.

## PARTIE I. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

I. *Considérations générales relatives à la règle de la res judicata*

1. L'expression *res judicata* revêt plus d'un sens. Elle est employée au sens d'une question tranchée par une décision judiciaire, à savoir une décision qui ne saurait être contestée par des moyens juridiques ordinaires et, également, au sens d'une décision qui est immuable et irrévocable.

L'utilisation très large qui est faite de cette expression peut s'expliquer par une certaine confusion quant à la nature même des décisions judiciaires et de leurs effets tant subjectifs qu'objectifs. Parfois, et tout particulièrement en ce qui concerne certains types de décisions, il n'est pas tenu compte de la différence qui existe entre caractère irréfutable et caractère irrévocable. Etant donné qu'il n'existe, dans le Statut et le Règlement de la Cour, aucun moyen juridique ordinaire permettant à une partie non satisfaite d'obtenir la réformation d'un arrêt, on peut dire que les arrêts de la Cour sont en principe irréfutables. On ne saurait toutefois dire qu'ils sont également irrévocables, en raison non seulement de la possibilité de révision prévue à l'article 61 du Statut en tant que moyen juridique extraordinaire, mais aussi de l'existence d'autres moyens judiciaires figurant dans les règles qu'applique la Cour, tel le principe de la «compétence de la compétence» en ce qui concerne les questions de compétence, et les exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour.

2. On peut distinguer deux aspects de la *res judicata*, telle qu'énoncée dans le Statut de la Cour:

- i) un aspect procédural qui veut que «[l']arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie» (art. 60); et
- ii) un aspect substantiel qui veut que «[l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé» (art. 59).

3. L'effet principal de la règle de la *res judicata*, au sens procédural, consiste à faire obstacle à toute contestation — c'est-à-dire qu'il est impossible d'engager une nouvelle action judiciaire pour le même motif (*non bis in idem*), tandis que son effet substantiel est principalement lié à la validité juridique de la décision de la Cour en tant qu'application du droit objectif à une question concrète particulière — *pro veritate accipitur* — et, également, à l'impossibilité d'appliquer le principe *stare decisis*.

4. Ces deux aspects de la *res judicata* — aspect procédural et aspect substantiel — ne se retrouvent pas nécessairement ensemble dans une affaire donnée. Bien que chaque décision de la Cour — qu'il s'agisse d'un arrêt ou d'une ordonnance — soit obligatoire à l'égard des parties, même si ce n'est pas de la même manière, il ne s'ensuit pas nécessairement que chaque décision de la Cour revêt un caractère définitif.

The relationship between these two components of *res judicata* is not static and *a priori* defined because it reflects the balancing power of the considerations underlying the procedural and substantive aspects of *res judicata* rule, respectively.

The considerations underlying the substantive aspect of *res judicata* essentially protect the authority of the Court as a court of law and the legitimacy of its decisions. Hence, it is possible to say that the binding force of the Court's decisions derives from the very nature of the judicial function irrespective of the nature and content of a Court's decision. As the Court established in the *Northern Cameroons* case (*I.C.J. Reports 1963*, p. 38), the effect of *res judicata* extends also to the judgment of the Court establishing the impossibility of changing the created legal situation.

Underlying *res judicata* in the procedural sense are, in fact, considerations of legal security and predictability combined with economy of the judicial process.

5. The distinction between characteristic of a judicial decision and its effect derives from contrasting *res judicata* in its abstract normative meaning and its application within the body of law regulating the judicial activity of the Court, i.e. its legal meaning *in casu*.

Although it is a rule of fundamental importance, forming part of the legal system of all civilized nations, *res judicata* is certainly not a fetish of, or seen as a *deus ex machina* by, courts of law, including the International Court of Justice.

The *res judicata* rule operates within the law that the Court applies in parallel with other rules having an objective nature. In other words, the *res judicata* rule, just like other fundamental rules governing judicial activity of the Court, is only a part, however important it may be, of the normative milieu in which the Court operates and which, as a whole, determines the effect of a Court's decision. A possible effect that the other rules of an objective nature have upon *res judicata* might be summarized as follows: "Finality itself . . . is rather a plastic term that need not prohibit re-examination."<sup>1</sup> It seems clear that revision in accordance with the conditions specified in Article 61 of the Statute "constitutes direct exception to the principle *res judicata*, affecting the validity of a final judgment"<sup>2</sup>. It is equally true that the operation of the principle of *compétence de la compétence* and non-preliminary objections to the affirmed jurisdiction of the Court may result in a reversal of one sort of Court judgment, i.e., judgments on preliminary objections.

<sup>1</sup> M. Reisman, *Nullity and Revision*, 1971, p. 341.

<sup>2</sup> B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 372.

La relation entre ces deux aspects de la *res judicata* n'est ni intangible ni définie à priori, dans la mesure où elle est le reflet de l'équilibre entre les considérations qui sous-tendent chacun de ces aspects.

Les considérations qui sous-tendent l'aspect substantiel de la *res judicata* servent essentiellement à protéger l'autorité de la Cour en tant qu'organe judiciaire et la légitimité de ses décisions. Il est dès lors possible de dire que la force obligatoire des décisions de la Cour découle de la nature même de sa fonction judiciaire, indépendamment du contenu de ses décisions. Ainsi que la Cour l'a établi dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (C.I.J. Recueil 1963, p. 38), l'arrêt par lequel elle dit qu'il est impossible de changer la situation juridique créée est également revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Les considérations qui sous-tendent la *res judicata* au sens procédural sont, en fait, des considérations de sécurité et de prévisibilité juridiques conjuguées à une bonne administration de la justice.

5. La distinction entre la nature d'une décision judiciaire et l'effet de celle-ci découle de la différence existant entre la *res judicata*, au sens normatif abstrait de l'expression, et sa mise en œuvre dans le cadre du droit régissant l'activité judiciaire de la Cour, c'est-à-dire son sens juridique dans le cas d'espèce.

Bien que cette règle revête une importance fondamentale, puisqu'elle fait partie du système juridique de toutes les nations civilisées, la *res judicata* n'est certainement ni intangible ni considérée comme un *deus ex machina* par les juridictions, y compris la Cour internationale de Justice.

La règle de la *res judicata* est mise en œuvre dans le cadre du droit que la Cour applique de pair avec d'autres règles de caractère objectif. Autrement dit, la règle de la *res judicata*, à l'instar d'autres règles fondamentales régissant l'activité judiciaire de la Cour, ne constitue qu'une partie — aussi importante soit-elle — du cadre normatif dans lequel la Cour exerce sa fonction et qui, dans son ensemble, détermine l'effet de ses décisions. L'un des effets que les autres règles de caractère objectif peuvent avoir sur celle de la *res judicata* peut se résumer comme suit : «le caractère définitif lui-même de la décision ... est plutôt une expression flexible qui n'impose pas l'interdiction d'un réexamen»<sup>1</sup>. Il semble clair que la révision faite dans les conditions énoncées à l'article 61 du Statut «constitue une exception directe au principe de la *res judicata*, exception qui affecte la validité de l'arrêt définitif»<sup>2</sup>. Il semble également vrai que la mise en œuvre du principe de «la compétence de la compétence» et la présentation d'exceptions non préliminaires à l'égard d'un arrêt par lequel la Cour se déclare compétente peuvent entraîner la réformation d'un certain type d'arrêts de la Cour, à savoir ceux portant sur les exceptions préliminaires.

<sup>1</sup> M. Reisman, *Nullity and Revision*, 1971, p. 341.

<sup>2</sup> B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 372.



6. In that regard, none of the legal vehicles designed to challenge or capable of use to challenge a matter already decided derogates the existence of the *res judicata* rule as such, for they are based on the authority of the law which the Court applies in its totality and are made operational in the form of a binding decision by which the previous decision of the Court is repudiated — *judicium posterior derogat priori*. As the effects of *res judicata* attach only to decisions brought *lege artis*, in accordance with the rules, procedural and substantive, of the law applied by the Court, it could be said that the exceptions to the finality of a Court judgment constitute a part of the substance of *res judicata*.

Consequently, finality of the Court's judgments within the law applied by the Court may be relative or absolute. Only for the latter can it be said that finality is tantamount to *res judicata* in terms of irrevocability.

The judgment (*sententia*) and *res judicata* in the sense of a final and irrevocable decision of the Court obviously are not identical notions. The judgment as such is *res judicans* while *res judicata est causa sine finem controversiae accepit*.

As a judicial act, every judgment of a court of law has a potential of *res judicata* in terms of irrevocability which may be materialized or not, depending on the outcome of procedures and weapons designed to challenge the decision of the court. So, the intrinsic quality of *res judicata* is, in fact, the end point in the development of the authority which is inherent in every judgment, the point in which *jugement passe en force de la chose jugée*, judgment becomes enforceable.

## II. Res Judicata as Regards Jurisdictional Decisions

7. The full effect of the *res judicata* rule is in principle attached to “a final decision of an international tribunal” (Permanent Court of Arbitration (*Trail Smelter* case), *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. III, pp. 1950-1951). In his separate opinion in the *Fisheries Jurisdiction* case, Judge Waldock stated, “[u]nder Article 60 of the Statute the Judgment is ‘final and without appeal’. It thus constitutes a final disposal of the case brought before the Court by the Application of 14 April 1972” (*I.C.J. Reports 1974*, p. 125, para. 46)<sup>3</sup>.

However, it does not follow *a contrario* that the Court's judgments on preliminary objections are excluded from the scope of Articles 59

<sup>3</sup> A. V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, p. 975; B. Cheng, *op. cit.*, 1953, p. 337; Schwarzenberger, *International Law*, I, 1949, pp. 454-455.

6. A cet égard, aucun des moyens juridiques conçus ou susceptibles d'être utilisés pour contester une question d'ores et déjà tranchée ne porte atteinte à l'existence de la *res judicata* en tant que telle, car ces moyens sont fondés sur l'autorité du droit que la Cour applique dans son ensemble et ce, par le biais d'une décision obligatoire pour les parties, par laquelle la décision antérieure de la Cour est réformée — *judicium posterior derogat priori*. Etant donné que les effets de la *res judicata* s'attachent uniquement aux décisions rendues *lege artis*, conformément aux règles de procédure et de fond du droit appliqué par la Cour, l'on pourrait dire que les exceptions au caractère définitif d'un arrêt de cette dernière font partie intégrante de la règle de la *res judicata*.

En conséquence, dans le cadre du droit appliqué par la Cour, le caractère définitif de ses arrêts peut être relatif ou absolu. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que l'on peut considérer que le caractère définitif est l'équivalent de la *res judicata* pour ce qui concerne l'irrévocabilité.

L'arrêt (*sententia*) et la *res judicata*, au sens de décision définitive et irrévocable de la Cour, ne sont manifestement pas des notions identiques. L'arrêt en tant que tel est *res judicans*, alors que la *res judicata* est *causa sine finem controversiae acceptit*.

En tant qu'acte judiciaire, tout arrêt rendu par une juridiction peut potentiellement être revêtu de l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il peut ou non devenir irrévocable, selon le résultat des procédures et moyens conçus pour contester les décisions rendues par ladite juridiction. Ainsi, le caractère intrinsèque de la *res judicata* constitue, en réalité, l'aboutissement de l'autorité inhérente à toute décision de justice, le moment où le «jugement passe en force de chose jugée» et devient exécutoire.

## II. Le principe de la *res judicata* en ce qui concerne les décisions sur la compétence

7. Le plein effet de la règle de la *res judicata* est, en principe, attaché à «une décision définitive d'un tribunal international» (Cour permanente d'arbitrage, affaire de la *Fonderie de Trail*, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. 3, p. 1950-1951). Dans son opinion individuelle en l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, le juge Waldock a déclaré que, «[a]ux termes de l'article 60 du Statut, l'arrêt est «définitif et sans recours». Il tranche donc de façon définitive l'affaire portée devant la Cour par la requête du 14 avril 1972» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 125, par. 46)<sup>3</sup>.

Il ne s'ensuit toutefois pas, *a contrario*, que les arrêts de la Cour sur les exceptions préliminaires sont exclus du champ d'application

<sup>3</sup> A. V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, p. 975; B. Cheng, *op. cit.*, 1953, p. 337; Schwarzenberger, *International Law*, I, 1949, p. 454-455.

and 60 of the Statute of the Court. Such an interpretation would obviously run counter to the general determination made in these Articles.

8. It appears that the effects of judgments on preliminary objections, or at least some types of judgment on preliminary objections, with respect to both their binding force and finality, are of a specific character distinguishable to some extent from the effects of judgments on the merits of the case.

The meaning of the characterization “final” in regard to a judgment on a preliminary objection lies solely in the fact that, after it is pronounced, all the parties are precluded from raising any preliminary objections whatsoever leading to revival or restitution of the preliminary objection proceeding, as provided for in Article 79 of the Rules of Court.

But a preliminary objection as such is not the only legal vehicle in the body of law of the Court designed to challenge a decision of the Court. Therefore, it is difficult to say that the judgment on the preliminary objections raised by a party to a dispute before the Court puts a final end to the issue of jurisdiction, so that the issue of jurisdiction can never be raised. In the jurisprudence of the Court, and on the basis of Article 79, paragraph 1, of the Rules, the notion of non-preliminary objection to the jurisdiction of the Court has developed, which proves, by itself, that the notion of objection to jurisdiction is broader than the notion of preliminary objection. The fundamental principle *compétence de la compétence* may also give rise to reconsideration of the jurisdictional decision taken.

As long as it is the *functus officio* in the case, the Court, as a court of law, has the inherent power to re-open and reconsider any issue of law and fact decided. That power would be devoid of substance if not accompanied by the power of the Court to reverse its earlier jurisdictional decision under special circumstances.

9. The uncritical ascribing of immutability to every judgment is fetishist and may find a model only in some long-abandoned decisions under Langobardic law<sup>4</sup>. Since the Roman Law (in the Roman Law the character of *res judicata* could be given only to final decisions *in meritum*<sup>5</sup>), the solution has been adopted that the authority of *res judicata* belongs, as a rule, only to decision on the merits of a case. For instance, in French law, decisions on incidental questions may not acquire the *autorité de la chose jugée*, unless that is indispensable for the interpretation of the *dis-*

<sup>4</sup> Capitula 370 Edictum Langobardorum stipulated that an adjudicated case *semper in eadem deliberatione debeant permanere*, although there existed the possibility of its rejection by a higher instance — Pugliese, *Giudicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969, p. 158.

<sup>5</sup> Pugliese, *op. cit.*, p. 752; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, MCMLXVI, p. 504.

des articles 59 et 60 de son Statut. Pareille interprétation serait manifestement contraire à la solution générale retenue dans lesdits articles.

8. Il semble que les effets des arrêts sur les exceptions préliminaires ou, tout au moins, de certains types d'arrêts sur lesdites exceptions revêtent — tant en ce qui concerne la force obligatoire que le caractère définitif de la décision — un caractère particulier qui, dans une certaine mesure, diffère des effets des arrêts rendus au fond.

Appliqué à un arrêt sur des exceptions préliminaires, le qualificatif « définitif » signifie seulement que, une fois que cet arrêt est rendu, les parties sont dans l'impossibilité de soulever des exceptions préliminaires de quelque nature que ce soit qui conduiraient à la réactivation ou au déclenchement de la procédure sur les exceptions préliminaires, telle que visée à l'article 79 du Règlement de la Cour.

Les exceptions préliminaires ne constituent cependant pas, en tant que telles, le seul moyen juridique existant dans le droit qu'applique la Cour pour contester ses décisions. Il est par conséquent difficile de dire que la décision rendue sur les exceptions préliminaires soulevées par l'une des parties à un différend devant la Cour met un point final à la question de la compétence, de sorte que celle-ci ne pourrait plus être soulevée. Dans la jurisprudence de la Cour, et sur la base du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement, s'est développée la notion d'exception non préliminaire à la compétence de la Cour, ce qui prouve, en soi, que la notion d'exception à la compétence est plus large que celle d'exception préliminaire. Il peut également être procédé au réexamen d'une décision sur la compétence en vertu du principe fondamental de « la compétence de la compétence ».

Tant qu'elle n'est pas *functus officio* dans une affaire, la Cour, en tant que juridiction, a le pouvoir inhérent de rouvrir et de réexaminer toute question de droit ou de fait déjà tranchée. Or, ce pouvoir serait privé de toute substance s'il ne s'accompagnait pas du pouvoir de réformer, dans certaines conditions, une décision juridictionnelle antérieure.

9. Le fait d'attribuer, sans discernement, un caractère immuable à tout arrêt relève de l'obsession et n'existe que dans certaines décisions caduques de longue date et rendues du temps du droit langobarde<sup>4</sup>. Depuis le droit romain (en droit romain, le caractère de *res judicata* ne peut être conféré qu'aux décisions définitives rendues au fond<sup>5</sup>), la solution adoptée est que, en principe, seules les décisions rendues sur le fond d'une affaire sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. Par exemple, en droit français, les décisions rendues sur des questions incidentes ne sauraient

<sup>4</sup> Le Capitula 370 Edictum Langobardorum disposait que les affaires jugées étaient *semper in eadem deliberatione debeant permanere*, même si la décision pouvait être réformée par une instance supérieure — Pugliese, *Giudicato civile*, Enciclopedia di diritto XVI, 1969, p. 158.

<sup>5</sup> Pugliese, *op. cit.*, 752; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, MCMLXVI, p. 504.

*positifs* of the decision *in meritum* or they are its “*soutien nécessaire*”<sup>6</sup>. The Italian judiciary also tends to perceive *res judicata* to cover the solution of the dispute which the parties submitted to the court<sup>7</sup>. Paragraph 322 of the German Zivilprozessrechnung (Materielle Rechtskraft) states that only those decisions which on the demand (*Anspruch*) which is stipulated in the accusation or counter-accusation may be effective.

In English law as well, *res judicata* indicates the final judicial decision adopted by the judicial tribunal competent for the *causa*, or the matter in litigation<sup>8</sup>. Also, the existence of the competent jurisdiction is considered a condition of validity of every *res judicata*<sup>9</sup>.

Therefore, the view that the application of *res judicata* is objectively limited to the issues decided by the final judicial decision is dominant in the law of civilized nations.

10. In that regard three types of judgments on preliminary objections may be distinguished:

- judgments by which a preliminary objection, irrespective of its nature, is accepted and the dispute *ipso facto* ended;
- judgments by which the objection is rejected and the Court is declared competent to entertain the merits of the case; and
- judgments by which a preliminary objection raised is determined to be an objection which does not possess an exclusively preliminary character.

The effects of *res judicata* such as those characterizing a judgment on the merits of a case are possessed only by those judgments on preliminary objections by which an objection is accepted. In contrast to the other two remaining jurisdictional decisions, which are both constituent parts of the pending case, this kind of jurisdictional decision puts an end to a case, thus assuming the full effects of the *res judicata* rule attaching to a final judgment in the case. There are certain differences as regards *res judicata* effects between the two remaining kinds of judgments on preliminary objections, on the one hand, and judgments on the merits, on the other.

11. The difference in finality between jurisdictional decisions, on the one hand, and decisions on the merits, on the other, is, in principle, quantitative rather than qualitative in nature. The finality of jurisdictional

<sup>6</sup> Perrot, *Chose jugée, Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1955, 1, Nos. 8, 45, 78-87; Vincent, *Procédure civile*, 1978, p. 98, No. 76.

<sup>7</sup> Pugliese, *op. cit.*, p. 834.

<sup>8</sup> Bower, Turner and Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 1969, II, p. 1; Walker and Walker, *The English Legal System*, 1885, Vol. 6, p. 589.

<sup>9</sup> Bower, Turner and Handley, *op. cit.*, p. 92.

acquérir l'«autorité de la chose jugée», à moins que cela ne soit indispensable pour l'interprétation du dispositif de la décision au fond ou qu'elles constituent le «soutien nécessaire»<sup>6</sup>. En Italie, le pouvoir judiciaire tend également à concevoir la *res judicata* comme s'attachant à la solution du différend que les parties ont porté devant la juridiction concernée<sup>7</sup>. En Allemagne, le paragraphe 322 du *Zivilprozessrechnung (Materielle Rechtskraft)* dispose que seules peuvent produire effet les décisions portant sur une demande (*Auspruch*) formulée dans l'accusation ou la contre-accusation.

En droit anglais également, la *res judicata* désigne la décision judiciaire définitive rendue par la juridiction compétente en l'affaire, ou sur la question en litige<sup>8</sup>. En outre, le fait que la juridiction soit compétente est considéré comme une condition de la validité de toute *res judicata*<sup>9</sup>.

Dès lors, dans le droit des nations civilisées, prédomine l'idée que l'application du principe de la *res judicata* est objectivement limitée aux questions tranchées par une décision judiciaire définitive.

10. A cet égard, l'on peut considérer que les décisions sur les exceptions préliminaires sont de trois types :

- la décision par laquelle une exception préliminaire, indépendamment de sa nature, est retenue et le différend prend fin *ipso facto* ;
- la décision par laquelle une exception préliminaire est rejetée et la Cour se déclare compétente pour connaître du fond de l'affaire ; et
- la décision par laquelle une exception préliminaire est considérée comme n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire.

Seules les décisions sur les exceptions préliminaires en vertu desquelles une exception est retenue possèdent les effets de la *res judicata* qui caractérisent une décision rendue sur le fond d'une affaire. Par opposition aux deux autres types de décisions juridictionnelles — qui sont l'une et l'autre en partie constitutives de l'affaire qui nous occupe — ce type de décision juridictionnelle met fin à une affaire, revêtant ainsi le plein effet de la règle de la *res judicata* qui s'attache à la décision définitive rendue dans une affaire donnée. Certaines différences existent en ce qui concerne les effets de la *res judicata* entre les deux derniers types de décisions sur les exceptions préliminaires, d'une part, et les décisions sur le fond, d'autre part.

11. La différence existant entre le caractère définitif des décisions juridictionnelles, d'une part, et celui des décisions sur le fond, d'autre part, est, en principe, de nature quantitative et non qualitative. Le caractère dé-

<sup>6</sup> Perrot, *Chose jugée, Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1955, I, n<sup>os</sup> 8, 45, 78-87; Vincent, *Procédure civile*, 1978, p. 98, n<sup>o</sup> 76.

<sup>7</sup> Pugliese, *op cit.*, p. 834.

<sup>8</sup> Bower, Turner et Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 1969, II, p. 1; Walker et Walker, *The English Legal System*, 1885, vol. 6, p. 589.

<sup>9</sup> Bower, Turner et Handley, *op. cit.*, p. 92.

decisions is more relative owing to a larger number of legal weapons by which they can be challenged. It is reflected in the fact that a jurisdictional decision may be challenged not only through revision proceeding under Article 61 of the Statute but also in the further course of the proceedings and by a non-preliminary objection, i.e., by an objection which is raised to the Court's jurisdiction<sup>10</sup> after the preliminary objection procedure has been completed by the delivery of the judgment.

In the practice of international courts, in particular that of the International Court of Justice, this difference assumes qualitative proportions. Reversal of judgments on the merits, as opposed to jurisdictional decisions, is unknown in the jurisprudence of the International Court of Justice, unlike that of arbitration courts<sup>11</sup>.

12. The question as to whether the tribunal is irrevocably bound by its preliminary objection judgment was raised for the first time in the *Tiedemann* case (1926) before the Polish-German Mixed Arbitral Tribunal.

*Sedes materiae* of the matter, the Tribunal explained succinctly and convincingly:

“the Tribunal considers that, in the interests of legal security, it is important that a judgment, once rendered, should in principle be held to be final.

However, the question takes on a special complexion when the preliminary judgment rendered is a judgment upholding the Tribunal's jurisdiction and the latter finds subsequently, but prior to the judgment on the merits, that in fact it lacks jurisdiction. In such a case, if it were obliged to regard itself as being bound by its first decision, it would be required to rule on a matter which it nevertheless acknowledges to stand outside its jurisdiction. And when — as in the instant case — it has in the meantime ruled that it has no jurisdiction in cases of the same nature, it would totally contradict itself by nevertheless ruling on the merits, and it would expose itself to the risk that the respondent State might take advantage of the Tribunal's own acknowledgment of its lack of jurisdiction, in order to refuse to execute its judgment . . .

In other words, in order to remain faithful to the *res judicata* principle, it would have to commit a manifest abuse of authority.”<sup>12</sup>

The principle that a court of law hearing a case which has proceeded beyond a judgment on preliminary objections is not irrevocably bound

<sup>10</sup> The word “jurisdiction” is used in its generic sense comprising both general, i.e., *locus standi in judicio*, and special jurisdiction.

<sup>11</sup> See J. L. Simpson and M. Fox, *International Arbitration — Law and Practice*, 1959, pp. 250 *et seq.*

<sup>12</sup> *Von Tiedemann v. Polish State*, *Rec. TAM*, t. VI, pp. 997-1003; see also CR 2006/44, Varady, translation.

finitif des décisions juridictionnelles est plus relatif en raison du nombre plus important de moyens juridiques par lesquels celles-ci peuvent être contestées. En effet, outre la révision prévue à l'article 61 du Statut, une décision juridictionnelle peut également être contestée, en cours de procédure, par le biais d'une exception non préliminaire, à savoir, par une exception à la compétence<sup>10</sup> de la Cour soulevée après que la procédure sur les exceptions préliminaires a pris fin par le prononcé d'un arrêt.

Dans la pratique des instances internationales, en particulier celle de la Cour internationale de Justice, cette différence revêt un aspect qualitatif. La possibilité de réformer des décisions sur le fond, par opposition aux décisions juridictionnelles, est inexistante dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, contrairement à celle des tribunaux arbitraux<sup>11</sup>.

12. La question de savoir si une juridiction se trouve liée de manière irrévocable par la décision qu'elle a rendue sur des exceptions préliminaires a été soulevée pour la première fois dans l'affaire *Tiedemann* (1926) dont a connu le Tribunal arbitral mixte germano-polonais.

*Sedes materiae* de la question, le tribunal a expliqué de manière succincte et convaincante que :

«[l]e Tribunal estime que, dans l'intérêt de la sécurité du droit, il importe que ce qui a été jugé soit, en principe, tenu pour définitif.

Mais la question se présente sous un aspect tout particulier lorsque le jugement préliminaire rendu est un jugement affirmant la compétence du Tribunal et que celui-ci constate dans la suite, mais avant le jugement au fond, qu'en réalité il est incompétent. En pareil cas, s'il était obligé de se regarder comme lié par sa première décision, il serait amené à statuer sur une matière dont il reconnaît cependant qu'elle échappe à sa juridiction. Et lorsque — comme en l'espèce — il a entre-temps proclamé son incompétence dans des causes identiques, il se mettrait en contradiction irréductible avec lui-même en jugeant néanmoins au fond et il s'exposerait au risque de voir l'Etat défendeur s'autoriser de l'aveu d'incompétence émanant du Tribunal même pour refuser d'exécuter sa sentence.

En d'autres termes, pour rester fidèle au principe du respect de la chose jugée, il devrait commettre un abus manifeste de pouvoir.»<sup>12</sup>

La Cour a également confirmé, dans sa jurisprudence, le principe suivant lequel une juridiction qui connaît d'une affaire après qu'une décision

<sup>10</sup> Le terme «compétence» est employé au sens générique, c'est-à-dire qu'il désigne le *locus standi in judicio* et la juridiction spéciale.

<sup>11</sup> J. L. Simpson et M. Fox, *International Arbitration — Law and Practice*, 1959, p. 250 et suiv.

<sup>12</sup> *Von Tiedemann v. Polish State*, *Rec. TAM*, t. VI, p. 997-1003; voir aussi CR 2006/44 (Varady).



by that judgment has also been confirmed by the jurisprudence of the Court.

13. In the *Nottebohm* case (Preliminary Objections) the Court rejected by its Judgment of 18 November 1953 Guatemala's preliminary objection to its jurisdiction and resumed proceedings on the Merits (*I.C.J. Reports 1953*, p. 124). Guatemala, however, raised a number of objections to admissibility in its Counter-Memorial, in its Reply and in the course of the oral proceedings on the merits but treated them as subsidiary to the subject of the dispute. In its Judgment of 6 April 1955, the Court accepted one of the objections, which related to the admissibility of Liechtenstein's claim given that at the time of naturalization no "genuine link" had existed between Nottebohm and Liechtenstein (*I.C.J. Reports 1955*, pp. 4-65).

The *Nottebohm* case can be taken as an example of reversal of the preliminary objection judgment upon a non-preliminary objection raised by the Respondent.

14. On the other hand, the *South West Africa* cases (Second Phase) illustrate the pattern of reversal of the judgment on preliminary objections by action of the Court *proprio motu*.

In the preliminary objections phase (*I.C.J. Reports 1962*, p. 319), the Court rejected four South African objections, amongst others the objection concerning the standing (*locus standi*) of the Applicant as well as its interests. South Africa pointed out, *inter alia*, that:

"Secondly, neither the Government of Ethiopia nor the Government of Liberia is 'another Member of the League of Nations', as required for *locus standi* by Article 7 of the Mandate for South West Africa; Thirdly, . . . more particularly in that no material interests of the Governments of Ethiopia and/or Liberia . . . are involved therein or affected thereby" (*ibid.*, p. 327).

In the merits phase the Court returned to the determination made in its 1962 Judgment and found that, in fact, the Applicants did not have standing in the proceedings (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 36-38). Namely, in its Judgment on Preliminary Objections of 21 December 1962, the Court established *inter alia* that:

"For the manifest scope and purport of the provisions of this Article indicate that the Members of the League were understood to have a legal right or interest in the observance by the Mandatory of its obligations both toward the inhabitants of the Mandated Territory, and toward the League of Nations and its Members",

and that:

"Protection of the material interests of the Members or their nationals is of course included within its compass, *but the well-being*

a été rendue sur des exceptions préliminaires n'est pas liée de façon irrévocable par ladite décision.

13. Dans l'affaire *Nottebohm* (exception préliminaire), la Cour a rejeté par son arrêt du 18 novembre 1953 l'exception préliminaire d'incompétence soulevée par le Guatemala et a poursuivi la procédure sur le fond (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 124). Le Guatemala a cependant soulevé plusieurs exceptions à la recevabilité, dans son contre-mémoire, puis dans sa réplique et au cours de la procédure orale sur le fond, mais les a considérées comme étant subsidiaires à l'objet du différend. Dans son arrêt du 6 avril 1955, la Cour a retenu l'une de ces exceptions — laquelle avait trait à la recevabilité de la demande du Liechtenstein — au motif que, au moment de la naturalisation, aucun «lien effectif» n'existait entre Nottebohm et le Liechtenstein (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4-65).

L'affaire *Nottebohm* peut être prise pour exemple de la réformation d'un arrêt sur des exceptions préliminaires à la suite d'une exception non préliminaire soulevée par le défendeur.

14. Les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) illustrent, quant à elles, la réformation d'un arrêt sur des exceptions préliminaires à la suite d'une décision *proprio motu* de la Cour.

Lors de la phase relative aux exceptions préliminaires (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 319), la Cour a rejeté quatre exceptions soulevées par l'Afrique du Sud, parmi lesquelles l'exception concernant la qualité du demandeur à ester devant elle (*locus standi*) et le fait qu'il ait un intérêt juridique en cause. L'Afrique du Sud a notamment fait observer que,

«[d]euxièmement, ni le Gouvernement de l'Éthiopie ni le Gouvernement du Libéria ne sont «un autre Membre de la Société des Nations», ainsi que l'article 7 du Mandat pour le Sud-Ouest africain l'exige pour qu'il y ait *locus standi* ; [t]roisièmement, ... plus particulièrement en tant qu'aucun intérêt concret des Gouvernements de l'Éthiopie et/ou du Libéria ... n'est en cause ou n'est affecté en l'espèce» (*ibid.*, p. 327).

Lors de la phase du fond, la Cour est revenue sur la décision prise dans l'arrêt de 1962 et a indiqué que, en réalité, les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 36-38). Plus précisément, dans son arrêt du 21 décembre 1962 sur les exceptions préliminaires, la Cour a notamment dit que

«[l]a portée et l'objet manifestes des dispositions de cet article indiquent en effet qu'on entendait par là que les Membres de la Société des Nations eussent un droit ou un intérêt juridique à ce que le mandataire observât ses obligations à la fois à l'égard des habitants du territoire sous Mandat et à l'égard de la Société des Nations et de ses Membres»,

et que,

«[i]l va de soi que la protection des intérêts concrets des Membres ou de leurs ressortissants est comprise dans ce cadre, mais le bien-être et

*and development of the inhabitants of the Mandated territory are not less important” (South West-Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, pp. 343-344; emphasis added).*

In essence, the Court explained the reversal of its previous finding by describing the nature of the decision on preliminary objection. The Court stated *inter alia*:

“As regards the issue of preclusion, the Court finds it unnecessary to pronounce on various issues which have been raised in this connection, such as whether a decision on preliminary objection constitutes a *res judicata* in the proper sense of that term, whether it ranks as a ‘decision’ for the purposes of Article 59 of the Court’s Statute, or as ‘final’ within the meaning of Article 60. *The essential point is that a decision on a preliminary objection can never be preclusive of a matter appertaining to the merits, whether or not it has in fact been dealt with in connexion with the preliminary objection.*” (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 36-37, para. 59; emphasis added.)

However, reasoning further about the preclusive effect of the 1962 Judgment, the Court characterized — albeit indirectly — jurisdictional decisions, finding that:

“Since *decisions of an interlocutory* character cannot pre-judge questions of merits, there can be no contradiction between a decision allowing that the Applicants had the capacity to invoke the jurisdictional clause . . . and a decision that the Applicants have not established the legal basis of their claim on the merits.” (*I.C.J. Reports 1966*, p. 38, para. 61; emphasis added.)

In the merits phase the Court returned to the determination made in its 1962 Judgment and found that, in fact, the Applicants did not have standing in the proceedings (*I.C.J. Reports 1966*, pp. 36-38).

15. The legal basis for reconsideration of a preliminary objection judgment and, possibly, a reversal of an affirmative finding on jurisdiction lies in the inherent power of the Court to determine its own jurisdiction (the principle of *compétence de la compétence*), in both its narrow and broad meanings.

In the narrow sense, as expressed in Article 36, paragraph 6 of the Statute, the Court takes jurisdictional decisions in cases of disputes between the parties as regards its jurisdiction. Jurisdictional decisions of the Court under Article 36, paragraph 6, may be of either of two types: judgments on preliminary objection raised in accordance with Article 79 of the Rules of Court; and decisions taken upon non-preliminary objection. Characteristic of decisions on non-preliminary objections is that they are taken in phases of the proceedings other than the preliminary objection stage, generally in the phase which should be on the merits and which is determined in the practice of the Court to be a Judgment on jurisdiction (*Nottebohm* case) or simply a Judgment in the Second Phase (*South West Africa* cases). The real meaning of the last expression is in fact the second

*le développement des habitants du territoire sous Mandat ne sont pas moins importants» (Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 343-344; les italiques sont de moi).*

La Cour a, pour l'essentiel, justifié être revenue sur sa conclusion antérieure en rappelant la nature de la décision rendue sur les exceptions préliminaires. Elle a notamment déclaré :

«La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divers points qui ont été soulevés au sujet d'une telle forclusion, comme le point de savoir si une décision sur une exception préliminaire a force de chose jugée au sens propre du terme, si elle constitue une «décision» aux fins de l'article 59 du Statut ou si elle est «définitive» au sens de l'article 60. *L'essentiel est qu'en aucun cas une décision sur une exception préliminaire ne saurait empêcher l'examen d'une question relevant du fond, que celle-ci ait été en fait traitée ou non à propos de l'exception préliminaire.*» (C.I.J. Recueil 1966, p. 36-37, par. 59; les italiques sont de moi.)

Toutefois, raisonnant plus avant sur l'effet de forclusion de l'arrêt de 1962, la Cour a défini — bien qu'indirectement — les décisions juridictionnelles de la manière suivante :

«Les *décisions interlocutoires* ne pouvant préjuger les questions de fond, il ne saurait y avoir d'opposition entre la décision admettant que les demandeurs avaient qualité pour invoquer la clause juridictionnelle ... *et la décision d'après laquelle les demandeurs n'ont pas établi la base juridique de leur demande au fond.*» (Ibid., p. 38, par. 61; les italiques sont de moi.)

Lors de la phase du fond, la Cour est revenue sur la décision prise dans l'arrêt de 1962 et a conclu que, en réalité, les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir (C.I.J. Recueil 1966, p. 36-38).

15. Le fondement juridique permettant le réexamen d'une décision sur des exceptions préliminaires et, éventuellement, la réformation d'une déclaration de compétence, repose sur le pouvoir inhérent de la Cour d'établir sa propre compétence (à savoir, le principe de la «compétence de la compétence»), au sens étroit comme au sens large.

Au sens étroit, tel que l'exprime le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut, la Cour rend des décisions juridictionnelles en cas de désaccord entre les parties sur sa compétence. Les décisions juridictionnelles qu'elle rend en vertu du paragraphe 6 de l'article 36 sont de deux types : les arrêts sur les exceptions préliminaires soulevées en vertu de l'article 79 du Règlement; et les décisions rendues sur des exceptions non préliminaires. Les décisions sur des exceptions non préliminaires ont pour spécificité d'être prises lors de phases de la procédure autres que celle consacrée aux exceptions préliminaires, généralement lors de la phase qui devrait porter sur le fond et qui, dans la pratique de la Cour, donne lieu à un arrêt sur la compétence (affaire *Nottebohm*) ou simplement à un arrêt sur la deuxième phase (affaires du *Sud-Ouest africain*). Cette dernière expression désigne

jurisdictional phase, given that the judgment upon preliminary objection was adopted previously.

However, as commonly observed, the Court is bound to remain attentive to the issue of jurisdiction independently from the actions of the parties in the litigation. The Court achieves this by application of the principle *compétence de la compétence* in its wider form (*Nottebohm* case, *I.C.J. Reports 1953*, p. 120) as the basis for *proprio motu* action of the Court.

“Remain attentive” as such, without proper action of the Court, has no practical effect on the fundamental question — whether the Court has jurisdiction *in casu*. The Court, bearing in mind *ex officio* its competence from the moment the proceedings are begun until their end, undertakes various decisions in that regard. Specifically, the Court’s *compétence de la compétence*:

“is not limited to verifying in each case whether the Court can deal with the merits . . . By extending the scope of the power in issue [*compétence de la compétence*] to all matters within the incidental jurisdiction of the Court, the Court has established this power as the most pre-preliminary function the Court undertakes.”<sup>13</sup>

The very seisin of the Court as a first step of a procedural nature implies the operation of the principle *compétence de la compétence* by *proprio motu* action of the Court. The need to resort to the principle *compétence de la compétence* results directly from the fact that the seisin of the Court is not the automatic consequence of the proper actions of the parties to a dispute, and the seisin of the Court is not a pure fact but a judicial act linked to the jurisdiction of the Court (see *Nottebohm, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 23, para. 43).

Without the operation of the principle *compétence de la compétence* as a principle of general international law, it would be legally impossible to establish the competence of the Court to indicate provisional measures, for the objections to the Court’s jurisdiction, pursuant to Article 79 of the Rules, may be submitted by the Respondent within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial and by a party other than the Respondent within the time-limit fixed for the delivery of the first pleading. The operation of the principle in this case results in the judicial presumption on proper jurisdiction of the Court in the form of “prima facie jurisdiction” (*Legality of Use of Force, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*; separate opinion of Judge Kreća, para. 12; emphasis added).

16. The special position of a judgment on preliminary objection exists

<sup>13</sup> Shihata, *op. cit.*, pp. 41-42; emphasis added.

en réalité la deuxième phase relative à la compétence, étant donné qu'un arrêt sur les exceptions préliminaires a déjà été rendu.

Toutefois, comme il est fréquemment fait observer, la Cour est tenue de rester attentive à la question de sa compétence indépendamment de l'attitude adoptée par les parties au litige. La Cour se conforme à cette obligation en appliquant le principe de la «compétence de la compétence» sous sa forme la plus large (affaire *Nottebohm*, C.I.J. Recueil 1953, p. 120), en tant que fondement de toute action *proprio motu* de sa part.

Pour la Cour, «rester attentive» sans agir n'a aucun effet concret sur la question fondamentale qui est de savoir si elle est compétente dans le cas d'espèce. Compte tenu de sa compétence *ex officio* à partir du moment où la procédure est introduite jusqu'à ce qu'elle prenne fin, la Cour prend diverses décisions à cet égard. Plus précisément, pour elle, la «compétence de la compétence»:

«n'est pas limitée au fait de vérifier dans chaque affaire si elle peut connaître du fond... En étendant la portée de ce pouvoir [celui de la «compétence de la compétence»] à toutes les questions relevant de sa compétence incidente, la Cour a fait de celui-ci sa fonction la plus nettement pré-préliminaire.»<sup>13</sup>

La saisine de la Cour, en tant que premier acte de nature procédurale, implique la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence» par une action *proprio motu* de la Cour. La nécessité de recourir au principe de la «compétence» découle directement de ce que la saisine de la Cour n'est pas la conséquence automatique de mesures dûment prises par les parties à un différend, et que la saisine de la Cour n'est pas un pur fait, mais un acte judiciaire lié à la compétence de celle-ci (voir *Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 122; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 23, par. 43).

Sans la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence» en tant que principe du droit international général, il serait juridiquement impossible d'établir la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires, dès lors que, conformément à l'article 79 du Règlement, les exceptions à sa compétence peuvent être soulevées dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, pour ce qui est du défendeur, et dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure, pour une partie autre que le défendeur. La mise en œuvre du principe aboutit alors à une présomption judiciaire en faveur de la compétence de la Cour, sous forme d'une «compétence *prima facie*» (voir *Licéité de l'emploi de la force, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, opinion individuelle du juge Kreča, par. 12).

16. Il apparaît que la particularité d'un arrêt rendu sur une exception

<sup>13</sup> Shihata, *op. cit.*, p. 41-42; les italiques sont de moi.

in respect of both aspects of the *res judicata* rule — its binding force and finality.

A perception of distinct relativity of a jurisdictional decision of the Court pervades the body of law regulating the Court's activity. The rules regarding preliminary objections are grouped in Subsection 2 of Section D of the Rules of Court, entitled "Incidental Proceedings". Such placement of the rules on preliminary objections suggests, as the Court stated in the *South West Africa* cases (Second Phase) (*I.C.J. Reports 1966*, p. 38, para. 61), that judgment on a preliminary objection is "of an interlocutory character", which implies a provisional, rather than final, character. Furthermore, Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, providing that "[a]ny objection . . . to the jurisdiction of the Court or to the admissibility . . . or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits" (emphasis added), *per se* expresses the relative finality of a judgment on preliminary objections. Preliminary objections as such do not, however, exhaust objections to the jurisdiction of the Court. As early as the 1980s, the jurisprudence of the Court, supported by State practice, developed to the effect that the formal preliminary objection procedure is not exhaustive of the matter<sup>14</sup>, as well as that non-preliminary objections to jurisdiction are also capable of reversing a judgment on preliminary objections as demonstrated in the *Nottebohm* case. Non-preliminary objections to the jurisdiction of the Court give rise to application of the principle of *compétence de la compétence* understood, as I have noted before (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, paras. 43-50), in the narrow sense.

Finally, the principle of *compétence de la compétence* understood in a general sense can be seen in the Resolution Concerning the Internal Judicial Practice of the Court in its provision stating that "the Court *may proceed to entertain the merits of the case or, if that stage has already been reached, on the global question of whether, finally, the Court is competent or the claim admissible*" (Art. 8 (ii) (b); emphasis added). It seems clear that the "global question" is "one which would normally arise only after all the previous questions and the merits have been pleaded (that is to say, the *substance of any particular phase [has] thus been decided*")<sup>15</sup>.

17. With regard to the binding force of a judgment on preliminary objections, it seems clear that it does not create legal obligations *stricto*

<sup>14</sup> See Shabtai Rosenne, «The Reconceptualization of Objections in the ICJ», *Comunicazioni e studi*, volume quattordicesimo, 1975, pp. 735-761.

<sup>15</sup> Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 232; emphasis added.

préliminaire existe relativement aux deux aspects de la règle de la *res judicata*, à savoir les caractères obligatoire et définitif de celle-ci.

Une impression de relativité particulière des décisions juridictionnelles de la Cour se dégage de l'ensemble du droit régissant l'activité de celle-ci. Les règles relatives aux exceptions préliminaires sont regroupées dans la sous-section 2 de la section D du Règlement de la Cour, intitulée «Procédures incidentes». Le fait que les règles sur les exceptions préliminaires soient ainsi placées dans le Règlement donne à penser, comme la Cour l'a dit dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase) (*C.I.J. Recueil 1966*, p. 38, par. 61), que l'arrêt rendu sur une exception préliminaire est «de caractère interlocutoire», ce qui implique qu'il est provisoire et non définitif. De plus, le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement qui prévoit que «[t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête *ou toute exception* sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive» (les italiques sont de moi) exprime *per se* le caractère définitif relatif de l'arrêt rendu sur des exceptions préliminaires. Cependant, les exceptions préliminaires n'épuisent pas, en tant que telles, les exceptions à la compétence de la Cour. Dès les années quatre-vingt, la jurisprudence de la Cour, étayée par la pratique des Etats, s'est développée à l'effet que la procédure formelle portant sur une exception préliminaire n'épuise pas la question<sup>14</sup>, et que les exceptions non préliminaires à la compétence puissent elles aussi entraîner la réformation d'un arrêt rendu sur des exceptions préliminaires, comme l'a démontré l'affaire *Nottebohm*. Les exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour donnent lieu à l'application du principe de la «compétence de la compétence» compris, comme je l'ai indiqué plus haut (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, par. 43-50), dans son sens étroit.

Enfin, le principe de la «compétence de la compétence» compris au sens large de l'expression apparaît dans la disposition de la résolution visant la pratique interne de la Cour en matière judiciaire selon laquelle «la Cour peut procéder à l'examen de l'affaire au fond ou, au cas où ce stade est déjà atteint, sur la question globale de savoir si en définitive la Cour est compétente ou la demande recevable» (art. 8, al. ii), point b); les italiques sont de moi). Il apparaît clairement que la «question globale» est «une question qui se serait normalement posée après que toutes les questions qui la précèdent et le fond ont été débattus (c'est-à-dire que chaque phase a donné lieu à une décision)»<sup>15</sup>.

17. S'agissant de la force obligatoire d'un arrêt sur des exceptions préliminaires, il apparaît clairement que pareille décision ne crée pas d'obli-

<sup>14</sup> Voir Shabtai Rosenne, «The Reconceptualization of Objections in the ICJ», *Comunicazioni e studi*, vol. 14, 1975, p. 735-761.

<sup>15</sup> Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 232; les italiques sont de moi.



*sensu* which parties in the proceedings are required to comply with. The party that raised a preliminary objection rejected by the Court does not suffer any legal consequences if, for instance, it decides not to participate in the proceedings for which the Court declared itself competent. An affirmative judgment in the preliminary objection procedure creates for that party a processual burden rather than a legal duty *stricto sensu*. Moreover, the Applicant has no legal obligation to proceed to plead the claim either. While an affirmative jurisdictional decision creates a processual burden for the Respondent, vis-à-vis the Applicant it constitutes a pure processual entitlement which the Applicant uses with absolute discretion (*discretio legalis*) without suffering any sanctions in proceedings of failure to comply with the letter of affirmative jurisdictional decisions.

In fact, an affirmative judgment in the preliminary objections phase creates a duty for the Court only to proceed to the merits phase, but judicial action by the Court in that regard is dependent upon proper actions by the parties to a case.

In contrast to a jurisdictional judgment, a judgment on the merits of a case possesses binding effect in terms of creating legal duties for the parties, so that “neither party can by unilateral means free itself from its obligation under international law to carry out the judgment in good faith”<sup>16</sup>.

18. The more relative character of jurisdictional decisions of the Court as compared with the finality of a judgment on the merits of the case is justified on a number of grounds.

Jurisdictional issues are not, as a rule, core issues of cases before the Court, nor are they the *raison d'être* of recourse to the Court by the parties to a dispute. Cases, such as the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (I.C.J. Reports 1972)*, in which the Court acts as a court of appeal, are the only exceptions.

The parties to a dispute turn to the Court to protect a subjective right or interest in the sense of substantive law, not because of the issue of jurisdiction as such. An affirmative judgment on jurisdictional issues establishes only the necessary prerequisite for resolving the main issue and it concerns substantive law in terms of conferring or imposing upon the parties a legal right or obligation of a positive or negative nature. In this sense, a judgment on jurisdictional issues is of

“a purely declaratory nature and it can never create a right i.e., bestow on the Court itself a jurisdiction which is not supported by applicable rules of law either general or particular” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, Judgment No. 6, 1925*,

<sup>16</sup> *Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 176.

gations juridiques *stricto sensu*, obligations que les parties à l'instance seraient tenues de respecter. La partie qui a soulevé une exception préliminaire rejetée par la Cour ne subit aucune conséquence juridique si, par exemple, elle décide de ne pas prendre part à la procédure pour laquelle la Cour s'est déclarée compétente. Un arrêt affirmatif rendu lors de la phase des exceptions préliminaires crée pour la partie en question une charge processuelle et non une obligation juridique *stricto sensu*. Par ailleurs, le demandeur n'a pas non plus d'obligation juridique de continuer à plaider sa cause. Alors qu'une décision juridictionnelle affirmative crée une charge processuelle pour le défendeur, elle ne crée, à l'égard du demandeur, qu'un pur droit processuel qu'il utilise en toute discrétion (*discretio legalis*) sans subir de sanction quelconque dans le cas où il ne se conformerait pas à la lettre de ladite décision.

De fait, un arrêt affirmatif rendu dans la phase des exceptions préliminaires crée un devoir pour la Cour de poursuivre la procédure au fond, mais son action judiciaire à cet égard dépend des propres actions des parties à l'affaire.

Contrairement à un arrêt sur la compétence, un arrêt sur le fond a un effet obligatoire en ce sens qu'il crée des obligations juridiques à l'égard des parties, de sorte qu'«aucune des Parties ne saurait s'affranchir unilatéralement de l'obligation qui lui incombe en vertu du droit international d'exécuter l'arrêt de bonne foi»<sup>16</sup>.

18. Plusieurs raisons justifient le caractère plus relatif des décisions juridictionnelles de la Cour par rapport au caractère définitif des arrêts rendus au fond.

Les questions de compétence ne sont pas, en principe, des questions fondamentales des affaires dont la Cour est saisie, ni la raison d'être du recours à celle-ci par les parties à un différend. La seule exception est constituée par des affaires telles que celle de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (C.I.J. Recueil 1972)*, dans lesquelles la Cour agit en tant que juridiction d'appel.

Les parties à un différend saisissent la Cour pour protéger un droit ou un intérêt subjectifs au sens du droit positif, et non en raison de la question de compétence en tant que telle. Un arrêt affirmatif sur les questions de compétence n'est qu'une condition préalable nécessaire pour le règlement de la question principale et il se rapporte au droit positif, en ce sens qu'il confère ou impose aux parties un droit ou une obligation juridique de nature positive ou négative. En ce sens, un arrêt sur les questions juridictionnelles est

«de nature purement déclaratoire, sans pouvoir jamais revêtir le caractère constitutif et attribuer à la Cour elle-même une juridiction qui ne trouverait pas d'appui dans les règles juridiques, soit générales, soit particulières, applicables» (*Certains intérêts allemands en*

<sup>16</sup> *Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 176.*

*P.C.I.J., Series A, No. 6*, dissenting opinion of Judge Rostworowski, p. 32).

In other words, a judgment on jurisdictional issues is adjective rather than substantive in its nature and, consequently, in its effects as well. It does not create a new legal situation in terms of substantive law nor gives an order to perform an act as it does not state how the law disputed between the parties is to be applied. (For classification of international judgments, see *Encyclopedia of Public International Law*, III, 1997, pp. 33-34.)

The reversal by a court of law acting within its judicial prerogatives of the jurisdictional judgment in a pending case does not substantially, if at all, affect stability and predictability as the *rationale* of finality of the judgment, as advocated by the majority (Judgment, para. 116). This is because the subject matter here is not substantive rights and obligations of the parties. As an affirmative jurisdictional decision merely confers entitlement to have a claim entertained and decided by the court, it is hard to say that its reversal may result in disturbing jural relations under substantive law. The only disturbance that can be spoken of in case of a reversal of an affirmative jurisdictional decision is the disturbance in the processual relationship established by the jurisdictional decision, disturbance which is a matter of the subjective expectations of the parties to a dispute rather than a matter of public policy underlying the finality of the Court's decision.

On the contrary, if, after adopting a jurisdictional decision and before handing down its judgment on the merits, the Court found that its decision was erroneous for any reason, it would commit a manifest abuse of its power if it were to abide by the *res judicata* rule. Thus, rather than strengthening the *res judicata* rule, insistence on the finality of jurisdictional decisions in all circumstances would be to its detriment, paralyzing, and even nullifying, the activity of the Court as a court of law and justice, for, besides the intrinsic, constituent elements of the *res judicata* rule, there exists the fundamental extrinsic condition, the requisite validity of the Court's decision in terms of substantive and procedural law.

Finally, the more relative character of jurisdictional decisions, as regards finality, results or may result from the operation of the principle of *compétence de la compétence*. Specifically, the principle of *compétence de la compétence* operates exclusively in respect of jurisdictional issues.

19. In practical terms, the relativity of jurisdictional decisions, especially judgments on preliminary objections as a formal type of jurisdic-

*Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, opinion dissidente du juge Rostworowski, p. 32).*

Autrement dit, un arrêt rendu sur des questions juridictionnelles a, par nature, un caractère procédural et non substantiel et, partant, ses effets sont de même nature. Une décision de cette nature ne crée pas de situation juridique nouvelle au sens du droit positif et ne prescrit pas non plus d'agir d'une certaine manière puisqu'elle n'énonce pas la façon dont le droit en litige entre les parties doit être appliqué. (Pour une classification des décisions internationales, voir l'*Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, 1997, p. 33-34.)

Comme l'a indiqué la majorité de la Cour (arrêt, par. 116), la réformation par une juridiction, dans le cadre des prérogatives judiciaires dont elle est investie, d'un arrêt portant sur sa compétence dans une affaire pendante n'affecte pas de manière substantielle — si tant est qu'elle puisse les affecter — la stabilité et la prévisibilité, en tant que principes sur lesquels se fonde le caractère définitif de l'arrêt. Il en est ainsi parce que l'objet de l'arrêt en question n'est pas constitué par les droits et obligations de fond des parties. Etant donné qu'une décision juridictionnelle affirmative habilite simplement à voir une demande examinée et tranchée par la Cour, l'on peut difficilement dire que sa réformation peut avoir pour conséquence de perturber les relations juridiques du droit positif. La seule perturbation dont on pourrait parler en cas de réformation d'une décision juridictionnelle affirmative est celle qui pourrait affecter la relation processuelle établie par la décision juridictionnelle. Une telle perturbation concerne les attentes subjectives des parties à un différend et n'est pas une question d'ordre public sous-tendant l'effet définitif de la décision rendue par la Cour.

Au contraire, si la Cour conclut, après avoir rendu une décision juridictionnelle et avant de rendre sa décision sur le fond, que sa décision était erronée pour quelque motif que ce soit, elle commettrait, en respectant la règle de la *res judicata*, un excès de pouvoir manifeste. Ainsi, plutôt que de renforcer la règle de la *res judicata*, insister sur le caractère définitif des décisions juridictionnelles dans tous les cas porterait préjudice à cette règle, une telle insistance paralysant, voire frappant de nullité, l'activité de la Cour en tant que juridiction qui dit le droit et en tant que tribunal. En effet, outre les éléments intrinsèques de la règle de la *res judicata*, il existe une condition extrinsèque fondamentale qui est que la décision de la Cour doit être valide du point de vue du droit substantiel et du droit procédural.

Enfin, le caractère plus relatif des décisions juridictionnelles, du point de vue de leur caractère définitif, résulte ou peut résulter de la mise en œuvre du principe de la «compétence de la compétence». Plus précisément, le principe de la «compétence de la compétence» joue exclusivement pour les questions juridictionnelles.

19. Concrètement, le caractère relatif des décisions juridictionnelles, notamment des arrêts sur les exceptions préliminaires conçus comme un

tional decision might result from balancing two considerations which differ by nature:

- (i) special circumstances forming an objective element deriving from legality which dictate reversal of the jurisdictional decision; and
- (ii) a subjective element, which implies the readiness of a court of law to address the matter.

As regards this element, while somewhat pathetic, the warning is essentially correct that the “future of international adjudication, if not global peace, may paradoxically depend on the capacity of our supreme judicial organ to say *mea culpa*”<sup>17</sup>.

### III. Application of the Res Judicata Rule to the 1996 Judgment

20. The position taken by the majority on the application of *res judicata* to the 1996 Judgment of the Court suffers from two basic weaknesses:

- (a) a narrow and fetishist perception of the *res judicata* rule;
- (b) an erroneous assessment of the relevant conditions for its application *in casu*.

As a consequence, it can be said that the perception of the *res judicata* rule as well as its application to the 1996 Judgment is completely misguided.

#### 1. Perception of the *res judicata* rule

21. The dual, organically linked, structure of the *res judicata* rule as designed in Articles 59 and 60 of the Statute has been reduced by the majority to only one element — its binding force, although the crucial question in the case at hand is, in fact, the finality of the 1996 Judgment. In that regard, it is said that the “Statute . . . declares, in Article 60, the *res judicata* principle without exception” (Judgment, para. 119).

The essence of the perception can be expressed as follows:

“Article 59 of the Statute, notwithstanding its negative wording, has as *its core the positive statement that the parties are bound by the decision of the Court* in respect of the particular case. Article 60 of the Statute provides that the judgment is final and without appeal; Article 61 places close limits of time and substance on the ability of the parties to seek the revision of the judgment.” (Judgment, para. 115; emphasis added.)

<sup>17</sup> W. M. Reisman, “Revision of West South Africa Cases — An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision”, *The Virginia Journal of International Law*, 1966, Vol. 7, No. 1, p. 4.

type formel de décision juridictionnelle, pourrait résulter du rapport entre deux considérations de nature distincte :

- i) des circonstances spéciales qui représentent un élément objectif tenant à la justification légale imposant la réformation de la décision juridictionnelle; et
- ii) un élément subjectif qui implique que la juridiction est disposée à connaître de la question.

En ce qui concerne ce dernier élément, bien que quelque peu excessive, la conception selon laquelle «l'avenir du règlement judiciaire international, si ce n'est la paix dans le monde, peut paradoxalement dépendre de la capacité de notre organe judiciaire suprême de dire qu'il s'est trompé»<sup>17</sup> est juste.

### III. Application de la règle de la *res judicata* à l'arrêt de 1996

20. La position adoptée par la majorité quant à l'application de la *res judicata* à l'arrêt rendu par la Cour en 1996 souffre de deux faiblesses fondamentales :

- a) une conception étroite et obsessionnelle de la règle de la *res judicata*;
- b) une appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente espèce.

Il est donc possible de dire que la conception de la règle de la *res judicata* ainsi que son application à l'arrêt de 1996 sont totalement erronées.

#### 1. Conception de la règle de la *res judicata*

21. La majorité a réduit à un seul élément, à savoir sa force obligatoire, la structure binaire, dont les deux éléments sont intrinsèquement liés, de la règle de la *res judicata* telle qu'elle est conçue dans les articles 59 et 60 du Statut, alors même que la question cruciale en l'espèce porte sur le caractère définitif de l'arrêt de 1996. A cet égard, il a été dit que le «Statut ... énonce à son article 60 le principe de l'autorité de la chose jugée sans l'assortir d'aucune exception» (arrêt, par. 119).

Pour l'essentiel, cette conception peut s'énoncer comme suit :

«L'article 59 du Statut, en dépit de sa formulation négative, a pour élément central la proposition positive selon laquelle la décision de la Cour est obligatoire pour les parties dans l'affaire qui a été tranchée. L'article 60 du Statut dispose que l'arrêt est définitif et sans recours; l'article 61 assortit la faculté des parties de demander la révision de l'arrêt de strictes conditions de fond et de délais.» (Arrêt, par. 115; les italiques sont de moi.)

<sup>17</sup> W. M. Reisman, «Revision of West South Africa Cases — An Analysis of the Grounds of Nullity in the Decision of 18 July 1966 and Methods of Revision», *The Virginia Journal of International Law*, 1966, vol. 7, n° 1, p. 4.

This reasoning seems to confuse the characteristics and effects of the *res judicata* rule.

The binding force of the Court's decision most certainly constitutes its substantive aspect. But, such a characteristic of the decision of the Court does not necessarily imply its finality, which is a matter of the procedural effects of the Court's decision.

In fact, each decision of the Court, being a proper expression of the judicial power, possesses binding force. In the formula *auctoritas res judicata* or *l'autorité de la chose jugée*, *auctoritas* does not *per se* mean finality, but rather the specific weight or credit of a judicial decision serving as a basis for its finality. Finality is never an attribute of the *auctoritas* itself. It may be the attribute of the *auctoritas* of the judgment after exhausting legal avenues, either regular or extraordinary, by which the judgment can be challenged.

22. According to the majority view, the 1996 Judgment is considered final, for

“[t]he Statute provides for only one procedure in such an event: the procedure under Article 61, which offers the possibility for the revision of judgments . . .” (Judgment, para. 120),

and, furthermore,

“Subject *only* to this possibility of revision, the applicable principle is *res judicata pro veritate habetur*, that is to say that the findings of a judgment are, for the purposes of the case and between the parties, to be taken as correct, *and may not be reopened on the basis of claims that doubt has been thrown on them by subsequent events.*” (Judgment, para. 120; emphasis added.)

Such a perception of the finality of a judgment seems too narrow, because it obviously does not take into account all legal vehicles available, either to the parties or to the Court itself, for the purpose of reconsideration of the issue of jurisdiction. The law of the Court knows, in addition to revision under Article 61 of the Statute, two legal vehicles which are relevant in that regard. As stated above, these are the principle of *compétence de la compétence* in terms of both Article 36, paragraph 5, of the Statute and the rule of general international law (*Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, pp. 119-120) and non-preliminary objections to the jurisdiction of the Court.

23. The principle *compétence de la compétence* is “indispensably necessary to the discharge of any . . . duties”<sup>18</sup> of any judicial authority. Although, in contrast to jurisdictional objections raised by the parties, it

<sup>18</sup> United States Commissioner Gore in the *Betsey* case (1797), J. B. Moore (ed.), *International Adjudications, Ancient and Modern History and Documents*, Modern Series, Vol. IV, p. 183.

Il y a, semble-t-il, dans ce raisonnement, confusion entre les caractéristiques et les effets de la règle de la *res judicata*.

La force obligatoire de la décision de la Cour constitue incontestablement son aspect de fond. Mais cette caractéristique de la décision de la Cour n'implique pas nécessairement qu'elle est définitive, puisque cela relève des effets procéduraux de la décision de la Cour.

En réalité, toute décision de la Cour, dès lors qu'elle exprime valablement le pouvoir judiciaire, a force obligatoire. Dans la formule *auctoritas res judicata* ou «autorité de la chose jugée», le terme «autorité» ne signifie pas en soi «caractère définitif», mais désigne plutôt le poids ou crédit particulier d'une décision judiciaire qui fonde le caractère définitif de celle-ci. Le caractère définitif n'est jamais un attribut de l'autorité elle-même. Il peut devenir l'attribut de l'autorité de l'arrêt une fois épuisées les voies juridiques, ordinaires ou extraordinaires, par lesquelles il est possible de contester l'arrêt.

22. D'après la majorité, l'arrêt de 1996 aurait un caractère définitif car

«[l]e Statut prévoit, à cette fin, une seule procédure: celle de l'article 61, qui ouvre la possibilité de la révision d'un arrêt» (arrêt, par. 120),

et, en outre,

«[s]ous la *seule* réserve de cette possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, *et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes*» (arrêt, par. 120; les italiques sont de moi).

Cette conception du caractère définitif des arrêts semble par trop restrictive, car elle ne prend, à l'évidence, pas en considération toutes les voies juridiques dont disposent les parties et la Cour elle-même en vue du réexamen de la question de la compétence. Dans le droit qu'applique la Cour, il existe, outre la révision envisagée à l'article 61 du Statut, deux moyens juridiques pertinents. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit du principe de la «compétence de la compétence» — tel que prévu au paragraphe 5 de l'article 36 du Statut et en droit international général (*Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 119-120) — et des exceptions non préliminaires à la compétence de la Cour.

23. Le principe de la «compétence de la compétence» est «absolument indispensable à l'exécution des obligations»<sup>18</sup> de toute autorité judiciaire. Bien que, contrairement aux exceptions d'incompétence soulevées par les

<sup>18</sup> Commissaire Gore des Etats-Unis dans l'affaire *Betsey* (1797), J. B. Moore (dir. publ.), *International Adjudications, Ancient and Modern History and Documents*, Modern Series, vol. IV, p. 183.



is not specifically designed to challenge the jurisdiction of the Court, its operation, either *proprio motu* or upon an objection by a party, always affects, positively or negatively, the jurisdiction of the Court.

The power of the Court to determine whether it has jurisdiction, emanating from the principle of *compétence de la compétence*, is an inherent right and duty of the Court and it knows no bounds (*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series AIB, No. 77*, dissenting opinion of Judge Urrutia, pp. 102-103). The Court exercises its inherent power from beginning to end of the proceedings with a view to establishing whether it possesses jurisdiction or not in the particular case. In reality, the Court exercises its inherent power in two ways:

- (a) by taking a quiet, informal decision as to the existence of the procedural requirements for jurisdiction through prima facie assessment, this being substantively a judicial presumption of jurisdiction; and
- (b) by adopting a formal decision on jurisdiction.

In that sense, the Court's power to determine whether it has jurisdiction in a given case seems absolute, considering that the Court, even if it declares that it has no jurisdiction *in casu*, exercises that inherent power.

24. Accordingly, the exercise of that power cannot be limited *ratione temporis* as long as the Court is *functus officio* in the case. Inherent in the power of the Court to determine whether it has jurisdiction *ad casum* is the proper right to reopen and reconsider the issue of jurisdiction, either *proprio motu* or upon jurisdictional objection by a party to a dispute, as clearly demonstrated in the *Nottebohm* case (para. 13 above) and the *South West Africa* cases (para. 14 above).

This, of course, does not mean, as the Judgment correctly stated, that "jurisdictional decisions remain reviewable indefinitely . . ." (Judgment, para. 118).

There exist clear limits, both temporal and substantive, within which jurisdictional decisions are reviewable. As regards temporal limits, the jurisdictional decision is reviewable until the Court is *functus officio* in a given case, whereas substantive limits concern the nature of the circumstances which justify reconsideration. They must be of a special nature affecting legality as the primary value and ultimate purpose of judicial decisions of any court of law, for

"The Commission is a tribunal sitting continuously with all the attributes and functions of a continuing tribunal until its work shall have been closed. Where the Commission has misinterpreted the evidence, or made a mistake in calculation, or where its decision does not follow its fact findings, or where in any other respect the decision

parties, ce principe ne vise pas précisément à contester la compétence de la Cour, son application, *proprio motu* ou à la suite d'une exception soulevée par une partie, a toujours une incidence positive ou négative sur la compétence de la Cour.

La faculté qu'a la Cour d'établir si elle est compétente, faculté qui découle de ce principe de la «compétence de la compétence», est un droit et une obligation inhérents qui ne connaît pas de limite (*Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série AIB n° 77, opinion dissidente du juge Urrutia, p. 102-103*). La Cour exerce ce pouvoir du début à la fin de la procédure de sorte à établir si elle est compétente ou non dans l'affaire en cause. En réalité, la Cour exerce ce pouvoir de deux façons :

- a) en prenant de manière informelle, et sans en faire état, une décision *prima facie* sur la question de savoir s'il est satisfait aux conditions processuelles de compétence, ce qui revient au fond à une présomption judiciaire de compétence;
- b) en prenant une décision formelle sur la question de la compétence.

En ce sens, la faculté qu'a la Cour d'établir si elle a compétence dans une affaire donnée équivaut semble-t-il à un pouvoir absolu, dans la mesure où, même si elle déclare qu'elle n'est pas compétente en l'affaire en cause, elle exerce ce pouvoir inhérent.

24. En conséquence, l'exercice de ce pouvoir ne saurait être limité *ratione temporis* tant que la Cour n'est pas *functus officio* dans une affaire. Le droit de rouvrir et de réexaminer la question de la compétence, que ce soit *proprio motu* ou à la suite d'une exception d'incompétence soulevée par une partie au différend, est inhérent à la faculté qu'a la Cour d'établir si elle est compétente *ad casum*, comme cela a été clairement démontré en l'affaire *Nottebohm* (par. 13 ci-dessus) et dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (par. 14 ci-dessus).

Cela ne signifie naturellement pas, comme il est à juste titre indiqué dans l'arrêt, que «les décisions portant sur la compétence peuvent être indéfiniment réexaminées» (arrêt, par. 118).

Il existe des limites claires, tant sur le plan temporel que quant au fond, dans lesquelles les décisions sur la compétence peuvent être réexaminées. Pour ce qui est des limites temporelles, une décision juridictionnelle peut être réexaminée jusqu'à ce que la Cour devienne *functus officio* dans une affaire donnée, tandis que les limites de fond ont trait à la nature des circonstances qui justifient le réexamen. Celles-ci doivent revêtir un caractère spécial ayant une incidence sur la légalité, laquelle est l'intérêt principal et l'objectif ultime des décisions judiciaires de toute juridiction, car

«[j]usqu'à ce que ses travaux prennent fin, la Commission est un tribunal siégeant de manière ininterrompue, doté de tous les attributs et fonctions d'une juridiction permanente. Quand la Commission a mal interprété les éléments de preuve ou a fait une erreur dans ses calculs, ou quand sa décision n'est pas compatible avec les résultats

does not comport with the record as made, or where the decision involves a material error of law, the Commission not only has power, but is under the duty, upon a proper showing, to re-open and correct a decision to accord with the facts and the applicable legal rules.” (Mixed Claims Commission — United States of America and Germany, *AJIL*, 1940, Vol. 34, No. 1, p. 154.)

Such inherent power and, even, a duty emanate from the very nature of the judicial function, for, as Commissioner Owen Roberts stated, “No tribunal worthy of its name or of any respect may allow its decision to stand if such allegations are well-founded” (*ibid.*, p. 164).

25. The unjustifiably narrow interpretation of the *res judicata* rule inevitably leads to a striking conclusion that

“Subject only to [the] possibility of revision, the applicable principle is *res judicata pro veritate habetur*, that is to say that the findings of a judgment are, for the purposes of the case and between the parties, to be taken as correct, *and may not be reopened on the basis of claims that doubt has been thrown on them by subsequent events.*” (Judgment, para. 120; emphasis added.)

Considering the Court’s findings to be immutable even in the face of subsequent events throwing doubt on their veracity, the majority view neglects the aspect of legality in the substance of the *res judicata* rule.

As subsequent events can hardly be considered as “a new fact” under Article 61 of the Statute, it appears that the Court as a rule takes decisions *ex jure proprio*, independently of international law, so that the legal situation determined by the Court is, *ex definitione*, the true position under international law.

Such a view can only be seen as judicial extremism, which cannot but be conducive to absurd results. A good illustration in that regard is precisely this particular case.

If the findings of the Court are to be taken as correct, whatever doubt may be thrown on them by subsequent events, the conclusion that follows is that the Respondent State in the case at hand is the Federal Republic of Yugoslavia because the Court so decided in its 1996 Judgment, which, according to the finding by the majority of the Court, is *res judicata*.

26. A non-preliminary objection, as a vehicle for challenging a judgment on preliminary objections, brings into play the principle of *compétence de la compétence* in accordance with paragraph 6 of Article 36 of the Statute.

That is exactly what happened in the present case.

In May 2001, the Federal Republic of Yugoslavia submitted a docu-

de ses recherches ou encore quand la décision comporte une erreur de droit importante, la Commission a non seulement le pouvoir mais a l'obligation, aux fins d'accomplir correctement sa mission, de rouvrir et de réformer la décision en cause pour la faire correspondre aux faits et aux règles juridiques applicables.» (Commission de réclama-tions mixtes — Etats-Unis d'Amérique et Allemagne, *AJIL*, 1940, vol. 34, n° 1, p. 154.)

Pareil pouvoir inhérent, voire obligation, découle de la nature même de la fonction judiciaire, car, comme l'a dit le commissaire Owen Roberts, «[i]l n'y a pas de tribunal digne de ce nom ou d'un quelconque respect qui puisse permettre que sa décision demeure si de telles allégations sont fon-dées» (*ibid.*, p. 164).

25. Une interprétation abusivement restrictive de la règle de la *res judi-cata* aboutit inévitablement à la conclusion surprenante selon laquelle :

«[s]ous la seule réserve de cette possibilité de revision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, *et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes*» (arrêt, par. 120; les italiques sont de moi).

En considérant que les conclusions de la Cour sont immuables même quand des événements postérieurs font planer des doutes sur leur véra-cité, la majorité ne tient aucun compte de l'aspect de légalité inhérent à la règle de la *res judicata*.

Les événements postérieurs ne pouvant guère être considérés comme un «fait nouveau» au sens de l'article 61 du Statut, il apparaît que la Cour prend, en règle générale, des décisions *ex jure proprio*, sans tenir compte du droit international, de sorte que la situation juridique établie par elle est, *ex definitione*, la véritable situation en droit international.

Une telle conception ne peut que représenter un jusqu'au-boutisme judiciaire qui ne saurait qu'aboutir à des résultats absurdes, ce qu'illustre d'ailleurs bien la présente affaire.

Si les conclusions de la Cour doivent être considérées comme exactes, indépendamment des doutes que des événements postérieurs peuvent faire planer sur elles, la conclusion qui s'impose est que l'Etat défendeur en la présente espèce est la République fédérale de Yougoslavie, puisque la Cour en a décidé ainsi dans son arrêt de 1996, lequel est, d'après les conclusions de la majorité, *res judicata*.

26. Une exception non préliminaire, en tant que moyen permettant de contester un arrêt rendu sur des exceptions préliminaires, met en jeu le principe de la «compétence de la compétence», conformément au para-graphe 6 de l'article 36 du Statut.

Tel est précisément ce qui s'est passé en l'espèce.

En mai 2001, la République fédérale de Yougoslavie a communiqué un

ment entitled “Initiative to the Court to Reconsider *Ex Officio* Jurisdiction over Yugoslavia”, requesting the Court to adjudge and declare that it had no jurisdiction *ratione personae* over it. The request was based on the argument that the Federal Republic of Yugoslavia had not been a party to the Statute of the Court until its admission to the United Nations on 1 November 2000 and that it had not been a party to the Genocide Convention (Judgment, para. 26). In addition, Yugoslavia asked the Court to suspend the proceedings on the merits until the decision on the Initiative was rendered (*ibid.*).

In a letter of 3 December 2001, Bosnia and Herzegovina requested the Court, *inter alia*, to “respond in the negative to the request embodied in the ‘Initiative’” (Judgment, para. 28).

Acting on this matter, the Court decided, as shown by a letter from the Registrar dated 12 June 2003, that it could not effect a suspension of the proceedings.

As regards the issue of reconsideration by the Court of its jurisdiction in the case, it was stated *inter alia*:

“The Court . . . as was in fact observed by Serbia and Montenegro in the ‘Initiative’ document, and as the Court has emphasized in the past, is entitled to consider jurisdictional issues *proprio motu*, and must ‘always be satisfied that it has jurisdiction’ (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, I.C.J. Reports 1972*, p. 52). *It goes without saying that the Court will not give judgment on the merits of the present case unless it is satisfied that it has jurisdiction. Should Serbia and Montenegro wish to present further argument to the Court on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits, it will be free to do so.*” (Letter of 12 June 2003; emphasis added.)

In a word, the view of the majority that “[s]ubject only to [the] possibility of revision, the applicable principle is *res judicata pro veritate habetur* . . .” (Judgment, para. 120) seems to run *contra factum proprium*.

## 2. *Erroneous assessment of the relevant conditions for its application in casu*

27. The conditions for the application of the *res judicata* rule can be divided into two categories: intrinsic and extrinsic. As regards the intrinsic one, according to the classic formula, *res judicata* applies only where there is an identity of parties (*eadem personae*) and an identity of the question at issue (*eadem res*). The latter element is sometimes divided into the object (*petitum*) and the grounds advanced (*causa petendi*), for example, *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, dissenting opinion of

document intitulé «Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence» à l'égard de la Yougoslavie, dans lequel elle priait la Cour de dire et juger qu'elle n'était pas compétente *ratione personae* à son égard. L'argument sur lequel reposait cette demande était que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas partie au Statut de la Cour avant son admission à l'Organisation des Nations Unies le 1<sup>er</sup> novembre 2000 et qu'elle n'avait pas été partie à la convention sur le génocide (arrêt, par. 26). En outre, la Yougoslavie demandait à la Cour de surseoir à statuer sur le fond tant qu'elle ne se serait pas prononcée sur l'initiative (*ibid.*).

Dans une lettre en date du 3 décembre 2001, la Bosnie-Herzégovine priait la Cour, notamment, de «répond[re] par la négative à la demande formulée par le biais de cette «Initiative»» (arrêt, par. 28).

Prenant position sur cette question, la Cour a décidé, comme le montre une lettre du greffier en date du 12 juin 2003, qu'elle ne pouvait suspendre la procédure.

En ce qui concerne la question du réexamen de sa compétence en l'affaire, il a notamment été indiqué que:

«comme l'a en fait relevé la Serbie-et-Monténégro dans l'«Initiative» et comme elle l'a elle-même souligné dans le passé, la Cour est autorisée à examiner des questions de compétence *proprio motu*, et doit «toujours s'assurer de sa compétence» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52). Il va donc sans dire que la Cour ne se prononcera sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a compétence; si la Serbie-et-Monténégro souhaite présenter à la Cour des arguments supplémentaires sur les questions de compétence lors de la procédure orale au fond, elle est libre de le faire.» (Lettre du 12 juin 2003; les italiques sont de moi.)

En résumé, la thèse de la majorité selon laquelle, «sous [la] seule réserve de la possibilité de révision, le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*» (arrêt, par. 120) apparaît *contra factum proprium*.

## 2. *Appréciation erronée des conditions permettant l'application de la règle en la présente espèce*

27. Les conditions dans lesquelles s'applique la règle de la *res judicata* pourraient se diviser en condition intrinsèque et condition extrinsèque. S'agissant de la condition intrinsèque, suivant la formule classique, la *res judicata* s'applique uniquement lorsqu'il y a identité des parties (*eadem personae*) et identité de la question en cause (*eadem res*). Ce dernier élément est parfois subdivisé en deux, l'objet (*petitum*) et les motifs invoqués (*causa petendi*). Voir, par exemple, *Interprétation des arrêts n<sup>os</sup> 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt n<sup>o</sup> 11, 1927, C.P.J.I. série A n<sup>o</sup> 13*, opi-

Judge Anzilotti, p. 23; *Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 11*, p. 30.

The extrinsic condition for applying the *res judicata* rule, assuming the intrinsic elements are present, is the validity of the judgment. In the *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* case, the Court clearly set out the requirement of validity by construing the question put to it by the General Assembly as referring “only to awards of compensation made by the Administrative Tribunal, properly constituted and acting within the limits of its statutory competence” (*I.C.J. Reports 1954*, p. 55).

28. The “Long March” on the part of the majority of the Court through the issue of the Respondent’s *jus standi*, ended, after almost 14 years, by its adoption of a third successive position, a position sharing a negative characteristic with the preceding two. That is to say, it has not provided any answer to the question which is the *sedes materiae* of the jurisdictional complex in the present case, whether the Respondent, under Article 35 of the Statute of the Court, possesses the right to appear before the Court or not.

The Court’s first position, embodied in the 1996 Judgment, could be characterized as that of clearly avoiding the question. The majority simply closed their eyes to the relevant issue, as if it did not exist at all. A characteristic feature of the second position, elaborated in the Judgment in *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) (Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 7)*, is the attempt to construct a *sui generis* position of the Respondent vis-à-vis the United Nations in the period 1992-2000. It is some type of explanation for the tacit treatment of the Respondent as a State having *jus standi* before the Court. In the present Judgment, the majority has formulated a third position, one that can be described, from the substantive point of view, as a return to a modified avoidance position. Specifically, the third position accepts the incontestable fact that the Respondent was admitted, by decision of the competent political organs of the United Nations, to membership of the world Organization on 1 November 2000 (Judgment, para. 99) as a new Member, but it avoids accepting the necessary consequences of that fact as regards the Respondent’s *jus standi* relying on an erroneous perception of the *res judicata* rule.

However, in another dispute in which Serbia and Montenegro was involved, namely, the *Legality of Use of Force* cases, the Court decided that the act of admission of Serbia and Montenegro to United Nations membership was determinative as regards *jus standi*.

nion dissidente du juge Anzilotti, p. 23; *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 11*, p. 30.

La condition extrinsèque pour l'application de la règle de la *res judicata*, à supposer que les éléments intrinsèques soient réunis, est constituée par la validité de l'arrêt. Dans l'affaire de l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, la Cour a clairement énoncé la condition de la validité en interprétant la question que lui avait posée l'Assemblée générale comme se rapportant «uniquement à des jugements accordant indemnité rendus par le tribunal administratif régulièrement constitué et agissant dans les limites de sa compétence statutaire» (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 55).

28. La «longue marche» que la majorité de la Cour s'est imposée pour régler la question du *jus standi* du défendeur a pris fin, après près de quatorze ans, lorsque la Cour a adopté, pour la troisième fois, une nouvelle position, tout aussi incomplète que les deux précédentes. Autrement dit, la majorité n'a pas répondu à la question qui constitue le *sedes materiae* du complexe problème de compétence en l'espèce, celle de savoir si, en vertu de l'article 35 du Statut de la Cour, le défendeur a ou non le droit d'ester devant elle.

La première position adoptée par la Cour, laquelle est énoncée dans l'arrêt de 1996, pourrait être qualifiée d'attitude tendant manifestement à éluder la question. La majorité a tout simplement fermé les yeux sur la question pertinente, comme si elle n'existait pas. La deuxième position adoptée par la Cour, laquelle est énoncée dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *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. 7), est une tentative d'élaboration d'une situation *sui generis* du défendeur vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pour la période allant de 1992 à 2000. Il s'agit là d'une manière d'explication du fait que le défendeur ait été tacitement considéré comme un Etat ayant qualité pour ester devant la Cour. Dans le présent arrêt, la majorité a formulé une troisième position, laquelle peut être qualifiée, quant au fond, de retour à une nouvelle solution visant à éluder le problème. Plus précisément, cette troisième position revient à accepter le fait incontestable que le défendeur a été admis sur décision des organes politiques compétents de l'Organisation des Nations Unies en tant que Membre de l'Organisation mondiale le 1<sup>er</sup> novembre 2000 (arrêt, par. 99), en qualité de nouveau Membre, sans en reconnaître les conséquences qui s'imposent quant au *jus standi* du défendeur et ce, sur le fondement d'une interprétation erronée de la règle de la *res judicata*.

Cela étant, dans un autre différend auquel a pris part la Serbie-et-Monténégro, à savoir les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a jugé que l'admission de la Serbie-et-Monténégro comme Membre de l'Organisation des Nations Unies était décisive quant à la question du *jus standi*.



This sharp contradiction in determining the legal consequences of the admission of Serbia and Montenegro as regards its *jus standi* before the Court perhaps vindicates, Honoré de Balzac's cynicism in observing that: "Les lois sont des toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites."<sup>19</sup>

29. The issue of *jus standi* deserves a more detailed elaboration due to its crucial importance in the present case.

### 3. *Jus standi*<sup>20</sup> as an autonomous processual condition

30. *Jus standi*, in relation to jurisdiction understood in the standard sense to be the Court's power to solve concrete disputes, is an autonomous and separate processual condition. Substantively, it means a general, potential right of a State entitling it, under the additional proviso of the existence of a proper jurisdictional instrument, to participate in a case before the Court in the capacity of a party, either as an Applicant or as a Respondent, or as an intervening party. As such, *jus standi* is a general, positive processual condition. It is materialized if a State possessing *jus standi* brings legal action, has an action brought against it, or, in accordance with the relevant rules of the Court, intervenes in proceedings pending before the Court. Being autonomous, *jus standi* belongs to a State even if the State is not a party to the dispute or a party to the proceedings pending before the Court.

There is no direct, organic link between *jus standi* before the Court and the jurisdiction of the Court. As the Court stated in the *South West Africa* cases (Second Phase):

"It is a universal and necessary, but yet almost elementary principle of procedural law that a distinction has to be made between . . . the right to activate a court and the right of the court to examine the merits of the claim." (*South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 39, para. 64; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11; emphasis added.)

Accordingly, the Court does not acquire jurisdiction in the concrete dispute *eo ipso*, simply because the parties to the dispute possess *jus standi* before the Court, just as vice versa the existence of a proper juris-

<sup>19</sup> Honoré de Balzac, *La Maison Nucingen* (<http://www.citationspolitiques.com/recherche.php3?rechercheLes+lois+son+des+toiles+d92araignE9es>).

<sup>20</sup> The expression "*locus standi*" or "*locus standi in judicio*" is usually used. However the expression "*jus standi*" appears to be more appropriate since it directly addresses the right established by Article 35 of the Statute. The expression "*locus standi*" is used when it is, as such, employed in the jurisprudence of the Court.

Une aussi nette contradiction en ce qui concerne les conséquences juridiques de l'admission aux Nations Unies de la Serbie-et-Monténégro quant à sa qualité à ester devant la Cour justifie peut-être le cynisme d'Honoré de Balzac lorsqu'il fit observer que «[l]es lois sont des toiles d'araignée à travers lesquelles passent les grosses mouches et où restent les petites»<sup>19</sup>.

29. La question du *jus standi* mérite d'être examinée de manière plus détaillée, dans la mesure où elle revêt une importance cruciale en la présente affaire.

### 3. *Le jus standi*<sup>20</sup> en tant que condition processuelle autonome

30. Le *jus standi*, dans sa relation à la compétence comprise dans son sens classique en tant que pouvoir de la Cour de résoudre des différends concrets, est une condition processuelle autonome et distincte. Dans son sens qui se rapporte au fond, il représente un droit potentiel d'ordre général que possède un Etat et en vertu duquel celui-ci, sous la réserve supplémentaire de l'existence d'un instrument juridictionnel pertinent, peut prendre part, en tant que partie, à une affaire soumise à la Cour, soit en qualité de demandeur ou de défendeur, soit en tant que partie intervenante. En tant que tel, le *jus standi* est une condition processuelle générale et positive. Il est matérialisé lorsqu'un Etat qui a qualité pour agir introduit une action en justice ou qu'une action est introduite contre lui ou lorsque, conformément aux règles pertinentes de la Cour, ledit Etat intervient à une instance pendante. Etant autonome, le *jus standi* est propre à l'Etat, même si celui-ci n'est pas partie au différend ou à l'instance pendante devant la Cour.

Il n'existe aucun lien organique direct entre le *jus standi* devant la Cour et la compétence de celle-ci. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase):

«C'est un principe universel, nécessaire et cependant presque élémentaire du droit de la procédure qu'il faut distinguer entre ... le droit de saisir un tribunal et le droit du tribunal de connaître du fond de la demande.» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 39, par. 64; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi.)

En conséquence, la Cour n'acquiert pas *eo ipso* compétence dans un différend donné simplement parce que les parties au différend ont qualité pour ester devant elle; de même que, inversement, l'existence d'un instru-

<sup>19</sup> Honoré de Balzac, *La Maison Nucingen* (<http://www.citationspolitiques.com/recherche.php3?rechercheLes+lois+ont+des+toiles+d92araignE9es>).

<sup>20</sup> L'expression «*locus standi*» ou «*locus standi in judicio*» est généralement utilisée. L'expression «*jus standi*» semble néanmoins plus appropriée puisqu'elle porte directement sur le droit énoncé à l'article 35 du Statut. L'expression «*locus standi*» est utilisée quand elle est, en tant que telle, employée dans la jurisprudence de la Cour.

dictional instrument in force between the parties to the dispute does not imply *jus standi* of the parties to the dispute before the Court.

31. In relation to the issue of jurisdiction, *jus standi* is antecedent in nature, being a pre-condition for the establishment of the Court's jurisdiction *in casu*. In the absence of *jus standi* of a State (or States) in the dispute, it is legally impossible for the Court to establish its jurisdiction, for "only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it" (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 1030, para. 45). Moreover, in such a case the Court would not be authorized either to take into consideration the issue of its jurisdiction or to take any judicial action of a substantive nature.

Not only is a State, without *jus standi* precluded from being a party in the proceedings before the Court, but the Court cannot *stricti juris* even have any dealings with such a State in the judicial, as opposed to administrative, sphere. The Court cannot have recourse to the exercise of the power, vis-à-vis such a State, of determining its jurisdiction (*compétence de la compétence*), nor can it indicate provisional measures of protection or exercise any of the powers inherent in the judicial function.

Consequently actions of the Court, with the exception of those aimed at establishing the *jus standi* of a State to a dispute are not legally founded in the law of the Court. It could not even be said of any such actions that they had been taken *ultra vires*, because the effect of *ultra vires* implies a measure of judicial *vires* which the Court, has exceeded in the concrete case, but rather the legally non-existent, factual actions had been taken *sine vires*.

Accordingly, the absence of *jus standi* would be a reason for the absolute nullity of Court actions purporting to be judicial in nature.

### 3.1. Legal force of the *jus standi* rule

32. Article 35, paragraph 1, of the Statute is of a constitutional nature, an integral part of the public order established by the Charter of the United Nations. As such, together with other provisions of the Statute of such a nature, it represents a *jus cogens*<sup>21</sup>, incapable of any modification even by the Court itself. Therefore,

"The function of the Court to enquire into the matter and reach its own conclusion is thus mandatory upon the Court irrespective of the consent of the parties and is in no way incompatible with the principle that the jurisdiction of the Court depends on consent."  
(*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)*),

<sup>21</sup> G. Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", Vol. IV, *International Judicial Law*, 1986, pp. 434-435; R. Kolb, *Théorie du jus cogens international, Essai de relecture du concept*, 2001, pp. 344-348; Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 1932, p. 63.

ment juridictionnel pertinent en vigueur entre les parties au différend ne signifie pas que lesdites parties ont qualité pour ester devant la Cour.

31. Par rapport à la question de la compétence, celle du *jus standi* est par nature antérieure puisque c'est une condition préalable à l'établissement de la compétence de la Cour dans le cas d'espèce. Si un Etat (ou plusieurs Etats) partie au différend n'a pas qualité pour agir, la Cour ne peut juridiquement établir sa compétence, car «seuls les Etats auxquels la Cour est ouverte peuvent lui conférer compétence» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1030, par. 45). En outre, dans une telle hypothèse, la Cour ne serait pas autorisée à examiner la question de sa compétence ni à entreprendre un quelconque acte relatif au fond.

Non seulement un Etat dépourvu de *jus standi* ne peut être partie à une procédure devant la Cour, mais encore celle-ci ne saurait *stricti juris* exercer une quelconque action judiciaire — par opposition aux actions administratives — à l'égard de cet Etat. La Cour ne saurait exercer, vis-à-vis dudit Etat, le pouvoir qu'elle a d'établir si elle a compétence («compétence de la compétence»), ni indiquer des mesures conservatoires, ni exercer l'un quelconque des pouvoirs inhérents à sa fonction judiciaire.

Dès lors, les actes qu'accomplirait la Cour, à l'exception de ceux qui visent à établir le *jus standi* d'un Etat à un différend, seraient non fondés au regard du droit qu'elle applique. L'on ne saurait même pas dire de pareils actes qu'ils ont été accomplis *ultra vires*, parce que l'effet d'un acte *ultra vires* implique une appréciation du pouvoir judiciaire à l'égard duquel la Cour commet un excès dans un cas concret; il s'agit plutôt d'un *sine vires* puisqu'il s'agit d'actes factuels inexistantes au regard du droit.

En conséquence, l'absence du *jus standi* entraînerait la nullité absolue des décisions de la Cour censées revêtir une nature judiciaire.

### 3.1. La force juridique de la règle du *jus standi*

32. Le paragraphe 1 de l'article 35 du Statut est de caractère constitutionnel et fait partie intégrante de l'ordre public établi par la Charte des Nations Unies. En tant que telle, et considérée avec d'autres dispositions du Statut de même nature, cette disposition représente un *jus cogens*<sup>21</sup>, qui n'est susceptible d'aucune modification, fût-ce par la Cour elle-même. Par conséquent,

«la Cour se doit ... 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 [au] consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-*

<sup>21</sup> G. Schwarzenberger, «International Law as Applied by International Courts and Tribunals», vol. IV, *International Judicial Law*, 1986, p. 434-435; R. Kolb, *Théorie du jus cogens international, Essai de relecture du concept*, 2001, p. 344-348; Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 1932, p. 63.

*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 1027, para. 35.)

Article 35 of the Statute provides:

“(1) The Court *shall be open* to the States parties to the present Statute.

(2) The conditions under which the Court *shall be open* to other States shall, subject to the special provisions contained in treaties in force, be laid down by the Security Council, but in no case shall such conditions place the parties in a position of inequality before the Court.” (Emphasis added.)

The imperative form of the provisions of Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute carries with it a dual — permissive and prohibitive — meaning.

On the one hand, the provisions authorize a party to the Statute — and a State not party to the Statute, on the condition that it accept the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946) — to gain access to the Court. On the other, they prohibit access to the Court by a non-party to the Statute which has not accepted the general jurisdiction of the Court pursuant to Security Council resolution 9 (1946).

The combined effects of Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute together with Article 34, paragraph 1, of the Statute express the limited nature of the right to judicial protection before the International Court of Justice.

The limited right to judicial protection before the International Court of Justice is part of the public order of the Organization of the United Nations, whose principal judicial organ is the Court. In Article 93 (1) and (2) the Charter provides:

“(1) All Members of the United Nations are *ipso facto* parties to the Statute of the International Court of Justice.

(2) A State which is not a Member of the United Nations may become a party to the Statute of the International Court of Justice on conditions to be determined in each case by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.”

This should be read in conjunction with Articles 34 (1) and 35 (1) and (2) of the Statute of the Court, which is itself “an integral part of the present Charter” (Art. 92 of the Charter).

As such, paragraphs 1 and 2 of Article 35 of the Statute are mandatory and the Court is bound to apply them *ex officio*. In respect of the temporal element in the application of the rules, given the antecedent nature of *jus standi*, the Court is under an obligation to establish the *jus standi* of the parties to the dispute before any proceedings whatsoever, and to take account of it throughout the entire proceedings. For instance, it is possible that a party in the

*Bas*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1027, par. 35).

L'article 35 du Statut dispose :

«1) La Cour *est ouverte* aux Etats parties au présent Statut.

2) Les conditions auxquelles elle *est ouverte* aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.»  
(Les italiques sont de moi.)

La forme impérative des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut revêt un double sens, permissif et prohibitif.

D'une part, ces dispositions autorisent une partie au Statut, et un Etat non partie au Statut — à condition que celui-ci accepte la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité —, à avoir accès à la Cour. Et, d'autre part, elles interdisent l'accès à la Cour à un Etat non partie au Statut qui n'a pas accepté la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité.

Les effets combinés des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut, lus conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 34 du Statut, traduisent le caractère limité du droit à la protection judiciaire devant la Cour internationale de Justice.

Ce droit limité fait partie de l'ordre public de l'Organisation des Nations Unies dont la Cour est le principal organe judiciaire. Aux paragraphes 1 et 2 de l'article 93, la Charte des Nations Unies dispose :

«1. Tous les Membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour internationale de Justice.

2. Les conditions dans lesquelles les Etats qui ne sont pas Membres de l'Organisation peuvent devenir parties au Statut de la Cour internationale de Justice sont déterminées, dans chaque cas, par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité.»

Cet article doit être lu avec le paragraphe 1 de l'article 34 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut de la Cour, lequel est annexé «à la présente Charte dont il fait partie intégrante» (article 92 de la Charte).

En tant que telles, les dispositions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du Statut sont de nature obligatoire et la Cour est tenue de les appliquer *ex officio*. En ce qui concerne l'élément temporel de l'application de ces règles, compte tenu du caractère préalable de la question du *jus standi*, la Cour est tenue d'établir la qualité pour agir des parties au différend avant d'effectuer le moindre acte de procédure et d'en tenir compte tout au long de l'instance. Il peut, par exemple, arriver qu'une

case before the Court ceases to exist as a State in the course of the proceedings.

33. A proper pattern of *ex lege* reasoning of the Court, in the otherwise modest jurisprudence of the Court relating to *jus standi*, is offered by the Judgment in the *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)* case:

“the Minister for Foreign Affairs of Iceland seemed to suggest that the timing of the declaration of the Federal Republic of Germany of 29 October 1971, deposited with the Registrar on 22 November 1971, may have had some effect on the binding force of the agreement contained in the Exchange of Notes of 19 July 1961 *or on the right of access to the Court of the Federal Republic of Germany*. As to the first point, it is clear that the binding force of the agreement between the two Governments, which is to be examined in the present Judgment, *bears no relation to the date on which the declaration required by the Security Council resolution of 15 October 1946 was deposited with the Registrar: the former is designed to establish the jurisdiction of the Court over a particular kind of dispute; the latter provides for access to the Court of States which are not parties to the Statute*. As to the second point (*i.e., the question of the Federal Republic’s right of access to the Court*), according to the Security Council resolution, a declaration, which may be either particular or general, must be filed by the State which is not a party to the Statute, previously to its appearance before the Court. This was done.” (*Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11; emphasis added.)

The pattern was followed by the Court in the *Legality of Use of Force* cases as well:

“the question whether Serbia and Montenegro was or was not a party to the Statute of the Court at the time of the institution of the present proceedings is fundamental; *for if it were not such a party, the Court would not be open to it under Article 35, paragraph 1, of the Statute*. In that situation, subject to any application of paragraph 2 of that Article, *Serbia and Montenegro could not have properly seised the Court, whatever title of jurisdiction it might have invoked, for the simple reason that Serbia and Montenegro did not have the right to appear before the Court*.

The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 299, para. 46; emphasis added.)

partie à l'affaire dont connaît la Cour cesse d'exister en tant qu'Etat au cours de la procédure.

33. Le raisonnement *ex lege* de la Cour, dans la jurisprudence plutôt modeste de celle-ci en matière de *jus standi*, apparaît dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)* :

«[p]ar cette mention, le ministre des Affaires étrangères d'Islande paraît laisser entendre que le moment auquel a été faite la déclaration de la République fédérale d'Allemagne du 29 octobre 1971, déposée au Greffe le 22 novembre 1971, n'est peut-être pas sans effet sur la force obligatoire de l'accord constitué par l'échange de notes du 19 juillet 1961 *ou sur le droit de la République fédérale d'Allemagne d'ester devant la Cour*. En ce qui concerne le premier point, il est clair que la force obligatoire de l'accord conclu entre les deux gouvernements, qui sera examinée dans le présent arrêt, *n'a aucun rapport avec la date à laquelle la déclaration requise par la résolution du Conseil de sécurité du 15 octobre 1946 a été déposée au Greffe: l'accord a pour but d'établir la compétence de la Cour à l'égard d'une catégorie particulière de différends; la déclaration concerne l'accès à la Cour d'Etats qui ne sont pas parties au Statut*. Pour ce qui est du second point, à savoir la question du droit de la République fédérale d'ester devant la Cour, on doit noter qu'en application de la résolution du Conseil de sécurité tout Etat qui n'est pas partie au Statut doit déposer une déclaration, laquelle peut avoir soit un caractère particulier soit un caractère général, avant d'ester devant la Cour. Cela a été fait.» (*Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11; les italiques sont de moi.)

Le même raisonnement a été suivi par la Cour dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* :

«[l]a question de savoir si la Serbie-et-Monténégro était ou non partie au Statut de la Cour à l'époque de l'introduction des présentes instances est une question fondamentale; *en effet, si elle n'avait pas été partie au Statut, la Cour ne lui aurait pas été ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut*. En pareille situation, et sous réserve d'une possible application du paragraphe 2 dudit article, *la Serbie-et-Monténégro n'aurait pu saisir la Cour de manière valable, quel que soit le titre de compétence qu'elle puisse invoquer, pour la simple raison qu'elle n'avait pas le droit d'ester devant la Cour*.

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.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 299, par. 46; les italiques sont de moi.)



### 3.2. *Differentia specifica between jus standi and jurisdiction of the Court ratione personae*

34. Both notions — *jus standi* and jurisdiction *ratione personae* — share the characteristic of belonging to the *corpus* of processual conditions necessary for the validity of proceedings — whether incidental or on the merits — before the Court and with respect to the reference of disputes to the Court for decision. They also share the attribute of being absolute processual conditions that must be satisfied in every case and both are positive requirements in that, if they are not satisfied, the Court cannot entertain the claims made.

35. The differences between them, however, are considerably greater, making them distinct processual conditions. *Primo*, they reflect the different aspects of the legal nature of the Court. While jurisdiction *ratione personae*, as one of the relevant aspects of jurisdiction, expresses the consensual nature of the Court's jurisdiction, *jus standi* derives from the fact that the International Court of Justice, in contrast to arbitration courts, is not a fully open court of law. Access to the Court is limited in two respects on the basis of Articles 34, paragraph 1, and Article 35, paragraphs 1 and 2, of the Statute of the Court. *Tertio*, although both jurisdiction *ratione personae* and *jus standi* are regulated by the rules of the Statute having an objective, constitutional character, there exists a fundamental difference in the application of these rules. The rules of the Statute which concern *jus standi* are applied by the Court *ex lege*, while the corresponding rules concerning jurisdiction *ratione personae* are applied on the basis of the consent of the States to the dispute. In its Judgments in the *Legality of Use of Force* cases, the Court stated, *inter alia*, that

“a question of jurisdiction . . . relates to the consent of a party and the question of the right of a party to appear before the Court under the requirements of the Statute, which is not a matter of consent” (*Serbia and Montenegro v. Netherlands, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 1026, para. 35).

Therefore, it can be said that in substance the jurisdiction of the Court is governed by the law in force between the parties, while *jus standi* is governed by objective rules of the Statute as such.

*Quatro*, the differing natures of *jus standi*, on the one hand, and jurisdiction *ratione personae*, on the other, generate corresponding legal consequences in the proceedings. A lack of *jus standi* possesses an automatic effect, since, as a rule, it cannot be overcome in the proceedings before the Court, while a lack of jurisdiction *ratione personae* is surmountable as the parties may either confer jurisdiction upon the Court in the course of the proceedings

### 3.2. *Differentia specifica entre jus standi et compétence de la Cour ratione personae*

34. Les deux notions, celle de *jus standi* et celle de compétence *ratione personae*, ont pour caractéristique commune d'appartenir au *corpus* des conditions requises aux fins de la validité d'une procédure — qu'elle soit incidente ou sur le fond — devant la Cour, et de la possibilité de soumettre un différend à la Cour pour qu'elle le tranche. Elles ont également en commun d'être des conditions processuelles absolues qui doivent exister dans chaque cas particulier et d'être des conditions positives, en ce sens que, s'il n'y est pas satisfait, la Cour ne peut connaître de demandes formulées.

35. Les différences qui existent entre elles sont, toutefois, beaucoup plus importantes et ce sont ces différences qui font d'elles des conditions processuelles distinctes. Premièrement, elles reflètent les différents aspects de la nature juridique de la Cour. Alors que la compétence *ratione personae*, qui est l'un des aspects pertinents de la compétence, exprime la nature consensuelle de la juridiction de la Cour, le *jus standi* découle du fait que la Cour internationale de Justice, contrairement aux tribunaux arbitraux, n'est pas une juridiction totalement ouverte. L'accès à la Cour est limité à deux égards sur le fondement du paragraphe 1 de l'article 34 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 35 de son Statut. Troisièmement, bien que la compétence *ratione personae* et le *jus standi* soient régis par les règles du Statut ayant un caractère objectif et constitutionnel, il existe une différence fondamentale dans l'application desdites règles. Les règles du Statut qui ont trait au *jus standi* sont appliquées par la Cour *ex lege*, alors que les règles correspondantes qui ont trait à la compétence *ratione personae* sont appliquées sur la base du consentement des États parties au différend. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a notamment indiqué que

«une question de compétence [est] liée au consentement d'une partie et [que] celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut ... n'implique pas un tel consentement» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 1026, par. 35).

Dès lors, l'on peut dire, en substance, que la compétence de la Cour est régie par le droit en vigueur entre les parties, tandis que le *jus standi* est régi par les règles objectives du Statut en tant que tel.

Quatrièmement, la différence de nature existant entre le *jus standi*, d'une part, et la compétence *ratione personae*, de l'autre, s'exprime, en cours de procédure, dans les conséquences juridiques correspondant à chacune de ces notions. Le défaut de *jus standi* produit un effet automatique étant donné qu'il ne saurait, en principe, être surmonté au cours d'une procédure devant la Cour, alors que le défaut de compétence *ratione personae* peut, quant à lui, l'être puisque les parties peuvent

or perfect it — for instance, by express agreement or by *forum prorogatum*.

As a consequence, in contrast to a lack of *jus standi*, the absence of jurisdiction *ratione personae* does not preclude valid seisin of the Court.

*Quinto*, the competence or special jurisdiction in the particular case of the International Court of Justice, as a semi-open court of law with jurisdiction based on consent of the parties to a dispute, implies twofold consent by States:

- (a) consent that the Court is “an organ instituted for the purpose *jus dicere*” (*Corfu Channel, Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, dissenting opinion of Judge Daxner, p. 39). This consent is expressed indirectly, through membership of the United Nations, or directly, in the case of a non-Member of the United Nations either by adhering to the Statute of the Court or by accepting the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1946), as a preliminary condition; and
- (b) consent that the Court is competent to deal with the particular dispute or type of dispute which is given through relevant jurisdictional bases under Article 36 of the Statute, as a substantive but qualified condition.

As the Court stated in the *Nottebohm* case: “under the system of the Statute the seisin of the Court by means of an Application is not *ipso facto* open to all States parties to the Statute, it is only open to the extent defined in the applicable Declarations” (*Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 122). The principle was further elaborated by the Court in the *Legality of the Use of Force* case:

“Whereas the Court, under its Statute, *does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States to whom access to the Court has been granted . . .* whereas the Court can therefore exercise jurisdiction only between States parties to a dispute *who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court*, either in general form or for the individual dispute concerned.” (*Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, pp. 549-550, para. 20; emphasis added.)

36. In the application of the two autonomous rules — jurisdiction *ratione personae* and *jus standi* — with their own objects and effects, the latter possesses logical and normative priority. *Jus standi*, as an expression of the right to judicial protection is antecedent in nature, is a preliminary question which “should be taken in *advance* of any question of

conférer compétence à la Cour lors de la procédure ou parfaire celle-ci (par exemple par un accord exprès ou par *forum prorogatum*).

Dès lors, le défaut de compétence *ratione personae*, contrairement au défaut de *jus standi*, ne fait pas obstacle à la validité de la saisine de la Cour.

Cinquièmement, la compétence ou compétence spéciale en une affaire donnée de la Cour internationale de Justice, en tant que juridiction semi-ouverte dotée d'une compétence fondée sur le consentement des parties à un différend, implique un consentement double de la part des Etats. Ceux-ci

- a) consentent à reconnaître la Cour en tant qu'«organe institué pour «dire le droit»» (affaire du *Détroit de Corfou*, *exception préliminaire*, arrêt, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, opinion dissidente du juge Daxner, p. 39). Ce consentement est exprimé de manière indirecte, par l'adhésion aux Nations Unies en tant qu'Etat Membre, ou directe, pour ce qui concerne les Etats non membres des Nations Unies, soit par l'adhésion au Statut de la Cour, soit par l'acceptation de la juridiction générale de la Cour conformément à la résolution 9 (1946) du Conseil de sécurité, comme condition préalable; et
- b) consentent à reconnaître que la Cour est compétente pour connaître d'un différend particulier ou d'un type de différend donné et ce, sur le fondement des bases de compétence pertinentes de l'article 36 du Statut, comme condition de fond éventuellement assortie de réserves.

Comme la Cour l'a dit dans l'affaire *Nottebohm*: «la saisine de la Cour par voie de requête, dans le système du Statut, n'est pas ouverte de plein droit à tout Etat partie au Statut, elle n'est ouverte que dans la mesure définie par les déclarations applicables» (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *exception préliminaire*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 122). Elle a ensuite développé ce principe dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* comme suit:

«Considérant qu'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 ...* que 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.» (*Mesures conservatoires*, *ordonnance du 2 juin 1999*, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 549-550, par. 20; les italiques sont de moi.)

36. Dans l'application des deux règles autonomes que sont la compétence *ratione personae* et le *jus standi* — chacune ayant son objet et ses effets propres —, la seconde a une priorité logique et normative. Le *jus standi*, parce qu'il exprime le droit à la protection judiciaire, revêt un caractère préalable et constitue une question préliminaire qui doit être

competence” (*Northern Cameroons (Cameroons v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1963*, separate opinion of Sir G. Fitzmaurice, p. 105; emphasis in the original). For

“The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 1030, para. 45.)

#### 4. Assessment of the Respondent’s *jus standi* by the majority

37. The majority assessment of the Respondent’s *jus standi* is somewhat confused and significantly self-contradictory, mostly because it seeks to reconcile the irreconcilable.

As regards the nature of *jus standi*, i.e., whether or not it is an autonomous processual requirement, the position of the majority is that it “may be regarded as an issue prior to that of jurisdiction *ratione personae*, or as one constitutive element within the concept of jurisdiction *ratione personae*” (Judgment, para. 102).

The finding could be considered correct if it related to the terminology used in relation to these two notions, but not in the present context.

If, as pointed out, *jus standi*, in contrast to jurisdictional issues, “is not a matter of the consent of the parties” (*ibid.*), then obviously the latter understanding does not apply. Like any other processual requirement, *jus standi* cannot simultaneously be based on the consent of the parties and on the requirements of the Statute, which is not a matter of consent, as stated in the Judgment in the *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)* (Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 295, para. 36) to which reference is made.

After all, in further reasoning the Judgment determines *jus standi* in negative terms as a distinct condition by saying that “the capacity to appear before the Court . . . was an element in the reasoning of the 1996 Judgment, which can — and indeed must — be read into the Judgment as a matter of logical construction” (Judgment, para. 135; emphasis added). If *jus standi* is indeed an element of jurisdiction *ratione personae*, then there is probably no need for any “logical construction” on the basis of which *jus standi*, although unstated, should be read into the judgment. It appears, however, that the legal situation is a different one. As the Court stated in the *South West Africa* cases:

“It is a universal and necessary, but yet almost elementary princi-

«examinée *préalablement* à toute question de compétence» (affaire du Cameroun septentrional (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, opinion individuelle de sir G. Fitzmaurice, p. 105; les italiques sont dans l'original), étant donné que

«[l]a 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.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1030, par. 45.)

4. *Appréciation, par la majorité, de la qualité pour agir du défendeur (jus standi)*

37. La manière dont la majorité analyse la qualité pour agir du défendeur est assez confuse et nettement contradictoire, principalement parce qu'elle cherche à concilier l'inconciliable.

En ce qui concerne la nature du *jus standi*, c'est-à-dire la question de savoir si celui-ci est ou non une obligation processuelle autonome, la majorité a adopté pour position que ce pouvait être «une question préalable à celle de la compétence *ratione personae*, ou ... un élément constitutif de la compétence *ratione personae*» (arrêt, par. 102).

Cette conclusion pourrait être considérée comme exacte si elle était en rapport avec la terminologie utilisée pour les deux notions en question, mais non dans le contexte dont il s'agit.

Si, comme nous l'avons indiqué, pour ce qui concerne le *jus standi*, contrairement aux questions juridictionnelles, «ce n'est pas du consentement des parties qu'il s'agit» (*ibid.*), alors il est manifeste que le second élément ne joue pas. Comme toute autre obligation processuelle, le *jus standi* ne peut pas reposer à la fois sur le consentement des parties et sur les dispositions du Statut, qui ne relèvent pas du consentement, comme cela a été précisé dans l'arrêt susmentionné rendu dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)* (*C.I.J. Recueil 2004, arrêt*, p. 295, par. 36).

Après tout, poursuivant le raisonnement, l'arrêt définit le *jus standi* de manière négative, comme une condition distincte, en disant que «la capacité de se présenter devant la Cour ... constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci» (arrêt, par. 135; les italiques sont de moi). Si le *jus standi* est effectivement un élément de la compétence *ratione personae*, il n'est alors probablement pas nécessaire de chercher la moindre «construction logique» permettant de constater dans l'arrêt sa présence, bien qu'il ne soit pas expressément mentionné. Il semble toutefois que la situation juridique soit différente. Comme la Cour l'a dit dans les affaires du *Sud-Ouest africain*:

«C'est un principe universel, nécessaire et cependant presque élé-

ple of procedural law that a distinction has to be made between . . . the right to activate a court and the right of a court to examine the merits of the claim.” (*South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 39, para. 64; *Fisheries Jurisdiction, (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, p. 53, para. 11.)

*Jus standi* can be perceived as an element of jurisdiction *ratione personae* only if in a descriptive sense or if jurisdiction *ratione personae* is understood *lato sensu* to comprise different legal concepts set out in Articles 35 and 36 of the Statute.

38. *In casu*, the relevant issue is not jurisdiction *ratione personae*, but the issue of the right of Serbia to appear before the Court. The *petitum* non-preliminary objection of Serbia is its *jus standi* and not jurisdiction *ratione personae*, and *causa petendi* is Article 35 of the Statute and not its Article 36. In that sense, the finding of the Court in *Asylum* case seems applicable. In the said case, the Court, *inter alia*, found:

“the question of the surrender of the refugee was not decided by the Judgment of November 20th. This question is new . . . There is consequently no *res judicata* upon the question of surrender.” (*I.C.J. Reports 1951*, p. 80.)

It is true that the Respondent, while invoking the lack of *jus standi* on its part, uses also the expression “jurisdiction *ratione personae*”. But, that fact can hardly be excusable for the Court because involved here is a *questio juris* which falls within the ambit of the rule of *jura novit curia*.

39. The Judgment correctly recognizes that the capacity of the Federal Republic of Yugoslavia to appear before the Court in accordance with the Statute “was unstated” in the 1996 Judgment, that is, that “[n]othing was stated in the 1996 Judgment about . . . whether it [Federal Republic of Yugoslavia] could participate in proceedings before the Court . . .” (Judgment, para. 122). The matter is clearly self-evident.

And it is self-evident not only as regards the *dispositif* of the Judgment, at that. The reasons in point of law which served as the basis for the *dispositif* of the Judgment are basically limited to the question whether the parties to the dispute could have been considered parties to the Genocide Convention (1996 Judgment, paras. 17-20), and to such related issues as automatic succession in relation to certain types of international treaties and conventions (*ibid.*, paras. 21, 23), the nature of the Genocide Convention (*ibid.*, para. 22) and the effect of non-recognition of the contractual *nexus* between parties to a multilateral treaty (*ibid.*, paras. 25, 26).

*Ergo*, the evidence appears to be incontrovertible: the Court’s Judgment of 11 July 1996 did not, either in the *dispositif* or in the principles underlying it, touch upon, let alone decide, the issue

mentaire du droit de la procédure qu'il faut distinguer entre ... le droit de saisir un tribunal et le droit du tribunal de connaître du fond de la demande.» (*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 39, par. 64; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973*, p. 53, par. 11.)

Le *jus standi* ne peut être conçu comme un élément de la compétence *ratione personae* qu'au sens descriptif ou si la compétence *ratione personae* est considérée *lato sensu* comme englobant différentes notions juridiques énoncées aux articles 35 et 36 du Statut.

38. En la présente espèce, le problème pertinent n'est pas celui de la compétence *ratione personae*, mais celui du droit de la Serbie à ester devant la Cour. L'exception non préliminaire soulevée par la Serbie a trait à son *jus standi* et non à la compétence *ratione personae*, et la *causa petendi* est l'article 35 du Statut et non son article 36. En ce sens, la conclusion énoncée par la Cour dans l'affaire du *Droit d'asile* semble devoir s'appliquer. Dans ladite affaire, la Cour a notamment dit ceci :

«l'arrêt du 20 novembre n'a pas statué sur la question de la remise du réfugié. Cette question est nouvelle... Par conséquent, il n'y a pas chose jugée en ce qui concerne la question de la remise.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 80.)

Il est exact que le défendeur, alors même qu'il invoque son défaut de *jus standi*, utilise également l'expression «compétence *ratione personae*». Mais cela peut difficilement servir d'excuse à la Cour, car se pose ici une *questio juris* qui relève de la règle *jura novit curia*.

39. L'arrêt reconnaît très justement que la capacité de la République fédérale de Yougoslavie à ester devant la Cour en vertu du Statut n'avait «donn[é] lieu à aucune observation» dans l'arrêt de 1996 et que «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de [l]a capacité de [la République fédérale de Yougoslavie] à participer à une procédure devant la Cour...» (arrêt, par. 122). La question est manifestement évidente.

Et elle n'est pas seulement évidente en ce qui concerne le dispositif de l'arrêt. Les motifs de droit sur lesquels le dispositif repose sont essentiellement limités à la question de savoir si les parties au différend auraient pu être considérées comme des parties à la convention sur le génocide (arrêt de 1996, par. 17-20). Ils sont également limités à quelques questions connexes comme la succession automatique à l'égard de certains types de traités et conventions internationaux (*ibid.*, par. 21 et 23), à la nature de la convention sur le génocide (*ibid.*, par. 22) et à la non-reconnaissance du *nexus* contractuel entre les parties à un traité multilatéral (*ibid.*, par. 25-26).

Par conséquent, les éléments de preuve paraissent irréfutables : l'arrêt de la Cour du 11 juillet 1996 n'a évoqué ni dans le dispositif ni dans les principes sur lesquels il se fonde — et a encore moins tranché — la



of the *jus standi* of the Federal Republic of Yugoslavia before the Court.

Moreover, there is no trace in other components of the 1996 Judgment — the headnote setting out the main issues discussed, the summary of the proceedings, including the parties' submissions — indicating that the Court at least considered the issue.

However, the majority has not drawn the necessary consequences from *factum proprium*. Regardless of possible differences in the perception of the *res judicata* rule as regards its nature and effects, there remain the classic intrinsic conditions for the application of the rule *in casu*. And it is obvious, on the basis of the majority view itself, that one of the elements — identity of the question at issue *eadem res* — is lacking, which automatically disqualifies the rule from application in relation to the 1996 Judgment.

40. The judgment has been construed by inference, which, combined with a peculiar perception of the *res judicata* rule, is supposed to avert the necessary consequences of the Respondent's lack of *jus standi* in the present case.

The main elements of the reasoning come down to the following:

The operative part of the 1996 Judgment saying that “on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, [the Court] has jurisdiction to decide upon the dispute”, being *res judicata*, established the jurisdiction of the Court *in casu*

“with the full weight of the Court's judicial authority. For a party to assert today that, at the date the 1996 Judgment was given, the Court had no power to give it, because one of the parties can now be seen to have been unable to come before the Court is . . . to call in question the force as *res judicata* of the operative clause of the Judgment.” (Judgment, para. 123.)

The fact that the Court has given no consideration to, let alone decided upon, the *jus standi* of the Respondent is of no significance, because it must be considered

“by necessary implication, to mean that the Court at that time perceived the Respondent as being in a position to participate in cases before the Court. On that basis, it proceeded to make a finding on jurisdiction which would have the force of *res judicata*.” (Judgment, para. 132.)

The reasoning arising by “necessary implication” continues, so that

“the express finding in the 1996 Judgment that the Court had jurisdiction in the case *ratione materiae*, . . . is a finding which is only

question de la qualité de la République fédérale de Yougoslavie à ester devant la Cour.

En outre, rien dans les autres composantes de l'arrêt de 1996 — le sommaire exposant les principales questions examinées, le résumé de la procédure, y compris les conclusions des parties — n'indique que la Cour ait ne serait-ce qu'examiné la question.

Quoi qu'il en soit, la majorité n'a pas tiré les conséquences qui s'imposent du *factum proprium*. Indépendamment des différences qui peuvent exister quant à la conception de la règle de la *res judicata* en ce qui concerne sa nature et ses effets, il faut encore compter avec les conditions intrinsèques classiques permettant l'application de la règle en la présente espèce. Et il est manifeste, d'après ce qu'estime la majorité elle-même, que l'un des éléments — l'identité de la question posée *eadem res* — fait défaut, ce qui empêche automatiquement la règle de s'appliquer à l'arrêt de 1996.

40. L'arrêt a été élaboré par déduction, ce qui, outre une conception curieuse de la règle de la *res judicata*, est supposé éviter les conséquences qui découlent nécessairement du défaut de *jus standi* du défendeur en l'espèce.

Les principaux éléments du raisonnement sont les suivants :

Revêtant l'autorité de la chose jugée, le dispositif de l'arrêt de 1996, aux termes duquel «[la Cour] a 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», a établi la compétence de la Cour en l'espèce.

«Cette compétence est donc établie avec toute l'autorité juridictionnelle de la Cour. Qu'une partie affirme aujourd'hui que, à l'époque où l'arrêt a été rendu, la Cour n'avait pas compétence pour statuer au motif qu'il apparaîtrait à présent que l'une des parties n'avait pas qualité pour se présenter devant elle revient ... à remettre en cause la force de chose jugée du dispositif de l'arrêt.» (Arrêt, par. 123.)

Le fait que la Cour n'ait pas examiné, et encore moins tranché, la question du *jus standi* du défendeur est sans importance, parce qu'il faut

«nécessairement [l']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. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence avec l'autorité de la chose jugée.» (Arrêt, par. 132.)

Le raisonnement découlant de cette «interprétation» se poursuit, de sorte que

«la conclusion expresse énoncée dans l'arrêt de 1996 selon laquelle [la Cour] avait compétence *ratione materiae* en l'espèce ... n'est

consistent, in law and logic, with the proposition that, in relation to both Parties, it had jurisdiction *ratione personae* in its comprehensive sense, that is to say, that the status of each of them was such as to comply with the provisions of the Statute concerning the capacity of States to be parties before the Court” (Judgment, para. 133).

The “necessary implication” underlying the reasoning referred to above is, in fact, an attempt to incorporate inferential judgment, or judgment by implication, into the sphere of judicial reasoning.

Given the very concept of judgment, i.e., that “[n]othing was stated in the 1996 Judgment about . . . whether it [the Federal Republic of Yugoslavia] could participate in proceedings before the Court . . .” (Judgment, para. 122), the requirements relating to the content and structure of judgments, as laid down in Article 56, paragraph 1, of the Statute and Article 95, paragraph 1, of the Rules, the underlying legal considerations and, even common sense, the interpretation of the Judgment by inference is, at the very least, *contradictio in adiecto*. In particular, in relation to the issue of *jus standi*, which can by no means be said to be dependent on, or for that matter an aspect of, the issue of jurisdiction *ratione personae* which was formally decided. It is not only a distinct and autonomous issue but also one that determines objective limits of the judicial power of the Court, legality of its actions in terms of objective international law.

41. The wording of the Judgment suggests that the reason why the Court did not consider and decide upon *jus standi* of the Respondent was the position taken in that regard by Parties to the dispute, but particularly the Respondent.

“Nothing was stated in the 1996 Judgment about . . . the question whether it [the FRY] could participate in proceedings before the Court; for . . . both Parties had chosen to refrain from asking for a decision on these matters.” (Judgment, para. 122.)

The Respondent raised seven preliminary objections, but “[n]one of these objections were however founded on a contention that the FRY was not a party to the Statute at the relevant time; that was not a contention specifically advanced in the proceedings on the preliminary objections” (Judgment, para. 106).

Owing to the nature of the issue of jurisdiction, the reason is not effective as an excuse and has no legal effect in the matter at hand.

42. In view of the fact that “the establishment or otherwise of jurisdiction is not a matter for the parties but for the Court itself” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court*, *Judgment*,

conciliable, en droit et en toute logique, qu'avec l'idée que, à l'égard des deux Parties, elle avait compétence *ratione personae* au sens large — c'est-à-dire que la situation de l'une et de l'autre était de nature à satisfaire aux conditions du Statut concernant la capacité des Etats à se présenter devant la Cour» (arrêt, par. 133).

Cette «interprétation» qui sous-tend le raisonnement exposé ci-dessus constitue en réalité une tentative visant à faire entrer une décision de logique, ou une décision obtenue par déduction, dans le domaine du raisonnement judiciaire.

Vu la notion même d'arrêt, que «[r]ien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de [l]a capacité de [la République fédérale de Yougoslavie] à participer à une procédure devant la Cour...» (arrêt, par. 122), et compte tenu des dispositions relatives au contenu et à la structure des arrêts, qui sont énoncées au paragraphe 1 de l'article 56 du Statut et au paragraphe 1 de l'article 95 du Règlement, les considérations juridiques sous-jacentes, voire le simple bon sens, l'interprétation de l'arrêt par la seule logique est, à tout le moins, *contradictio in adiecto*. Cela vaut en particulier pour ce qui concerne la question du *jus standi* dont on ne peut en aucun cas dire qu'elle est tributaire de la question de la compétence *ratione personae* — laquelle a été formellement tranchée — ou bien qu'elle en est un simple aspect. Ce n'est pas seulement une question distincte et autonome, c'est aussi une question qui détermine les limites objectives du pouvoir judiciaire de la Cour, c'est-à-dire la légalité de ses actes sur le plan du droit international objectif.

41. Le libellé de l'arrêt donne à penser que la raison pour laquelle la Cour n'a pas examiné et n'a pas tranché la question du *jus standi* du défendeur tenait à la position adoptée à ce sujet par les parties au différend, et tout particulièrement le défendeur.

«Rien n'était dit dans l'arrêt de 1996 sur ... la question de la capacité [de la RFY] à participer à une procédure devant la Cour; ... les deux Parties s'étaient abstenues de solliciter une décision sur ces questions.» (Arrêt, par. 122.)

Le défendeur a soulevé sept exceptions préliminaires, mais «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).

Etant donné la nature de la question de la compétence, la raison invoquée n'est pas une excuse valable et n'a pas d'effet juridique à l'égard de la question dont il s'agit.

42. Etant donné qu'«établir ou ne pas établir sa compétence n'est pas une question qui relève des parties; elle est du ressort de la Cour elle-même» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, com-

*I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37; also, separate opinion of President McNair in the jurisdiction phase of the case concerning *Anglo-Iranian Oil Co.*, in which he stated that “[a]n international tribunal cannot regard a question of jurisdiction solely as a question *inter partes*” (*Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 116)), the dispute between the parties as to the jurisdiction in the preliminary objection phase is not a necessary condition for the Court to address the issue of jurisdiction and, *a fortiori*, the issue of *ius standi*.

Preliminary objections raised by a party are only a tool, a procedurally designed weapon for the establishment of the jurisdiction of the Court, *suo nomine et suo vigore*, for it is under an obligation to do so *ex officio*. The legal significance of proceedings on preliminary objections was defined by the Court in the case concerning *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)* (hereinafter referred to as “*Minority Schools*” as follows:

“the raising of an objection by one Party *merely draws the attention of the Court to an objection to the jurisdiction which it must ex officio consider*” (*Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 23; emphasis added).

Or, as stated by the Court in the *Genocide Convention* case:

“[t]he Court must, in each case submitted to it, verify whether it has jurisdiction to deal with the case, . . . [s]uch objections as are raised by the Respondent may *be useful to clarify the legal situation*” (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 622, para. 46; emphasis added).

Accordingly, the establishment by the Court of its jurisdiction *in casu* is not necessarily linked with the dispute as to jurisdiction. If the Court is under a duty to verify its jurisdiction in each specific case whether or not there is a preliminary objection as such, then the pleadings of the parties in the proceedings are not *a fortiori* of decisive importance in that respect. If, as Shabtai Rosenne, commenting on the case concerning *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (hereinafter referred to as “*Monetary Gold*”) says:

“[t]he fact that an objection is made does not mean — in the eyes of the Court — that the Court is being asked not to determine the merits of the claim under any circumstances”<sup>22</sup>,

<sup>22</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3rd ed., Vol. II, *Jurisdiction*, 1997, p. 863.

*pétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37; voir également l'opinion individuelle de sir Arnold McNair dans la phase juridictionnelle de l'affaire relative à l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, dans laquelle il a déclaré qu'«[u]n tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question *inter partes*» (*exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 116)), l'existence d'un désaccord entre les parties quant à la compétence au stade des exceptions préliminaires n'est pas une condition nécessaire pour que la Cour examine la question de sa compétence et, à fortiori, celle du *jus standi*.

Les exceptions préliminaires soulevées par une partie ne sont qu'un outil, un moyen conçu sur le plan procédural pour l'établissement de la compétence de la Cour *suo nomine et suo vigore*, car la Cour a l'obligation d'établir cette compétence *ex officio*. Le rôle juridique des procédures sur les exceptions préliminaires a été définie par la Cour dans l'affaire relative aux *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (ci-après dénommée «*Ecoles minoritaires*»):

«l'exception de la Partie ne fait qu'attirer l'attention du tribunal sur une objection à la compétence qu'il doit examiner d'office» (*Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15, p. 23; les italiques sont de moi).

Ou bien, comme la Cour l'a dit dans l'affaire de la *Convention sur le génocide*:

«[L]a Cour doit, dans chaque instance introduite devant elle, vérifier si elle a compétence pour connaître de l'affaire et ... [les] exceptions éventuellement soulevées par la partie défenderesse peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique» (*exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46; les italiques sont de moi).

Par conséquent, le fait que la Cour établisse sa compétence en l'espèce n'est pas nécessairement lié au désaccord quant à sa compétence. Si la Cour a l'obligation de vérifier qu'elle est bien compétente dans chaque affaire dont elle connaît, qu'une exception préliminaire soit ou non soulevée à cet égard, les exposés des parties lors de la procédure n'ont pas, à fortiori, une importance déterminante relativement à cette question. Si, comme le précise Shabtai Rosenne dans un commentaire sur l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943* (ci-après dénommée «*affaire de l'Or monétaire*»)

«le fait qu'une exception soit soulevée ne veut pas dire — aux yeux de la Cour — qu'elle est priée de s'abstenir de statuer sur le fond de la demande quelles que soient les circonstances»<sup>22</sup>,

<sup>22</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3<sup>e</sup> éd., vol. II, *Jurisdiction*, 1997, p. 863.

then the contrary is equally valid, i.e., that the Court is being asked not to determine the merits of the claim if an objection to the preliminary objection is not made. Extensive practice of the Court to this effect has been established.

The Court's *dictum* in the case concerning the *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council* (hereinafter referred to as "*ICAO Council*") may be taken as a synthesis of that practice: "[t]he Court must however always be satisfied that it has jurisdiction, and must if necessary go into that matter *proprio motu*" (*Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13).

This is also reflected in the opinions of judges. In the case concerning *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judge Moore in his dissenting opinion stated that "even though the Parties be silent, the tribunal, if it finds that competence is lacking, is bound of its own motion to dismiss the case" (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 58); in the *Minority Schools* case, Judge Huber in his dissenting opinion found that the Court "must *ex officio* ascertain on what legal foundation it is to base its judgment upon the claims of the Parties" (*Judgment No. 12, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 15*, p. 54); and in the case concerning the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judge Kellogg pointed out in his observations attached to the Order of 6 December 1930 that it was not necessary that the question of jurisdiction be raised by one of the parties, since "[i]t may and should be raised by the Court on its own initiative, as was done in the Eastern Carelia case" (*Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 43).

43. As a *questio juris*<sup>23</sup>, the jurisdiction of the Court is within the scope of the principle *jura novit curia*. In the case concerning *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (hereinafter referred to as "*River Oder*") it was not until the oral proceedings that the Polish Government contended that the Barcelona Convention had not been ratified by Poland. The six Respondents asked the Court to reject the Polish contention *a limine*, for having been submitted at such an advanced stage of the proceedings. The Court dismissed the objection as untenable for "[t]he fact that Poland has not ratified the Barcelona Convention not being contested, it is evident that the

<sup>23</sup> "The existence of jurisdiction of the Court in a given case is ... not a question of fact, but a question of law to be resolved in the light of the relevant facts." (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 76, para. 16.) The question of the Court's jurisdiction is

"necessarily an antecedent and independent one — an objective question of law — which cannot be governed by preclusive considerations capable of being so expressed as to tell against either Party — or both Parties" (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 54, para. 16 (c)).

dans ce cas, le contraire est également vrai, c'est-à-dire que la Cour est priée de ne pas statuer sur le fond de la demande si aucune exception à l'exception préliminaire n'est soulevée. La pratique de la Cour est abondante à cet égard.

Le prononcé de la Cour en l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (ci-après dénommée «affaire du Conseil de l'OACI») peut être considéré comme une synthèse de cette pratique: «[l]a Cour n'en doit pas moins toujours s'assurer de sa compétence et elle doit, s'il y a lieu, l'examiner d'office» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13).

Les opinions des juges confortent également cette pratique. Dans l'affaire relative aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, le juge Moore a, dans son opinion dissidente, déclaré que, «même dans le silence des Parties, le tribunal est tenu de se dessaisir d'office s'il estime qu'il y a défaut de compétence» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*, p. 58); dans l'affaire des *Ecoles minoritaires*, le juge Huber a, dans son opinion dissidente, dit que la Cour «recherchera d'office quelle sera sa base juridique pour se prononcer sur les demandes des Parties» (*arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I. série A n° 15*, p. 54); et dans l'affaire relative aux *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, le juge Kellogg a indiqué, dans les observations qu'il a jointes à l'ordonnance du 6 décembre 1930, qu'il n'était pas indispensable que la question de la compétence soit soulevée par l'une des parties, car «[e]lle peut et devrait être soulevée par la Cour de sa propre initiative, ainsi qu'elle l'a fait dans l'affaire de la Carélie orientale» (*ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 43).

43. En tant que *questio juris*<sup>23</sup>, la compétence de la Cour s'inscrit dans le cadre du principe *jura novit curia*. Dans l'affaire de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (ci-après dénommée «affaire de l'Oder»), ce ne fut que lors de la procédure orale que le Gouvernement polonais prit pour thèse que la convention de Barcelone n'avait pas été ratifiée par la Pologne. Les six défendeurs ont prié la Cour d'écarter *in limine* la thèse polonaise, au motif qu'elle avait été présentée à un stade très avancé de la procédure. La Cour a rejeté l'exception qu'elle a jugée non valable parce que «[l]e fait que la Pologne n'a pas ratifié la Convention de Barcelone n'étant pas contesté,

<sup>23</sup> «L'existence de la compétence de la Cour dans un cas particulier n'est... pas une question de fait, mais une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits pertinents.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, *arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 76, par. 16.) La question de la compétence de la Cour est

«une question nécessairement préalable et indépendante, c'est-à-dire une question de droit objective, qui ne saurait être régie par des considérations de forclusion pouvant être formulées de façon à jouer contre l'une des Parties ou contre les deux» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 54, par. 16 c)).



*matter is purely one of law such as the Court . . . should examine ex officio*” (Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 19).

Being bound by law, the Court is not bound by the arguments of the parties. This follows clearly from the principle *jura novit curia* addressed by the Court in its Judgments in the cases concerning *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*:

“The Court . . . as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, *as in any other case*, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute . . . for the law lies within the judicial knowledge of the Court.” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 9, para. 17; *ibid.*, p. 181, para. 18; emphasis added.)

The principle has also been confirmed in the *Nicaragua* case by a *dictum*:

“[f]or the purpose of deciding whether the claim is well founded in law, the principle *jura novit curia* signifies that the Court is not solely dependent on the argument of the parties before it with respect to the applicable law” (*Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 24, para. 29; cf. “*Lotus*”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 31).

Consequently, the rule according to which a party seeking to assert a fact must bear the burden of proving it “has no relevance for the establishment of the Court’s jurisdiction” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 450, para. 37).

44. Accordingly, in these circumstances, in its 1996 Judgment the Court proceeded from the “assumption” that the FRY possessed the right to appear before the Court in accordance with the Statute (Judgment, para. 135).

That assumption “was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can — and indeed must — be read into the judgment as a matter of logical construction” (*ibid.*). It does not, however, follow that “that element is not one which can at any time be reopened and re-examined . . .” (*ibid.*).

The reasoning seems to fail to take into account the differences between legal assumptions (*praesumptio juris*) and judicial (*praesumptio facti vel homine*), into which category the “assumption” regarding the Federal Republic of Yugoslavia’s *jus standi* before the Court actually falls.

*il est évident qu'il s'agit d'une pure question de droit que la Cour pourrait et devrait examiner même d'office» (arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23, p. 19).*

La Cour est liée par le droit, mais elle ne l'est pas par les arguments des parties. Cela résulte clairement du principe *jura novit curia* qu'elle a rappelé dans les arrêts qu'elle a rendus dans les affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et à la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*:

«La Cour, en tant qu'organe judiciaire international, n'en est pas moins censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut *comme dans toute autre*, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend ... car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.» (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 9, par. 17; *ibid.*, p. 181, par. 18; les italiques sont de moi.)

Le principe a également été confirmé dans l'affaire du *Nicaragua* par le prononcé suivant:

«[L]e principe *jura novit curia* signifie que, pour décider que les conclusions sont fondées en droit, la Cour ne doit pas s'appuyer uniquement sur les exposés des parties relativement au droit applicable» (*fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 24, par. 29; voir l'affaire du *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 31).

Par conséquent, la règle selon laquelle c'est à la partie qui cherche à affirmer un fait qu'incombe la charge de la preuve «est sans pertinence aux fins d'établir la compétence de la Cour» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 450, par. 37).

44. Dans son arrêt de 1996, la Cour est partie du «postulat» que la RFY avait la capacité de se présenter devant elle en vertu du Statut (arrêt, par. 135).

Ce postulat «était un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci» (*ibid.*). Mais cet «élément ne saurait à tout moment être remis en question et réexaminé» (*ibid.*).

Ce raisonnement semble omettre de prendre en considération la distinction qui existe entre présomption juridique (*praesumptio juris*) et présomption judiciaire (*praesumptio facti vel homine*), catégorie dans laquelle entre en réalité le «postulat» relatif au *jus standi* de la République fédérale de Yougoslavie devant la Cour.

Judicial presumption, along with legal presumption<sup>24</sup>, is one of the main sorts of presumption in international law.

It means that a certain fact or state of affairs, even though it has not been proved, is taken by an international tribunal as truthful. As such it does not necessarily coincide with, or is not equivalent to, the fact or the state of affairs.

Considerations of a practical nature prevail in the rationale for the use of judicial presumption.

Judicial presumption is a tool used to preclude a long wait in discovering the full facts and exact situation on which depends the existence, content or cessation of the right where such protracted periods would have adverse consequences for the parties concerned or would impede the due course of legal proceedings.

45. As a sort of presumption, a judicial presumption has some specific features differentiating it from a legal presumption (*praesumptio juris*).

Two principal features of judicial presumption should be mentioned in this regard.

*Primo*, judicial presumption is, as a rule, a natural, factual presumption (*praesumptio facti vel homine*) having no basis in the particular rules that constitute the law of the international tribunal or the law it is applying. It is an inherent element of the legal reasoning of the international tribunal in interpreting and applying the rules of law.

---

<sup>24</sup> Better known than judicial presumptions, legal presumptions (*praesumptio juris*) are widely applied in international law. International tribunals are used to resorting to proof by inferences of fact (*présomption de fait*) or circumstantial evidence (*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18). For legal presumption in the practice of the Inter-American Court of Human Rights, see T. Buergenthal, R. Norris and D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2nd ed., 1986, pp. 130-132 and pp. 139-144.

The practice of international courts abounds in presumptions based on general principles of international law, whether positive such as presumptions of good faith (*exempli causa, Mavrommatis Jerusalem Concessions, Judgment No. 5, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 5*, p. 43) or negative such as presumptions of abuse of right (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 30; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24*, p. 12; *Corfu Channel, Merits, Judgment, 1949, I.C.J. Reports 1949*, p. 119; dissenting opinion of Judge Ecer). They possess special weight in the interpretation of treaties since the function of treaty interpretation is to discover "what was, or what may reasonably be presumed to have been, the intention of the parties to a treaty when they concluded it" (Harvard Law School, *Research in International Law, Part III, Law of Treaties*, Art. 19, p. 940; emphasis added).

La présomption judiciaire, tout comme la présomption juridique<sup>24</sup>, est l'un des principaux types de présomptions en droit international.

Elle signifie qu'un fait donné ou un état de fait, alors même qu'il n'a pas été prouvé, est considéré comme véridique par une instance internationale. En tant que tel, il ne coïncide pas nécessairement au fait réel ou à la situation de fait ou n'en est pas nécessairement l'équivalent.

Des considérations d'ordre pratique président au recours à la présomption judiciaire.

En effet, cette dernière permet de ne pas attendre trop longtemps l'entier établissement des faits et de la situation précise dont dépendent l'existence, le contenu ou la cessation d'un droit, lorsque l'écoulement d'un laps de temps trop important aurait des conséquences négatives pour les parties concernées ou ferait obstacle au bon déroulement de la procédure.

45. En tant que type de présomption, la présomption judiciaire présente certaines caractéristiques particulières qui la différencient de la présomption juridique (*praesumptio juris*).

Il convient de mentionner à cet égard deux caractéristiques principales de la présomption judiciaire :

En premier lieu, la présomption judiciaire est, en principe, une présomption naturelle et factuelle (*praesumptio facti vel homine*) qui n'est pas fondée sur les règles particulières qui constituent le droit de la juridiction internationale saisie ni le droit qu'elle applique. C'est un élément inhérent au raisonnement juridique qu'applique la juridiction internationale pour interpréter et appliquer les règles de droit.

<sup>24</sup> Mieux connues que les présomptions judiciaires, les présomptions juridiques (*praesumptio juris*) sont abondamment appliquées en droit international. Les juridictions internationales ont l'habitude de recourir à la preuve par déduction de fait (*présomption de fait*) ou aux preuves indirectes (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18). En ce qui concerne la présomption juridique dans la pratique de la Cour inter-américaine des droits de l'homme, voir T. Buergenthal, R. Norris et D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 130-132 et p. 139-144.

La pratique des juridictions internationales abonde en présomptions fondées sur les principes généraux du droit international, qui peuvent être des présomptions de bonne foi (voir, par exemple, l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5*, p. 43) ou des présomptions négatives telles des présomptions d'abus de droit (*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I. série A n° 7*, p. 30; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 12; *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 119: opinion dissidente du juge Ecker). Ces présomptions possèdent un poids spécial dans l'interprétation des traités puisque celle-ci a pour rôle de découvrir « ce qui fut l'intention ou ce que l'on peut raisonnablement présumer avoir été l'intention des parties à un traité quand elles l'ont conclu » (Harvard Law School, *Research in International Law*, partie III, « Le droit des traités », art. 19, p. 940; les italiques sont de moi).

*Secundo*, in contrast to legal presumptions which can be irrefutable (*praesumptio juris et de jure*), judicial presumptions as natural or factual ones are, by definition, refutable. Their refutability is, however, specific in nature.

Given that it is a part of the reasoning of the international tribunal, a judicial presumption cannot be refutable in the same way that a legal presumption can be. A judicial presumption, as such, is in fact capable of being abandoned or replaced by the international tribunal.

In its legal reasoning the international tribunal abandons it, or replaces it, by another presumption or established fact. In the strict sense, only those findings or decisions of the international tribunal that are based on legal presumptions are refutable. However, judicial presumptions lose the *ratio* of their existence when the international tribunal identifies the controversial matter in controversy which constitutes its object. They then fall away by themselves because they are deprived of their subject. But even then it is the duty of the international tribunal to refute, in the proper proceedings, its own finding or decision based on presumption.

Also, in contrast to a legal presumption, a judicial presumption is not, and by its effects cannot be equated with, a judicial finding of the Court, being its factual substitute. Hence, it cannot be considered that, by relying on that particular presumption, the Court has taken a decision on the Respondent's *jus standi*. Rather, the Court has done so factually as an element of its reasoning.

46. The *rationale* of judicial presumptions is provisionally to substitute for proven facts or circumstances in order to avert delay in identifying the exact facts and situations where such delay is likely to have adverse consequences for the parties to a dispute or to impede the due course of legal proceedings.

However, after the true facts and circumstances have been established, judicial presumptions should be abandoned and replaced by proven facts. *A contrario*, if a court of law stands by legal presumptions in preference to proven facts, it maintains a judicial fiction, its own truth, in the face of facts and situations in terms of law.

The Court is doing exactly this by clinging to the assumption about the Respondent's *jus standi*, and the inextricably related issue of the Respondent's membership in the United Nations in the period 1992-2000.

En second lieu, contrairement aux présomptions juridiques qui peuvent être irréfutables (*praesumptio juris et de jure*), les présomptions judiciaires, qui sont naturelles ou factuelles, sont par définition réfutables. Leur caractère réfutable est toutefois d'une nature particulière.

Étant donné qu'elle fait partie du raisonnement de la juridiction internationale, la présomption judiciaire ne saurait être réfutable de la même façon qu'une présomption juridique. Une présomption judiciaire est, en tant que telle, en réalité susceptible d'être abandonnée ou remplacée par la juridiction internationale.

Dans son raisonnement juridique, l'instance internationale abandonne la présomption ou la remplace par une autre présomption ou par un fait établi. *Stricto sensu*, seules les conclusions ou décisions de la juridiction internationale qui sont fondées sur des présomptions juridiques sont réfutables. Toutefois, les présomptions judiciaires perdent le fondement de leur existence lorsque la juridiction internationale identifie le point en litige qui constitue l'objet de ladite présomption. Ces présomptions s'excluent d'elles-mêmes parce qu'elles sont privées de leur objet. Mais alors toutefois, il incombe à la juridiction internationale de réformer, suivant la procédure voulue, sa propre conclusion ou décision fondée sur ladite présomption.

En outre, par opposition à une présomption juridique, une présomption judiciaire n'est pas une conclusion judiciaire de la Cour — et ne saurait en être l'équivalent par ses effets — car elle est son substitut factuel. Par suite, on ne peut pas considérer que, en se fondant sur cette présomption particulière, la Cour a pris une décision quant à la question du *jus standi* du défendeur. La Cour l'a fait *de facto*, en formulant un élément de son raisonnement.

46. La raison d'être des présomptions judiciaires est de remplacer provisoirement des faits ou des circonstances prouvés afin d'éviter de différer l'identification de faits et de situations exacts quand une telle attente risque d'avoir des conséquences néfastes pour les parties à un différend ou d'empêcher le bon déroulement de la procédure.

Néanmoins, une fois les faits et les circonstances réels établis, il faut renoncer aux présomptions judiciaires et les remplacer par des faits prouvés. *A contrario*, si une juridiction s'en tient à des présomptions juridiques de préférence à des faits dûment prouvés, elle entretient une fiction judiciaire, sa propre vérité, face à des faits et des situations relevant du droit.

C'est exactement ce que fait la Cour en conservant son postulat relatif au *jus standi* du défendeur et à la question qui lui est inextricablement liée, à savoir celle de la qualité d'Etat Membre des Nations Unies du défendeur pendant la période allant de 1992 à 2000.

5. *The effects of the 2004 Judgment*

47. The question of the Respondent's United Nations membership as determinative in regard to its *jus standi* before the Court, in the circumstances surrounding the issue, seems, considering its being of a status nature, to have been solved by the Court's Judgment in the *Legality of Use of Force* cases in 2004. Also, the majority holds the view that the FRY was admitted to the United Nations "as a new member in 2000" (Judgment, para. 109). However, the Court has not drawn from that fact, a fact of decisive jurisdictional significance *in casu*, necessary consequences regarding the *jus standi* of the Respondent. The reason for this has been found in the recognition of the Parties that these Judgments "do not constitute *res judicata* for the purposes of the present proceedings" (Judgment, para. 84). Two observations may be made in respect of this determination of the effects of the 2004 Judgments. *Primo*, the question of the effects of the Court's judgments is a *questio juris* and, as such, within the ambit of the principle of *jura novit curia* signifying that the Court is not dependent on the agreement of the parties with respect to the applicable law. *Secundo*, the effects of a judgment are not fully exhausted by the rule of *res judicata*.

48. It is hardly necessary to say that the Court's Judgment of 15 December 2004 in the *Legality of Use of Force* cases does not produce the effects of *res judicata* in the present case, given that one of the intrinsic elements of the *res judicata* rule — *eadem personae* — is lacking. Bosnia and Herzegovina was not a party in the *Legality of Use of Force* cases. Consequently, it is not bound by the Court's decision in those cases *qua* decision.

49. That is one point. The material effects of the 2004 Judgment on the case at hand are another. It is clearly established in the jurisprudence of the Court that the material effects of a decision of the Court are not necessarily limited to the case decided and therefore may, depending on circumstances, occasionally extend beyond it.

In the *Aegean Sea* case the Court stated *inter alia*:

"Although under Article 59 of the Statute 'the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case', it is evident that any pronouncement of the Court as to the status of the 1928 [General Act for the Pacific Settlement of International Disputes], whether it were found to be a convention in force or to be no longer in force, may have implications in relations between States other than Greece and Turkey [Parties to the present proceedings]." (*I.C.J. Reports 1978*, pp. 17-18, para. 39; emphasis added.)

5. *Les effets de l'arrêt de 2004*

47. La question de savoir si le défendeur était un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies, laquelle est déterminante en ce qui concerne sa qualité à ester devant la Cour dans les circonstances de la question à résoudre — étant donné que cette question porte sur un statut —, semble avoir été tranchée par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*. Par ailleurs, la majorité estime que la RFY a été admise à l'Organisation des Nations Unies en tant que «nouveau Membre en 2000» (*arrêt*, par. 109). Mais la Cour n'a pas tiré de ce fait, qui revêt une importance juridictionnelle déterminante en la présente espèce, les conséquences qui s'imposent en ce qui concerne le *jus standi* du défendeur. Cela tient au fait que les Parties reconnaissent que ces arrêts «n'ont pas force de chose jugée aux fins de la présente instance» (*arrêt*, par. 84). Il y a lieu de formuler deux observations en ce qui concerne cette interprétation des effets des arrêts de 2004. En premier lieu, la question des effets des arrêts de la Cour est une *questio juris* et, en tant que telle, entre dans le champ du principe *jura novit curia*, ce qui signifie que la Cour n'est pas tributaire de l'accord des parties en ce qui concerne le droit applicable. En second lieu, les effets d'un arrêt ne sont pas pleinement épuisés par la règle de la *res judicata*.

48. Point n'est réellement besoin de dire que l'arrêt rendu par la Cour le 15 décembre 2004 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* ne produit pas les effets de la *res judicata* en la présente instance, car l'un des éléments intrinsèques de cette règle — *eadem personae* — fait défaut. La Bosnie-Herzégovine n'était pas partie aux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, de sorte qu'elle n'est pas liée par la décision de la Cour dans lesdites affaires.

49. Voilà pour un premier point. Les effets substantiels de l'arrêt de 2004 sur la présente espèce en constituent un autre. Il est clairement établi dans la jurisprudence de la Cour que les effets substantiels de ses décisions ne sont pas nécessairement limités à l'espèce tranchée et peuvent par conséquent, selon les circonstances, avoir à l'occasion une portée plus large.

Dans l'affaire de la *Mer Egée*, la Cour a notamment dit :

« Bien qu'en vertu de l'article 59 du Statut «la décision de la Cour [ne soit] obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé», il est évident que *tout prononcé sur la situation de l'Acte de 1928 [Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux]*, par lequel la Cour déclarerait que celui-ci est ou n'est plus une convention en vigueur *pourrait influencer les relations d'Etats autres que la Grèce et la Turquie* [les Parties à la présente instance]. » (*Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, *arrêt*, C.I.J. Recueil 1978, p. 17-18, par. 39; les italiques sont de moi.)



A narrow interpretation of Article 59 simply does not fit into the corpus of the Court's law<sup>25</sup>.

50. Accordingly, the real question *in concreto* is not whether there are material effects of the 2004 Judgment on the case at hand, but “whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, para. 28), or to treat the 2004 Judgment “as a statement of what the Court regarded as the correct legal position” (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1961*, p. 27) in the matter.

51. It appears not only that such cause does not exist, but that there are moreover several reasons why the Court should follow its earlier reasoning, which inevitably leads to the conclusions adapted by the Court in its 2004 Judgment.

First of all, the relevant issue — was the Respondent a member of the United Nations at the material point in time and, as such, a party to the Statute of the Court — in the identical form, followed by identical legal consequences, is posed in both cases. The *locus standi* of Serbia and Montenegro in the present proceedings is, exactly as in the *Legality of Use of Force* cases, inextricably linked with membership in the United Nations, owing to the fact that Serbia and Montenegro could not be considered to be a party to the Statute on any basis other than membership in the United Nations, the fact that its *locus standi* cannot be based on the conditions set forth in Article 35, paragraph 2, of the Statute. As a rule, a given factual state and legal status occurring in two different cases demands equal treatment under

---

<sup>25</sup> “If it is true that a Judgment of the Court is clothed with authority of *res judicata* only in the case which has been decided, that would mean that if the *lis* concerns the interpretation of a clause of a treaty, the interpretation given could be used again in arguments in any future *lis* concerning the same clause of a treaty. Such a result would not only be absurd; it would put Article 59 in irreconcilable contradiction with the last sentence of Article 63 of the same Statute, which provides that when a third state intervenes in a case in which there is in question the construction of a multilateral convention to which it and the States concerned in the case are parties, the construction given by the Court will be equally binding on that state.” (*Lighthouses Arbitration (France v. Greece)*, *Permanent Court of Arbitration*, 23 ILR 81 at 86 (1956).)

Also, Judge Oda in his separate opinion in the *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *Application for Permission to Intervene*, *I.C.J. Reports 1981*, p. 30, para. 14; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *I.C.J. Reports 1984*, dissenting opinion of Judge Jennings, pp. 157-160; *ibid.*, dissenting opinion of Vice-President Sette-Camara, p. 87, para. 81; *ibid.*, dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 134, paras. 9-10).

Une interprétation restrictive de l'article 59 du Statut n'a tout simplement pas sa place dans la jurisprudence de la Cour<sup>25</sup>.

50. En conséquence, la vraie question qui se pose concrètement n'est pas de savoir si l'arrêt de 2004 a des effets concrets en la présente affaire, mais de savoir «si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, par. 28), ou bien s'il faut considérer l'arrêt de 2004 «comme un énoncé de ce que la Cour a jugé être la situation juridique exacte» (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 27).

51. On constate non seulement qu'il n'y a aucune raison de le faire, mais encore qu'il existe plusieurs raisons pour lesquelles la Cour doit suivre le raisonnement adopté précédemment, ce qui la conduit inévitablement aux conclusions qu'elle a adoptées dans son arrêt de 2004.

Tout d'abord, la question pertinente — le défendeur était-il un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies à l'époque pertinente et, en tant que tel, partie au Statut de la Cour — se pose dans les deux affaires de manière identique et produit des conséquences juridiques identiques. Le *locus standi* de la Serbie-et-Monténégro en la présente instance est, exactement comme dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, inextricablement lié à sa qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, étant donné que la Serbie-et-Monténégro ne pouvait être considérée comme partie au Statut sur un autre fondement que celui d'Etat Membre de l'Organisation, dès lors que son *locus standi* ne pouvait être fondé sur le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut. En règle générale, quand un même état de fait et un même

<sup>25</sup> «S'il était vrai qu'un arrêt de la Cour n'est revêtu de l'autorité de la chose jugée que dans le seul cas qui a été décidé, cela signifierait que, si le «cas» concerne l'interprétation d'une clause de traité, l'interprétation donnée pourrait être remise en discussion dans des «cas» futurs ayant trait à la même clause de traité. Un tel résultat ne serait pas seulement absurde, mais mettrait l'article 59 en contradiction inconciliable avec la phrase finale de l'article 63 du même Statut déclarant que, lorsqu'un Etat tiers intervient à un procès dans lequel il s'agit de l'interprétation d'une convention multilatérale à laquelle il est partie ensemble avec les Etats litigants, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard. La *res judicata* s'étend, par conséquent, hors des limites strictes du cas décidé. Y a-t-il vraiment dans l'arrêt de 1937 des éléments qui soient également décisifs pour la réclamation actuelle? Le Tribunal ne le croit pas.» (*Arbitrage entre la France et la Grèce, Cour permanente d'arbitrage*, 23 ILR 81 p. 86 (1956).)

Voir également le juge Oda dans son opinion individuelle dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1981*, p. 30, par. 14; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, opinion dissidente du juge Jennings, p. 157-160; *ibid.*, opinion dissidente du vice-président Sette-Camara, p. 87, par. 81; *ibid.*, opinion dissidente du juge Schwebel, p. 134, par. 9-10).

the principles of consistency of judicial reasoning and equality before the Court.

Furthermore, the Court, by finding that “at the time of filing of its Application to institute . . . proceedings before the Court on 29 April 1999, the Applicant in the present case, Serbia and Montenegro, was not a Member of the United Nations” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 1195, para. 90), basically took judicial notice of a fact objectively established by the competent organs of the United Nations, which in the context of the case operated as a jurisdictional fact of decisive significance. United Nations General Assembly resolution 55/12 as such has created an objective legal status which is *erga omnes* in character. Even if we leave aside the binding force of resolution 55/12, that part of the Judgment of the Court concerning the determination of the status of Serbia and Montenegro vis-à-vis the United Nations in the relevant period of time remains none the less, by its nature, a declaratory judgment *in rem* producing conclusive effects at least as regards States parties to the Statute of the Court. As such, the Judgment cannot, in that part, be treated as a judgment *in personam*, having conclusive effects only between the parties to the case, because its subject matter is the status of Serbia and Montenegro both in relation to the United Nations itself and in relation to the Members of the United Nations.

52. Resolution 55/12 belongs to the *species* of United Nations General Assembly resolutions having a definitive and binding effect within the United Nations structure as a whole.

“Article 18 [of the Charter] deals with ‘*decisions*’ of the General Assembly ‘*on important questions*’. These ‘*decisions*’ do indeed include certain recommendations, but others *have dispositive force and effect*. Among these latter decisions, Article 18<sup>26</sup> includes suspension of rights and privileges of membership, expulsion of Members . . . In connection with the suspension of rights and privileges of membership and expulsion from membership under Articles 5 and 6, it is the Security Council which has only the power to recommend and *it is the General Assembly which decides* and whose decision determines status.” (*Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 163; emphasis added.)

<sup>26</sup> Article 18 of the Charter reads:

“2. Decisions of the General Assembly on important questions shall be made by a two-thirds majority of the members present and voting. These questions shall include: . . . the admission of new Members to the United Nations, the suspension of the rights and privileges of membership, the expulsion of Members . . .”

statut juridique se présentent dans deux affaires différentes, il faut leur accorder le même traitement en vertu des principes de la cohérence du raisonnement judiciaire et de l'égalité devant la Cour.

En outre, la Cour, en constatant que, «au moment où il a déposé sa requête pour introduire la présente instance devant [elle], le 29 avril 1999, le demandeur en l'espèce, la Serbie-et-Monténégro, n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Portugal)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 1195, par. 90), a essentiellement pris acte, sur le plan judiciaire, d'un fait établi objectivement par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, fait qui, dans le contexte de l'affaire, a été un fait juridictionnel déterminant. De par sa résolution 55/12, l'Assemblée générale des Nations Unies a créé un statut juridique objectif *erga omnes*. Même en laissant de côté la force obligatoire de la résolution 55/12, la partie de l'arrêt de la Cour relative à l'établissement du statut de la Serbie-et-Monténégro vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période pertinente n'en demeure pas moins, par sa nature même, un jugement déclaratoire *in rem* produisant des effets déterminants, tout au moins en ce qui concerne les Etats parties au Statut de la Cour. En tant que tel, l'arrêt ne saurait, pour ce qui concerne ce point, être traité comme un arrêt *in personam* n'ayant des effets déterminants que pour les parties à l'affaire, dès lors qu'il traite du statut de la Serbie-et-Monténégro à la fois vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies elle-même et vis-à-vis des Etats Membres de celle-ci.

52. La résolution 55/12 relève du type de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont un effet définitif et obligatoire pour l'ensemble de la structure de l'Organisation.

«L'article 18 [de la Charte] traite des «décisions» de l'Assemblée générale «sur les questions importantes». Ces «décisions» comprennent en effet certaines recommandations, mais d'autres ont une valeur et un effet de caractère impératif. Parmi ces dernières décisions l'article 18<sup>26</sup> comprend la suspension des droits et privilèges des Membres dans le cadre des articles 5 et 6, c'est le Conseil de Sécurité dont le pouvoir se borne à faire des recommandations et c'est l'Assemblée générale qui décide et dont la décision fixe le statut des Etats en question.» (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, *avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 163-164; les italiques sont de moi.)

<sup>26</sup> L'article 18 de la Charte se lit comme suit:

«2. Les décisions de l'Assemblée générale sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants. Sont considérées comme questions importantes ... l'admission de nouveaux Membres dans l'Organisation, la suspension des droits et privilèges de Membres, l'exclusion de Membres...»

On the basis of Article 4, paragraph 2 of the Charter “The admission of any . . . State to membership in the United Nations will be effected by a *decision* of the General Assembly upon the recommendation of the Security Council” (emphasis added).

53. Lying within the exclusive competence of two principal political organs of the United Nations, the Security Council and the General Assembly, decisions on the admission of a State to the United Nations are a part of international law which “[the Court] . . . is bound to respect” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, separate opinion of Judge Lachs, p. 26). In the system of functional parallelism, it must be assumed as a governing principle of relations between the principal organs of the United Nations that the “Court must co-operate in the attainment of the aims of the Organization and strive to give effect to the decisions of other principal organs and not to achieve results which would render them nugatory”<sup>27</sup>.

The determination that the Respondent enjoyed the status of member as from 1 November 2004 became a part of the objective reality established in the United Nations structures as a whole. In a letter to the President of the United Nations General Assembly, dated 27 December 2001, United Nations Secretary-General Kofi Annan stated:

“I have the honour to refer to General Assembly resolution 55/12 of 1 November 2000, in which the Assembly decided to admit the Federal Republic of Yugoslavia to membership in the United Nations. This decision necessarily and automatically terminated the membership in the Organization of the *former* Yugoslavia, the State admitted to membership in 1945.”<sup>28</sup>

Under the heading “Historical Information on Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General”<sup>29</sup>, it is stated *expressis verbis* that the “Yugoslavia” to which the Legal Counsel referred in his letter of 29 September 1992 as the State whose membership in the Organization “the resolution neither terminates nor suspends”, was the *former* Yugoslavia, i.e., the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, not the Federal Republic of Yugoslavia: “The Legal Counsel took the view, however, that this resolution of the General Assembly neither terminated nor suspended the membership of the *former* Yugoslavia in the United Nations.”

<sup>27</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 3rd ed., Vol. I, *The Court and the United Nations*, 1997, pp. 69-70.

<sup>28</sup> United Nations doc. A/56/767; emphasis added.

<sup>29</sup> See Historical Information, <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternet-bible/historicalinfo.asp> under the heading “former Yugoslavia”.

Conformément au paragraphe 2 de l'article 4 de la Charte, «[l']admission comme Membre des Nations Unies de tout Etat ... se fait par *décision* de l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité» (les italiques sont de moi).

53. Relevant de la compétence exclusive de deux des principaux organes politiques des Nations Unies — le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale —, les décisions relatives à l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies font partie intégrante du droit international que «[la Cour] ... est tenue de respecter» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, opinion individuelle du juge Lachs, p. 26). Dans un système de parallélisme fonctionnel, il faut considérer comme un principe régissant les rapports entre les organes principaux des Nations Unies que «la Cour doit collaborer à la réalisation des buts de l'Organisation et s'attacher à donner effet aux décisions des autres organes principaux en évitant tout résultat qui les priverait d'effet»<sup>27</sup>.

La conclusion selon laquelle le défendeur jouissait du statut d'Etat Membre à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2004 fait désormais partie de la réalité objective établie par les organes des Nations Unies dans leur ensemble. Dans une lettre datée du 27 décembre 2001, adressée au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies par le Secrétaire général Kofi Annan, ce dernier a déclaré :

«J'ai l'honneur de me référer à la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1<sup>er</sup> novembre 2000, par laquelle l'Assemblée a décidé d'admettre la République fédérale de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies. Cette décision a mis fin *ipso facto* à la qualité de Membre de l'Organisation de l'ex-Yougoslavie, qui avait été admise en 1945.»<sup>28</sup>

Sous l'intitulé «Information historique sur les traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général»<sup>29</sup>, il est expressément indiqué que la «Yougoslavie», à laquelle le conseiller juridique se réfère dans sa lettre du 29 septembre 1992, comme étant l'Etat dont la résolution «ne me[t] pas fin à l'appartenance ... à l'Organisation, et ... ne la suspen[d] pas», est l'ex-Yougoslavie, c'est-à-dire la République fédérative socialiste de Yougoslavie, et non la République fédérale de Yougoslavie : «Le Conseiller juridique, toutefois, a été d'avis que la résolution de l'Assemblée générale ne mettait pas fin à l'appartenance de l'ex-Yougoslavie à l'Organisation, et qu'elle ne la suspendait pas.»

<sup>27</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 3<sup>e</sup> éd., vol. I, *The Court and the United Nations*, 1997, p. 69-70.

<sup>28</sup> Nations Unies, doc. A/56/767; les italiques sont de moi.

<sup>29</sup> Voir «Renseignements historiques», <http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/french-internetbible/historicalinfo.asp> sous la rubrique «ex-Yougoslavie».

It is also relevant that no State has objected to the legal opinion of the United Nations Legal Counsel referred to above, in contrast to the position of United Nations Member States with respect to the description of the Federal Republic of Yugoslavia as a predecessor State made in the “Summary of Practice of the Secretary-General as depositary of Multilateral Treaties”<sup>30</sup>; in response to the objections raised, the Legal Counsel issued “Errata”<sup>31</sup> which, *inter alia*, deleted the description of the Federal Republic of Yugoslavia as a predecessor State.

54. This fact taken *per se* evidences universal acceptance both by the Member States of the United Nations and by the organs of the Organization of the legal consequences of the admission of the Federal Republic of Yugoslavia to membership of the United Nations. The Court summarized these as follows:

“The Applicant [Serbia and Montenegro] thus has the status of membership in the United Nations as from 1 November 2000. However, its admission to the United Nations did not have, and could not have had, the effect of dating back to the time when the Socialist Federal Republic of Yugoslavia broke up and disappeared; there was in 2000 no question of restoring the membership rights of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia for the benefit of the Federal Republic of Yugoslavia.” (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, p. 310, para. 78.)

55. This interpretation of the meaning of resolution 47/1 is not a new one. It should be noted that it was advocated in the literature as well. In an article entitled “The New United Nations and Former Yugoslavia”, Professor Rosalyn Higgins wrote:

“The Assembly did recommend that the *new Federal Republic (Serbia-Montenegro)* should apply for membership of the United Nations. But the resolution did not either suspend, or terminate, Yugoslavia’s *membership* in the UN. The outcome has been anomalous in the extreme. The seat and nameplate remain as before. The old Yugoslav flag continues to fly on the 42nd Street. ‘*Yugoslavia remains a member of the UN, i.e., not Serbia and Montenegro, but Yugoslavia in its entirety.*’”<sup>32</sup>

56. Although it limited itself in the *dispositif* to the determination of its jurisdiction to entertain the case, the Court essentially dealt, in the

<sup>30</sup> ST/LEG.8, p. 89, para. 297.

<sup>31</sup> United Nations doc. LA41TR/220.

<sup>32</sup> 69 *International Affairs*, 1993, p. 479; emphasis added.

Il est également pertinent de constater qu'aucun Etat n'a fait objection à l'avis juridique susmentionné, alors que certains Etats Membres de l'Organisation ont formulé des objections lorsque la République fédérale de Yougoslavie d'Etat a été qualifiée de d'Etat prédécesseur dans le «Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux»<sup>30</sup>; en réponse aux objections soulevées, le conseiller juridique a d'ailleurs fait publier des «errata»<sup>31</sup>, supprimant notamment la mention d'«Etat prédécesseur» pour la République fédérale de Yougoslavie.

54. Ce fait témoigne en soi de l'acceptation universelle, tant par les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies que par les organes de l'Organisation elle-même, des conséquences juridiques de l'admission de la République fédérale de Yougoslavie en tant que Membre des Nations Unies. La Cour a résumé la situation comme suit:

«Le demandeur [la Serbie-et-Monténégro] a ainsi le statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2000. Toutefois, son admission au sein de l'Organisation des Nations Unies n'a pas remonté et n'a pu remonter à l'époque de l'éclatement et de la disparition de la République fédérative socialiste de Yougoslavie; il n'était pas question en 2000 de rétablir les droits de la République fédérative socialiste de Yougoslavie en tant que Membre de l'Organisation au bénéfice de la République fédérale de Yougoslavie.» (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 310, par. 78.)

55. Cette interprétation de la résolution 47/1 n'est pas nouvelle. Il faut savoir que la doctrine la préconisait également. Dans un article intitulé «La nouvelle Organisation des Nations Unies et l'ancienne Yougoslavie», le professeur Rosalyn Higgins écrivait ceci:

«L'Assemblée a bien recommandé que *la nouvelle République fédérale (la Serbie-et-Monténégro) présente une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies*. Mais la résolution n'a ni suspendu ni mis fin à *l'appartenance* de la Yougoslavie aux Nations Unies. Le résultat est absolument anormal. Le siège et la plaque portant le nom du pays demeurent inchangés. L'ancien drapeau yougoslave flotte toujours sur la 42<sup>e</sup> Rue. «*La Yougoslavie demeure un Membre des Nations Unies, c'est-à-dire non pas la Serbie-et-Monténégro, mais la Yougoslavie dans son intégralité.*»»<sup>32</sup>

56. Bien que s'étant bornée dans le dispositif de l'arrêt de 2004 à la question de sa compétence pour connaître de l'affaire, la Cour s'est prin-

<sup>30</sup> ST/LEG.8, p. 89, par. 297.

<sup>31</sup> Document des Nations Unies LA41TR/220.

<sup>32</sup> *International Affairs*, vol. 69, 1993, p. 479; les italiques sont de moi.



reasoning part of the 2004 Judgment, with the question of the Federal Republic of Yugoslavia's membership in the United Nations in the relevant time period. The Court's finding that the Federal Republic of Yugoslavia was not a member of the United Nations before its admission to the Organization in November 2000 was of fundamental importance in the circumstances surrounding the issue of the Court's competence *in casu*.

57. The *dispositif* in the 2004 Judgment was not the result of the reasoning by the Court in selecting among alternatives or choosing one of several different interpretations for which the relevant jurisdictional fact would provide a motive; it was the unavoidable result of the Federal Republic of Yugoslavia's non-membership status in the United Nations or, in other words, a kind of judicial notice of the fact established by the principal political organs in the exercise of their exclusive competence under the United Nations Charter, which, in the circumstances of the present case, operates as the jurisdictional fact of decisive importance.

Resolutions of the United Nations General Assembly, like resolution 55/12, create an objective legal situation, a status with *erga omnes* effects. This fact is reflected in the effects of the Judgments of the Court by which such a status is established *ad casum*.

58. Judgments of the Court on the status issue, in their effect *ratione personae*, cannot, unlike other judgments, be limited to the Parties to a dispute. Their material effects surpass the effects of the judgment defined in Article 60 of the Statute. By the very nature of their object, judgments on status issues, which do not allow for uncertainty and insecurity, act *intra partes*. The effect of a judgment on status, i.e., the creation of an objective legal situation (*situation légale objective*)<sup>33</sup>, is incorporated in the national laws of civilized nations<sup>34</sup>.

However, this is not a question of the technical effect, under Article 59 of the Statute, of judgments on status issues *intra partes* but a question of the material, reflective effect of such judgments on third States. It is binding *erga omnes* not as a judicial act in the formal sense, but as a result of its intrinsic persuasive force, in parallel with the mandatory force of the judgment in the technical sense, based on the presumption of truthfulness — *pro veritate accipitur* — which must, in questions of status, as absolute law, have universal effect. This is especially valid for judgments of the Court, like the Judgment in the *Legality of Use of Force* cases,

<sup>33</sup> Dugguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1923, Vol. II.

<sup>34</sup> For instance, the novel Article 311 of the Code civil (law of 1972), see Vincent, *op. cit.*, p. 108, No. 79; in Italian law it is traditionally considered that decisions on status matters act *erga omnes* — for examples of judgments by Italian courts, see Pugliese, *op. cit.*, p. 888; British law has, in that sense, the special notion “judgments *in rem*” (see Bower, Turner and Handley, “*The Doctrine of Res Judicata*”, 1965, pp. 213 *et seq.*).

cipelement intéressée, dans l'exposé des motifs, à la question de savoir si la République fédérale de Yougoslavie était Membre de l'Organisation des Nations Unies durant la période pertinente. Sa conclusion selon laquelle la République fédérale de Yougoslavie n'était pas Membre de l'Organisation des Nations Unies avant d'y être admise en novembre 2000 a été déterminante eu égard à sa compétence en l'espèce.

57. Le dispositif de l'arrêt de 2004 ne découle pas du raisonnement de la Cour consistant à choisir parmi les différentes solutions possibles ou l'une des diverses interprétations auxquelles le fait juridictionnel pertinent fournirait un motif; c'est le résultat inévitable du fait que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas Membre de l'Organisation des Nations Unies ou bien, en d'autres termes, une manière de constat judiciaire du fait établi par les organes politiques principaux dans l'exercice de leur compétence exclusive en vertu de la Charte des Nations Unies qui, dans les circonstances de l'espèce, constitue un fait juridictionnel déterminant.

Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, telle la résolution 55/12, créent une situation juridique objective, une situation produisant des effets *erga omnes*. Cela se manifeste dans les effets des arrêts de la Cour en vertu desquels un tel statut est créé *ad casum*.

58. Les arrêts que la Cour rend sur des questions de statut ne sauraient, dans leur effet *ratione personae* — à la différence d'autres arrêts —, être limités aux parties à un différend. Leurs effets substantiels vont au-delà des effets des arrêts énoncés à l'article 60 du Statut. En raison de la nature même de leur objet, les arrêts portant sur des questions de statut, qui ne tolèrent ni l'incertitude ni l'insécurité, ont un effet *intra partes*. L'effet d'un arrêt portant sur une question de statut, c'est-à-dire la création d'une situation légale objective<sup>33</sup>, est intégré au droit interne des nations civilisées<sup>34</sup>.

Toutefois, il ne s'agit pas de savoir quel est l'effet *intra partes* en vertu de l'article 59 du Statut des arrêts portant sur des questions de statut. La question est de savoir quel effet matériel ont, par répercussion, ces arrêts sur des Etats tiers. De tels arrêts sont obligatoires *erga omnes* non pas en tant qu'actes judiciaires au sens formel, mais en raison de leur force intrinsèque associée à la force obligatoire de l'arrêt au sens technique, fondée sur la présomption de vérité — *pro veritate accipitur* — qui doit, s'agissant des questions de statut, en tant que droit absolu, avoir un effet universel. Cela vaut tout particulièrement pour les arrêts de la Cour

<sup>33</sup> Dugguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, 1923.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, le nouvel article 311 du code civil (loi de 1972), Vincent, *op. cit.*, p. 108, n° 79; en droit italien, il est traditionnellement considéré que les décisions relatives à des questions de statut ont un effet *erga omnes* — pour des exemples de décisions rendues par des juridictions italiennes, voir Pugliese, *op. cit.*, p. 888; en anglais existe, en ce sens, la notion de «*judgments in rem*» (voir Bower, Turner et Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 1965, p. 213 et suiv.).

which, basically, merely gives judicial confirmation to the status conclusively determined by the competent organs of the United Nations (see Judgment, paras. 88 *et seq.*).

59. It seems crystal clear that the Respondent's *jus standi in casu* is, as in the *Legality of Use of Force* cases, organically linked to its membership in the United Nations owing to the fact that the Respondent could not be considered to be a party to the Statute on any basis apart from that of being a Member State of the United Nations and to the fact that its *jus standi* cannot be based on the conditions set forth in Article 35, paragraph 2, of the Statute of the Court.

The majority approach to this “twin” issue is truly astonishing.

On the one hand, it is recognized that “in 1999 — and even more so in 1996 — *it was by no means so clear as the Court found it to be in 2004 that the Respondent was not a Member of the United Nations*” (Judgment, para. 131; emphasis added).

On the other,

“*as a matter of law, no possibility that the Court might render ‘its final decision with respect to a party over which it cannot exercise its judicial function’, because the question whether a State is or is not a party subject to the jurisdiction of the Court is one which is reserved for the sole and authoritative decision of the Court . . . the operation of the ‘mandatory requirements of the Statute’ falls to be determined by the Court in each case before it; and once the Court has determined, with the force of res judicata, that it has jurisdiction, then for the purposes of that case no question of ultra vires action can arise, the Court having sole competence to determine such matters under the Statute*” (Judgment, paras. 138 and 139).

The reasoning suggests that *quidquid iudicii placuit, habet legis vigorem*. It reflects the anachronistic and totally unacceptable idea that the Court is not the guardian but the creator of legality and, in fact, that the Court makes decisions independently from objective law established by its Statute.

It *nolens volens* leads to the creation of the Court's own, judicial reality in contrast to the objective legal one, producing a proper *judicium illusorum*.

The erroneous perception of the *res judicata* rule embodied in this Judgment gives rise to an absurd ambivalence in respect of the Respondent's status in the United Nations.

In contrast to the *erga omnes* effects of General Assembly resolution 55/12, the Court's Judgment is, as provided by Article 59 of the Stat-

comme celui rendu dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, qui, en substance, ne font que confirmer sur le plan judiciaire le statut déterminé de façon déterminante par les organes compétents des Nations Unies (voir l'arrêt, par. 88 et suiv.).

59. Il semble parfaitement clair que le *jus standi* du défendeur en la présente espèce est, comme dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, intrinsèquement lié à son statut d'Etat Membre des Nations Unies étant donné que le défendeur ne pouvait être considéré comme partie au Statut sur aucun autre fondement que celui de Membre des Nations Unies et que son *jus standi* ne saurait être fondé sur le paragraphe 2 de l'article 35 du Statut de la Cour.

La manière dont la majorité aborde cette double question est véritablement étonnante.

D'une part, il est admis que, «*s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies..., la situation n'était absolument pas aussi claire en 1999 — et encore moins en 1996*» (arrêt, par. 131; les italiques sont de moi).

D'autre part, il est précisé que :

«[i]l est donc impossible, *juridiquement*, que la Cour puisse «rendre une décision finale envers une partie à l'égard de laquelle elle ne peut pas exercer sa fonction judiciaire», parce que la question de savoir si un Etat est ou non une partie à l'égard de laquelle la Cour a compétence est de celles que seule la Cour a le pouvoir de trancher ... l'application «des prescriptions impératives du Statut» relève de la décision de la Cour dans chaque affaire qui lui est soumise et, lorsque la Cour s'est déclarée compétente avec l'autorité de la chose jugée, il ne peut y avoir excès de pouvoir aux fins de cette affaire, la Cour étant seule compétente pour se prononcer sur de telles questions en vertu de son Statut» (arrêt, par. 138 et 139).

Ce raisonnement donne à penser que *quidquid iudicii placuit, habet legis vigorem*. Il exprime l'idée anachronique et totalement inacceptable que la Cour n'est pas le gardien, mais le créateur de la légalité et que, en réalité, elle rend des décisions indépendamment du droit objectif établi par son Statut.

Cela conduit, *nolens volens*, à la création d'une réalité judiciaire propre à la Cour et contraire à la réalité juridique objective, ce qui donne naissance à un véritable *judicium illusorum*.

La conception erronée de la règle de la *res judicata* consacrée dans cet arrêt donne naissance à une ambivalence absurde en ce qui concerne le statut du défendeur vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

Contrairement aux effets *erga omnes* de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, l'arrêt de la Cour, comme le prévoit l'article 59 du Statut,

ute, binding only on the Parties to the case. This logically means that in the context of the dispute before the Court the Respondent is considered, at least tacitly, to have been a United Nations member in the period 1992-2000 as far as the Court and the Applicant are concerned, whereas for the Organisation itself it was not a member and even for Bosnia and Herzegovina, it was not a member in respect of any other matter than this case itself. In addition, in the eyes of the Court, the Respondent is considered a member of the United Nations in the present case and a non-member in the *Legality of Use of Force* cases.

60. The pronouncement that “in 1999 — and even more so in 1996 — it was by no means so clear then as the Court found it to be in 2004 that the Respondent was not a Member of the United Nations”, opens a very unpleasant question of the activity of the Court in the present case in the light of the principle of *bona fidae* which, as a preemptory one, is at least equally valid for the Court as it is for States.

If, for more than a decade, it was so clear to the Court that the Respondent was not a Member of the United Nations, and the quality of being a Member of the United Nations is the only basis on which the Respondent could have been considered a party to the Statute of the Court, it follows that the Court deliberately avoided recognizing the jurisdictional fact affecting the very legality of the totality of its actions *in casu*. Such a conduct of the Court could be termed judicial arbitrariness, close or in the zone of abuse of judicial power of the Court rather than judicial discretion resulting in judicial indecision.

#### 6. 1992 Declaration

61. In its 1996 Judgment, the Court found jurisdiction *ratione personae* in the formal Declaration of 27 April 1992 adopted by the participants of the Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro. The Court perceived it as a unilateral act that produces legal consequences relevant as regards its jurisdiction *ratione personae*. This determination appears dubious and, it seems to me, requires reconsideration in the light of the relevant rules of international law and the jurisprudence of the Court, respectively. Namely, reconsideration not only as regards the presumption of the legal identity and continuity of the Respondent with the SFRY, which proved unacceptable by the international community and served as the basis for the finding of the Court, but also as regards the characterization of the nature and effects of the Declaration.

n'est obligatoire que pour les parties en litige. Logiquement cela veut dire que, dans le cadre du différend porté devant la Cour, le défendeur est considéré, tacitement du moins, comme ayant été Membre des Nations Unies pendant la période allant de 1992 à 2000 pour ce qui concerne la Cour et le demandeur, tandis que, pour l'Organisation elle-même, le défendeur n'était pas un Etat Membre; et pour la Bosnie-Herzégovine, le défendeur n'était pas non plus un Etat Membre pour toute question autre que l'instance elle-même. En outre, la Cour considère le défendeur comme un Etat Membre des Nations Unies en la présente affaire et comme un Etat non membre dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*.

60. Le prononcé établissant que, «s'il lui a paru clair en 2004 que le défendeur n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies..., la situation n'était absolument pas aussi claire en 1999 — et encore moins en 1996», pose une question tout à fait déplaisante sur le rôle de la Cour en l'espèce compte tenu du principe de bonne foi qui, en tant que principe obligatoire, est tout au moins aussi valable pour la Cour que pour les Etats.

Si, pendant plus d'une décennie, il a paru si clairement à la Cour que le défendeur n'était pas membre des Nations Unies — alors même que la qualité de Membre des Nations Unies est le seul fondement sur lequel le défendeur aurait pu être considéré partie au Statut de la Cour —, alors la Cour a délibérément évité de reconnaître un fait juridictionnel ayant une incidence sur la légalité même de la totalité de ses actes en la présente espèce. Un tel comportement de la Cour pourrait être qualifié d'arbitraire judiciaire confinant à l'excès de pouvoir, sinon d'excès de pouvoir, et non de pouvoir discrétionnaire ayant entraîné une indécision judiciaire.

#### 6. La déclaration de 1992

61. Dans son arrêt de 1996, la Cour a jugé qu'elle avait compétence *ratione personae* sur le fondement de la déclaration formelle du 27 avril 1992 adoptée par les participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro. La Cour a considéré cette déclaration comme un acte unilatéral ayant des conséquences juridiques pertinentes quant à sa compétence *ratione personae*. Ce point de vue paraît douteux et mérite, selon moi, d'être réexaminé à la lumière des règles pertinentes du droit international et de la jurisprudence de la Cour, respectivement. Il s'agit de le réexaminer non seulement en ce qui concerne la présomption d'identité et de continuité juridiques entre le défendeur et la RFSY, thèse jugée inacceptable par la communauté internationale et qui a servi de fondement à la conclusion de la Cour, mais aussi en ce qui concerne la qualification de la nature et des effets de la déclaration.

62. Did the Declaration adopted on 27 April 1992 meet the relevant requirements to be considered as a unilateral act producing legal consequences?

63. It seems obvious that the issue of an act by a single state cannot by itself qualify as a unilateral act capable of producing legal effects *in foro externo*. The unilateral nature of an act is but one extrinsic element which, when coupled with other elements, both extrinsic and intrinsic, forms a unilateral legal act in terms of international law.

64. In the circumstances of the case at hand a number of elements are of special relevance. The primary extrinsic element concerns the capacity of the participants in the Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro to perform unilateral acts in the sense of international law. The Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro was not constituted as the Parliament of the Federal Republic of Yugoslavia; rather it was a body of representatives *in statu nascendi*. Even if, *arguendo*, it represented the Parliament, it was obviously not a State organ possessing the capacity to perform unilateral acts on behalf of the State. Representatives of a State for purposes of formulating unilateral legal acts are heads of State, heads of Government and ministers of foreign affairs<sup>35</sup>. The rule has also been confirmed in the jurisprudence of the Court (*Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, p. 22*). Consequently, it appears that the Declaration, if designed as a unilateral legal act *in foro externo*, was issued by an incompetent organ under international law and, as such, produced no legal effects<sup>36</sup>.

65. True, the Declaration, as the Court found, “was confirmed in an official Note of 27 April 1992 from the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations, addressed to the Secretary-General.” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17) The word “confirmed” in the present context may have two meanings: a descriptive one in the sense that the letter from the Permanent Representative reproduced the text of the Declaration and a meaning as a “*terminus technicus*”, signifying confirmation of a unilateral act of an unauthorized State organ. Neither of these two possible meanings of the word “confirmed” can be accepted *in con-*

<sup>35</sup> Art. 4, Report on Unilateral Acts of States, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1998, II, Part One, doc. A/CN.4/486; United Nations doc. A/CN.4/500 and Add.1.

<sup>36</sup> See Article 4 (Subsequent confirmation of an act formulated by a person not authorized for that purpose) in the Third Report of the Special Rapporteur, *YILC*, 2000, I, p. 96.

62. La déclaration adoptée le 27 avril 1992 répondait-elle aux conditions requises pour être considérée comme un acte unilatéral produisant des conséquences juridiques?

63. Il semble évident que le fait, pour un Etat unique, d'effectuer un acte ne saurait, en soi, constituer un acte unilatéral à même de produire des effets juridiques *in foro externo*. Le caractère unilatéral d'un acte ne constitue qu'un élément extrinsèque qui, lorsqu'il est associé à d'autres éléments tant extrinsèques qu'intrinsèques, donne naissance à un acte juridique unilatéral au sens du droit international.

64. Dans les circonstances de la présente espèce, un certain nombre d'éléments revêtent une pertinence particulière. Le tout premier élément extrinsèque à considérer porte sur la capacité des participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro à produire des actes unilatéraux au sens du droit international. La session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro n'a pas été constituée en tant que Parlement de la République fédérale de Yougoslavie; il s'agissait plutôt d'un ensemble de représentants *in statu nascendi*. Même à supposer, *arguendo*, qu'il s'agissait d'une représentation du Parlement, ce n'était manifestement pas un organe étatique doté de la capacité d'accomplir des actes unilatéraux pour le compte de l'Etat. Les représentants d'un Etat ayant la faculté d'accomplir des actes juridiques unilatéraux sont le chef de l'Etat, le chef du gouvernement et le ministre des affaires étrangères<sup>35</sup>. Cette règle a d'ailleurs été confirmée dans la jurisprudence de la Cour (*Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 22*). Par conséquent, il semble que la déclaration, si elle était conçue comme un acte juridique unilatéral *in foro externo*, n'émanait pas d'un organe compétent au sens du droit international et, en tant que telle, ne produisait aucun effet juridique<sup>36</sup>.

65. Certes, la déclaration a été, comme la Cour l'a indiqué, «confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17). Dans le présent contexte, le terme «confirmée» peut avoir deux sens: un sens descriptif qui est que la lettre du représentant permanent reproduisait le texte de la déclaration et un sens «technique» qui est qu'elle confirmait un acte unilatéral émanant d'un organe étatique non autorisé. Aucun de ces deux sens du terme «confirmée» ne peut être retenu *in concreto*. S'agissant du sens descriptif

<sup>35</sup> Art. 4, Rapport sur les actes unilatéraux des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, II, première partie, doc. A/CN.4/486; Nations Unies, doc. A/CN.4/500 et Add. 1.

<sup>36</sup> Voir art. 4 (confirmation ultérieure d'un acte émanant d'une personne n'ayant pas l'autorité voulue à cette fin) dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, *Commission du droit international*, 2000, I, p. 96.



*creto*. In respect of the descriptive meaning of the word “confirmed”, it is obvious that the letter from the Permanent Representative<sup>37</sup> reproduces the text of the Declaration only in part, i.e., citing only a small part thereof relating exclusively to legal identity and continuity.

By definition, the limited powers held by heads of permanent missions to international organizations, including permanent missions to the United Nations, negate the possibility of the official Note of the Permanent Mission of Yugoslavia of 27 April 1992 being understood as “confirmation” of an act issued by an organ — if at the material point in time it was an organ — incompetent under international law to perform legal acts on behalf of the State.

66. Hence, the proper characterization of the Note of the Yugoslav Permanent Mission of 27 April 1992 is that of a *transmission* of the Declaration followed by the corresponding reproduction of a part of the Declaration directly connected with the Federal Republic of Yugoslavia’s proclaimed legal identity with and continuation of the former SFRY vis-à-vis the United Nations.

67. This characterization of the Note of the Yugoslav Permanent Mission suggests that the Declaration of 27 April 1992 and the Note of the Permanent Mission are two distinct, yet not totally separate, acts, both by their nature and by their effects. For its part, the Declaration is basically a general statement of policy with respect to matters directly or indirectly connected with the issue of the proclaimed legal identity and State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia, while the Note seems to be primarily a notification in the standard sense. Evidence to this effect is found in the fact that the addressee of the Note was the Secretary-General, who was requested to circulate the Declaration and the Note as an official document of the General Assembly<sup>38</sup>, whereas the Declaration as such was addressed *urbi et orbi*.

<sup>37</sup> The text of the letter reads:

“The Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, at its session held on 27 April 1992, promulgated the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia. Under the Constitution, on the basis of the continuing personality of Yugoslavia and the legitimate decisions by Serbia and Montenegro to continue to live together in Yugoslavia, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro. Strictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.” (United Nations doc. A/46/915, Ann. I.)

<sup>38</sup> United Nations doc. A/46/915.

du terme, il est évident que la lettre du représentant permanent<sup>37</sup> ne reproduit qu'une partie du texte de la déclaration, en ce sens qu'elle ne cite qu'un bref passage dudit texte portant exclusivement sur l'identité et la continuité juridiques.

Par définition, en raison des pouvoirs limités qu'ont les chefs de mission permanente auprès des organisations internationales, y compris les missions permanentes auprès des Nations Unies, la note officielle de la mission permanente de la Yougoslavie du 27 avril 1992 ne saurait être comprise comme étant la « confirmation » d'un acte émanant d'un organe — si c'était un organe à l'époque pertinente —, organe n'ayant pas compétence au sens du droit international pour accomplir des actes juridiques au nom de l'Etat.

66. C'est pourquoi il faut voir dans la note de la mission permanente de Yougoslavie du 27 avril 1992 la *transmission* de la déclaration, suivie de la reproduction correspondante d'une partie de cette déclaration ayant directement trait à la thèse de la République fédérale de Yougoslavie selon laquelle elle assurait l'identité et la continuité juridiques de l'ex-RFSY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies.

67. Cette analyse de la note de la mission permanente de la Yougoslavie donne à penser que la déclaration du 27 avril 1992 et la note de la mission permanente sont deux actes distincts, bien que n'étant pas totalement indépendants l'un de l'autre, tant par leur nature que par leurs effets. La déclaration est essentiellement une déclaration de politique générale portant sur des questions se rattachant directement ou non à la thèse de l'identité et de la continuité juridiques de la République fédérale de Yougoslavie, alors que la note semble principalement être une notification, dans le sens classique du mot. En atteste le fait que la note était destinée au Secrétaire général, qui était prié de bien vouloir faire distribuer la déclaration et la note comme document officiel de l'Assemblée générale<sup>38</sup>, alors que la déclaration était, en tant que telle, adressée *urbi et orbi*.

<sup>37</sup> Le texte de ladite lettre se lit comme suit :

« L'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la session qu'elle a tenue le 27 avril 1992, a promulgué la Constitution de la République fédérale de Yougoslavie. Aux termes de la Constitution, et compte tenu de la continuité de la personnalité de la Yougoslavie et des décisions légitimes qu'ont prises la Serbie et le Monténégro de continuer à vivre ensemble en Yougoslavie, la République fédérative socialiste de Yougoslavie devient la République fédérale de Yougoslavie, composée de la République de Serbie et de la République du Monténégro. Dans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré. » (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I.)

<sup>38</sup> Nations Unies, doc. A/46/915.

68. Several intrinsic elements of the Declaration merit attention in this particular context: its scope *ratione materiae*, the intention of the author of the Declaration and its possible effects.

69. As regards its scope *ratione materiae*, the Declaration covers several different matters.

The Declaration reads as follows:

“The representatives of the people of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro,

Expressing the will of the citizens of their respective Republics to stay in the common state of Yugoslavia,

Accepting all basic principles of the Charter of the United Nations and the CSCE Helsinki Final Act and the Paris Charter, and particularly the principles of parliamentary democracy, market economy and respect for human rights and the rights of national minorities,

Remaining strictly committed to a peaceful resolution of the Yugoslav crisis,

Wish to state in this Declaration their views on the basic, immediate and lasting objectives of the policy of their common state, and on its relations with the former Yugoslav Republics.

In that regard, the representatives of the people of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro declare:

1. The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the state, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the SFR of Yugoslavia assumed internationally.

At the same time, it is ready to fully respect the rights and interests of the Yugoslav Republics which declared independence. The recognition of the newly-formed States will follow after all the outstanding questions negotiated on within the Conference on Yugoslavia have been settled,

Remaining bound by all obligations to international organizations and institutions whose member it is, the Federal Republic of Yugoslavia shall not obstruct the newly-formed States to join these organizations and institutions, particularly the United Nations and its specialized agencies. The Federal Republic of Yugoslavia shall respect and fulfil the rights and obligations the SFR of Yugoslavia assumed vis-à-vis the territories of Krajina which have been placed, within the framework of the United Nations peace-keeping operation, under the protection of the world Organization.

68. Plusieurs éléments intrinsèques de la déclaration méritent qu'on s'y intéresse dans ce contexte particulier : sa portée *ratione materiae*, l'intention de son auteur et ses effets éventuels.

69. S'agissant de sa portée *ratione materiae*, la déclaration a trait à diverses questions.

Elle se lit comme suit :

« Les représentants du peuple de la République de Serbie et de la République du Monténégro,

Exprimant la volonté des citoyens de leurs républiques respectives de demeurer au sein de l'Etat commun de Yougoslavie,

Acceptant tous les principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies et de l'acte final d'Helsinki adopté par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) ainsi que de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, et en particulier les principes de la démocratie parlementaire, de l'économie de marché et du respect des droits de l'homme et des droits des minorités nationales,

Restant profondément déterminés à parvenir à un règlement pacifique de la crise yougoslave,

Souhaitent exprimer leurs vues sur les objectifs fondamentaux, immédiats et à long terme de la politique de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves.

A cette fin, les représentants de peuple de la République de Serbie et de la République du Monténégro font la déclaration suivante :

1. La République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.

Simultanément, elle est disposée à respecter pleinement les droits et les intérêts des républiques yougoslaves qui ont déclaré leur indépendance. La reconnaissance des Etats nouvellement constitués interviendra une fois qu'auront été réglées les questions en suspens actuellement en cours de négociation dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie.

Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient, la République fédérale de Yougoslavie ne fera rien pour empêcher les Etats nouvellement constitués d'adhérer à ces organisations et institutions, notamment à l'Organisation des Nations Unies et à ses institutions spécialisées. La République fédérale de Yougoslavie respectera et honorera les droits et obligations que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a contractés vis-à-vis des territoires de Krajina qui ont été placés, dans le cadre de l'opération de maintien de la paix de l'Organisation des Nations Unies, sous la protection de l'organisation mondiale.

- The Federal Republic of Yugoslavia also remains ready to negotiate, within the Conference on Yugoslavia, all problems related to the division of assets, which means both to assets and debts acquired jointly. In case of a dispute regarding these issues, the Federal Republic of Yugoslavia shall be ready to accept the arbitration of the Permanent Court of Arbitration in the Hague.
2. The diplomatic and consular missions of the Federal Republic of Yugoslavia abroad shall continue without interruption to perform their functions of representing and protecting the interests of Yugoslavia. Until further notice, they shall continue to take care of all the assets of Yugoslavia abroad. They shall also extend consular protection to all nationals of the SFR of Yugoslavia whenever they request them to do so until a final regulation of their nationality status. The Federal Republic of Yugoslavia recognizes, at the same time, the full continuity of the representation of foreign states by their diplomatic and consular missions in its territory.
  3. The Federal Republic of Yugoslavia is interested in the reinstatement of economic, transport, energy and other flows and ties in the territory of the SFR of Yugoslavia. It is ready to make its full contribution to that end.
  4. The Federal Republic of Yugoslavia has no territorial aspirations towards any of its neighbours. Respecting the objectives and principles of the United Nations Charter and CSCE documents, it remains strictly committed to the principle of *nonuse* of force in settling any outstanding issues.
  5. The Federal Republic of Yugoslavia shall ensure the highest standards of the protection of human rights and the rights of national minorities provided for in international legal instruments and CSCE documents. In addition, the Federal Republic of Yugoslavia is ready to grant the national minorities in its territory all those rights which would be recognized to and enjoyed by the national minorities in other CSCE participating States.
  6. In its foreign relations, the Federal Republic of Yugoslavia shall be guided by the principles of the United Nations Charter, as well as the principles of CSCE documents, particularly the Paris Charter for New Europe. As the founding member of the Movement of non-aligned countries, it shall remain committed to the principles and objectives of the policy of nonalignment.

It shall develop relations of confidence and understanding with its neighbours proceeding from the principle of good neighbour-

La République fédérale de Yougoslavie demeure également prête à négocier, dans le cadre de la conférence sur la Yougoslavie, tous les problèmes liés à la répartition des actifs acquis et des dettes contractées conjointement. En cas de litige sur ces questions, la République fédérale de Yougoslavie est disposée à accepter l'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

2. Les missions diplomatiques et consulaires qui représentent la République fédérale de Yougoslavie à l'étranger continueront, sans interruption, à s'acquitter de leurs fonctions qui consistent à représenter et à protéger les intérêts de la Yougoslavie. Jusqu'à nouvel ordre, elles continueront à se charger de la gestion de tous les avoirs de la Yougoslavie à l'étranger. De plus, elles offriront une protection consulaire à tous les ressortissants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie qui la solliciteront, en attendant que leur statut national soit définitivement arrêté. La République fédérale de Yougoslavie reconnaît, simultanément, la pleine continuité de la représentation des Etats étrangers assurée par les missions diplomatiques et consulaires de ces Etats sur son territoire.
3. La République fédérale de Yougoslavie souhaite le rétablissement de tous les liens qui existaient sur le territoire de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, notamment dans les domaines de l'économie, des transports et de l'énergie. Elle est disposée à coopérer pleinement à la réalisation de cet objectif.
4. La République fédérale de Yougoslavie n'a aucune ambition sur les territoires de ses voisins, quels qu'ils soient. Fidèle aux objectifs et principes de la Charte des Nations Unies et aux documents de la CSCE, elle reste profondément attachée aux principes du *non-recours* à la force dans le règlement des différends.
5. La République fédérale de Yougoslavie garantira le plus haut niveau de protection des droits de l'homme et des droits des minorités nationales prévue dans les instruments juridiques internationaux et ceux de la CSCE. La République fédérale de Yougoslavie se déclare en outre disposée à accorder aux minorités nationales qui résident sur son territoire tous les droits reconnus aux minorités nationales qui résident dans les autres Etats Membres de la CSCE.
6. Dans ses relations avec l'étranger, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider par les principes de la Charte des Nations Unies ainsi que par ceux qui sont consacrés dans les documents de la CSCE, notamment la Charte de Paris pour une nouvelle Europe. En sa qualité de membre fondateur du Mouvement des pays non alignés, elle demeurera fidèle aux principes et objectifs de la politique du non-alignement.

Elle établira des relations de confiance et de compréhension avec ses voisins, sur la base du principe du bon voisinage. En

liness. The Federal Republic of Yugoslavia shall, as a State of free citizens, be guided in its democratic development by the standards and achievements of the Council of Europe, the European Community and other European institutions, with an orientation to join them in the foreseeable future.” (United Nations doc. A/46/915, Ann. I; emphasis added.)

It appears that, if viewed in isolation, only a part of the Declaration — the extension of “consular protection to all nationals of the SFR of Yugoslavia” — is capable *per se* of producing, certain effects, under certain conditions. Although not addressed to third States, it can, in a broader context, be subsumed under the “power of auto-limitation which States enjoyed under international law, in other words, their ability in the exercise of their sovereignty to subject themselves to international legal obligations”<sup>39</sup>.

In the part of the Declaration concerning “commitments that the SFRY assumed internationally”, which is relevant for the assessment as to whether the Federal Republic of Yugoslavia could be considered bound by the Genocide Convention, things are, however, fundamentally different.

70. Can the formulation “shall strictly abide by all the commitments . . .” as such be understood as consent by the Federal Republic of Yugoslavia to be bound by the Genocide Convention? That interpretation appears totally erroneous in the light of the rule of interpretation of unilateral legal acts accepted in the Court’s jurisprudence. Where unilateral acts of States are to be interpreted, “declarations . . . are to be read as a whole” and “interpreted as a unity” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 452-454, paras. 47 and 44). Further, unilateral acts “must be interpreted as [they stand], having regard to the words actually used.” (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 105).

The intention of the author of the Declaration is of key concern, since “[w]hen it is the intention of the State making the declaration that *it should become bound according to its terms*, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking” (*Nuclear Tests (Australia v. France, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 43; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 472, para. 46; *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 573-574, paras. 39-40; emphasis added). When States “make statements by which their freedom of action is to be limited, a *restrictive interpretation is*

<sup>39</sup> V. Rodrigues Cedeno, Special Rapporteur, *YILC*, 1998, II, Part Two, p. 53, para. 140.

qualité d'Etat de citoyens libres, la République fédérale de Yougoslavie se laissera guider, dans son développement démocratique, par les normes et les décisions du Conseil de l'Europe, de la Communauté européenne et des autres institutions européennes, auxquelles elle envisage d'adhérer prochainement.» (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe II; les italiques sont de moi.)

Il semble que, si on considère ce texte isolément, seule une partie de la déclaration — l'extension de la «protection consulaire à tous les ressortissants de la République fédérative socialiste de Yougoslavie» — est à même de produire *per se* certains effets sous certaines conditions. Bien qu'elle ne soit pas adressée à des Etats tiers, cette déclaration peut, dans un contexte plus large, être rangée dans la catégorie des actes relevant du «pouvoir d'autolimitation que le droit international conf[ère] aux Etats: en d'autres termes, la possibilité que ceux-ci [ont] de se soumettre à des obligations juridiques internationales»<sup>39</sup>.

Dans la partie de la déclaration portant sur «les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international», laquelle est pertinente aux fins de déterminer si la République fédérale de Yougoslavie pouvait être considérée comme liée par la convention sur le génocide, la situation est toutefois fondamentalement différente.

70. La formule «respectera strictement tous les engagements» peut-elle être comprise comme signifiant que la République fédérale de Yougoslavie consent à être liée par la convention sur le génocide? Cette interprétation semble, à la lumière de la règle de l'interprétation des actes juridiques unilatéraux reconnue dans la jurisprudence de la Cour, totalement erronée. Quand il faut interpréter des actes unilatéraux d'Etats, «les déclarations ... doivent être considérées comme un tout» et «interprétées» comme formant un tout (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 452-454, par. 47 et 44). En outre, les actes unilatéraux «doi[ven]t être interprété[s] tel[s] qu'[ils] se présente[nt], en tenant compte des mots effectivement employés» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 105).

L'intention de l'auteur de la déclaration présente un intérêt primordial, car «[q]uand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique» (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 267, par. 43 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 472, par. 46 ; *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 573-574, par. 39-40; les italiques sont de moi). Lorsque des Etats «font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose» (*Essais*

<sup>39</sup> V. Rodrigues Cedeno, Rapporteur spécial, *Commission du droit international*, 1998, II, deuxième partie, p. 51, par. 140.



called for” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 267, para. 44; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 472-473, para. 47; emphasis added).

71. In the light of the rules of construction of unilateral legal acts, the question naturally arises whether the Federal Republic of Yugoslavia had the intention to assume obligations *ex foro externo* by the Declaration.

72. If the Declaration is read as a whole and interpreted as a unity, the answer must, it seems, be in the negative. It is set out in the introduction part that the participants in the Joint Session of the SFRY Assembly, the National Assembly of the Republic of Serbia and the Assembly of the Republic of Montenegro “wish to state in this Declaration *their views* on the basic, immediate and lasting *objectives of the policy* of their common state and its relations with the former Yugoslav Republics” (emphasis added). Statements of policy objectives are rarely found in the sphere of international law. In the *Nicaragua* case the Court, considering the issue as to whether any legal undertaking could be inferred from communications from the Junta of the Government of National Reconstruction of Nicaragua to the Secretary-General of the Organization of American States accompanied by the “Plan to secure peace”, found *inter alia*:

“This was an *essentially political pledge*, made not only to the Organization, but also to the people of Nicaragua, intended to be its first beneficiaries. . . . This part of the resolution is a *mere statement which does not comprise any formal offer which if accepted would constitute a promise in law, and hence a legal obligation.*” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports 1986*, p. 132, para. 261; emphasis added.)

Furthermore, if, *ex hypothesi*, the participants had intended the Declaration to produce legal effects, these effects would have been expressed as the confirmation or safeguarding of existing rights and obligations rather than as the assumption of obligations *pro futuro*. The interpretation of the Declaration “according to its own terms” “as they stand” inevitably leads to the conclusion, as also inferred by the Court itself, that the intention was “to *remain bound* by international treaties to which the former Yugoslavia was a party” (*I.C.J. Reports 1996*, p. 610, para. 17; emphasis added). And that pursuant to both legal considerations and the Declaration itself means the Federal Republic of Yugoslavia’s legal identity and continuity with the former SFRY. If, on the other hand, legal identity and continuity was a condition on which depended the status of the Federal Republic of Yugoslavia as a party to multilateral conventions, including the Genocide Convention, another highly relevant question emerges: namely, is the Declaration as such capable of producing legal

*nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 44; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 472-473, par. 47; les italiques sont de moi).

71. Compte tenu des règles propres à l'interprétation des actes juridiques unilatéraux, la question se pose naturellement de savoir si la République fédérale de Yougoslavie avait, par cette déclaration, l'intention d'assumer des obligations *ex foro externo*.

72. Si la déclaration est lue comme un tout et interprétée comme formant un tout, la réponse doit, semble-t-il, être négative. Il est souligné dans l'introduction que les participants à la session commune de l'Assemblée de la RFSY, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro «[s]ouhaitent exprimer leurs vues sur les *objectifs* fondamentaux, immédiats et à long terme de la *politique* de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les anciennes républiques yougoslaves» (les italiques sont de moi). On trouve rarement dans le domaine du droit international des déclarations de politique générale. Dans l'affaire du *Nicaragua*, examinant la question de savoir si l'on pouvait déduire un quelconque engagement juridique des communications adressées par la junte du gouvernement de reconstruction nationale du Nicaragua au Secrétaire général de l'Organisation des Etats américains avec le «plan pour la paix», la Cour a notamment constaté ceci:

«Il s'était agi d'une *promesse essentiellement politique*, faite non seulement à l'Organisation mais aussi au peuple du Nicaragua qui devait en être le premier bénéficiaire... Cette partie de la résolution *n'est qu'une simple déclaration ne comportant pas d'offre formelle pouvant constituer, par son acceptation, une promesse en droit et donc une obligation juridique.*» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 132, par. 261; les italiques sont de moi.)

En outre, si, par hypothèse, les participants avaient souhaité que la déclaration produise des effets juridiques, ces effets auraient été exprimés comme étant la confirmation ou la sauvegarde de droits et obligations existants et non comme la prise en charge d'obligations *pro futuro*. L'interprétation de la déclaration «en tenant compte des mots effectivement employés», «telle qu'elle se présente», porte inévitablement à la conclusion, comme la Cour elle-même l'a dit, que l'intention était de «*demeurer liée* par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie» (C.I.J. Recueil 1996, p. 610, par. 17; les italiques sont de moi). Dès lors, en vertu tant de considérations juridiques que de la déclaration elle-même, cela signifie qu'il y a identité et continuité juridiques entre l'ex-RFSY et la République fédérale de Yougoslavie. Si, en revanche, l'identité et la continuité juridiques étaient une condition dont dépendait le statut de la République fédérale de Yougoslavie en tant que partie à des conventions multilatérales, y compris la convention sur le

effects without having been accepted, expressly or tacitly, by other international subjects, including the United Nations?

Obviously not, because declarations, like other unilateral acts, used to carry out obligations in relation to treaties, are governed by the law of treaties as applied to the particular convention. In general, unilateral legal acts as such, being self-contained, are not in the nature of synallagmatic obligations which form the substance of treaties.

73. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) stipulates in Article XI:

“The present Convention shall be open until 31 December 1949 for signature on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State to which an invitation to sign has been addressed by the General Assembly.

The present Convention shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

After 1 January 1950, the present Convention may be acceded to on behalf of any Member of the United Nations and of any non-member State which has received an invitation as aforesaid.

Instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.”

It would appear that ratification and accession are the sole means of expressing consent to be bound by the Convention. Article XI expresses the intention of the authors of the Convention:

“The Secretariat’s draft provided as an alternative solution accessions only, on the theory that the approval of the Convention by the representatives of the governments in the General Assembly may obviate the necessity for signature. The *ad hoc* Committee, however, preferred the usual procedure of signature followed by ratification, for the original members.”<sup>40</sup>

74. It appears that the Court in addition strongly relied on the finding that: “it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention” (*I.C.J. Reports 1996*, p. 610, para. 17). However, that finding does not seem convincing in the light of the legal nature of the issue of jurisdiction (see paras. 41-44 above).

<sup>40</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 47.

génocide, il se pose alors une autre question éminemment pertinente: la déclaration est-elle à même de produire des effets juridiques sans avoir été acceptée, expressément ou tacitement, par d'autres sujets de droit international, y compris l'Organisation des Nations Unies?

A l'évidence non, car les déclarations, comme les autres actes unilatéraux établis aux fins d'assumer des obligations conventionnelles, sont régies par le droit des traités, tel qu'il s'applique à la convention particulière dont il s'agit. En règle générale, les actes juridiques unilatéraux étant, en tant que tels, autonomes, ils ne sont pas de même nature que les obligations synallagmatiques qui constituent l'essence des traités.

73. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) dispose, en son article XI:

«La présente Convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet.

La présente Convention sera ratifiée et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente Convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout Etat non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée.

Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.»

Il apparaît que la ratification et l'adhésion sont les seuls moyens d'exprimer le consentement à être lié par la Convention. L'article XI exprime l'intention des auteurs de la Convention:

«Le projet du secrétariat ne proposait comme alternative que l'adhésion, adoptant pour théorie que l'approbation de la Convention par les représentants des gouvernements présents à l'Assemblée générale pouvait pallier la nécessité de signature. Le comité *ad hoc*, toutefois, a préféré adopter la procédure habituelle de signature suivie de la ratification pour les Membres fondateurs.»<sup>40</sup>

74. Il semble que la Cour s'appuyait en outre fermement sur la conclusion selon laquelle «il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 610, par. 17). Toutefois, cette conclusion ne paraît guère convaincante compte tenu de la nature juridique de la question de la compétence (voir par. 41-44 ci-dessus).

<sup>40</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 47.

7. *The issue of the respondent Party*

Serbia has been designated as the respondent Party on the basis of two premises:

- (i) the status of Serbia as the continuing State vis-à-vis the State Union of Serbia and Montenegro; and
- (ii) the view that the Republic of Montenegro as the successor State is *ipso facto* relinquished of any form of delictual responsibility.

However, neither one of these two premises has been applied consistently.

As regards the first premise, it seems clear that Serbia is the legal continuator of the State Union of Serbia/Montenegro. A delicate question, not even touched upon by the Judgment, is that of the legal status of Serbia and Montenegro from 2000 onwards.

75. At the end of the year 2000 the FRY, acting in the appropriate context, did two things:

- (i) renounced the continuity claim and accepted the status of successor State to the former SFRY; and
- (ii) proceeding on the bases of this new capacity — as the successor State — submitted an application for admission to membership in the United Nations.

76. The State, as a notion of international law, comprises two elements, i.e., has two facets:

- (i) statehood in the sense of the relevant attributes such as a defined territory, a stable population and sovereign power;
- (ii) legal personality, i.e., status as a subject of international law equipped with a corpus of rights and obligations. In the light of the relevant circumstances, the legal personality of the Federal Republic of Yugoslavia can be either inferential and derivative in nature — based on legal identity with and continuation of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia — or inherent and original in nature — based on status as a new State.

77. By submitting an application for admission to membership in the United Nations, Yugoslavia not only renounced the claim to legal identity and continuity; it sought at the same time to be recognized as a new State, one with a different legal personality — a successor State as opposed to the partial continuation of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia — from the one claimed until the year 2000. In fact, it accepted the claim qualified as the claim put forward by the international community when the Federal Republic of Yugoslavia was formally proclaimed in April 1992. A claim which the relevant international organizations and States, acting individually or *in corpore* as members of organizations, did not however implement either formally or substantively. Instead, they opted for solutions based on pragmatic political con-

### 7. *La question de la partie défenderesse*

La Serbie a été désignée comme la partie défenderesse à partir de deux hypothèses :

- i) son statut d'Etat continuateur de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro ; et
- ii) l'idée que la République du Monténégro, en tant qu'Etat successeur, était *ipso facto* privée de toute forme de responsabilité délictuelle.

Toutefois, aucune de ces deux hypothèses n'a été appliquée de façon cohérente.

En ce qui concerne la première, il paraît clair que la Serbie est le continuateur juridique de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro. La question délicate qui se pose, et qui n'a pas même été abordée dans l'arrêt, est celle du statut juridique de la Serbie-et-Monténégro à partir de l'an 2000.

75. A la fin de l'an 2000, la RFY a, dans le contexte pertinent, fait deux choses :

- i) elle a renoncé à sa prétention de continuité et a accepté le statut d'Etat successeur de l'ex-RFSY ; et
- ii) agissant sur le fondement de cette nouvelle capacité — celle d'Etat successeur —, elle a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies.

76. L'Etat, en tant que notion de droit international, est composé de deux éléments, c'est-à-dire qu'il a deux facettes :

- i) le statut d'Etat, entendu au sens des attributs pertinents comme un territoire défini, une population stable, un pouvoir souverain ;
- ii) la personnalité juridique, c'est-à-dire que c'est un sujet de droit international ayant des droits et des obligations. Dans les circonstances de l'espèce, la personnalité juridique de la République fédérale de Yougoslavie peut être établie par déduction et de manière dérivée — étant fondée sur l'identité juridique et la continuation de la République fédérative socialiste de Yougoslavie — ou bien être inhérente et initiale — étant fondée sur la qualité d'Etat nouveau.

77. En présentant une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies, la Yougoslavie n'a pas seulement renoncé à sa thèse de l'identité et de la continuité juridiques ; elle a voulu en même temps être reconnue comme un Etat nouveau, un Etat doté d'une personnalité juridique différente — un Etat successeur et non un Etat assurant la continuité partielle de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie — de celle revendiquée jusqu'en 2000. En fait, elle a accepté ladite thèse comme étant celle de la communauté internationale au moment où la République fédérale de Yougoslavie a été proclamée officiellement en avril 1992, une thèse que les organisations internationales compétentes et les Etats, agissant individuellement ou *in corpore* en tant que membres d'organisations, n'ont toutefois pas mise en œuvre ni formellement ni

siderations rather than on considerations under international law. Thus arose a legal “Rashomon” as to Yugoslavia’s juristic character — was it a new State or the old State? And as to its status in the United Nations — was it a Member of the United Nations or not?

78. Yugoslavia’s admission to membership of the United Nations from 1 November 2000 also meant acceptance of its claim to recognition as a new State, in the sense of a new international personality different from its controversial, hybrid personality in the period 1992-2000. The claim was accepted by way of a series of collateral agreements in simplified form, or a general collateral agreement in simplified form, between the Federal Republic of Yugoslavia, on the one hand, and the Member States of the United Nations and the world Organization itself, on the other, embodied tacitly in the letter and spirit of General Assembly resolution 55/12 and subsequent consistent practice of the Organization (*exempli causa*, the letter of the Under-Secretary-General and Legal Counsel of the United Nations of 8 December 2000 and the list of Member States with the dates of their admission to the United Nations (United Nations Press Release ORG/1317 updated 18 December 2000)). The subject of the series of collateral agreements, or of the general collateral agreement, is in fact recognition of the Federal Republic of Yugoslavia as a new personality, a personality being the successor State of the former SFRY, and its admission in that capacity to the world Organization as a Member. Thus, Yugoslavia, although the “old State” in the statehood sense, was universally recognized as a “new State” in the sense of its international legal personality. In view of the fact that recognition of a State has *ex definitione* retroactive effect, it necessarily follows that all pronouncements and decisions taken relate to the FRY claiming continuity with the SFRY. And, as the Federal Republic of Yugoslavia after the year 2000, its legal existence as a new international legal personality started in November 2000 with its admission to membership of the United Nations.

The second premise, on the other hand, has not been consistently followed in relation to the Republic of Montenegro. It has been applied to parts of the Judgment, but not to the Judgment as a whole. Thus, the Republic of Montenegro must immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under Articles I and VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to punish acts of genocide as defined by Article II of the Convention, or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention, and to transfer individuals accused of genocide or any of those other acts for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and to cooperate fully with the Tribunal. Incidentally, this fact, too, could be taken

substantiellement. Ils ont opté pour des solutions fondées sur des considérations politiques pragmatiques et non sur le droit international. S'est alors posé un problème de droit à la «Rashomon» quant au statut juridique de la Yougoslavie — était-ce un Etat nouveau ou bien l'ancien Etat? Et le problème se posait quant à son statut au sein des Nations Unies — était-ce ou non un Etat Membre des Nations Unies?

78. L'admission de la Yougoslavie aux Nations Unies à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2000 signifiait aussi que sa demande visant à être reconnue en qualité d'Etat nouveau était acceptée, en ce sens qu'elle avait désormais une personnalité internationale nouvelle, différente de sa personnalité controversée et hybride de la période allant de 1992 à 2000. Cette thèse a été acceptée par des accords accessoires en forme simplifiée, ou un accord accessoire général en forme simplifiée, conclus entre la République fédérale de Yougoslavie, d'une part, et les Etats Membres des Nations Unies et l'Organisation mondiale elle-même, de l'autre, accords consacrés tacitement dans la lettre et l'esprit de la résolution 55/12 de l'Assemblée générale et la pratique cohérente ultérieure de l'Organisation (voir par exemple la lettre du Secrétaire général adjoint, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, en date du 8 décembre 2000 et la liste des Etats Membres dans laquelle figure la date de leur admission aux Nations Unies (communiqué de presse des Nations Unies ORG/1317, mise à jour du 18 décembre 2000). Ces accords accessoires ou l'accord accessoire général ont en réalité pour objet la reconnaissance de la République fédérale de Yougoslavie en tant que personnalité juridique nouvelle, en tant qu'Etat successeur de l'ex-RFSY, et son admission en cette qualité à l'Organisation mondiale dont elle devient Membre. Dès lors, la Yougoslavie, tout en étant l'«ancien Etat» au sens du statut d'Etat, a été universellement reconnue comme un «Etat nouveau» au sens de sa personnalité juridique internationale. Etant donné que la reconnaissance d'un Etat a *ex definitione* un effet rétroactif, il s'ensuit nécessairement que tous les prononcés et décisions adoptés se rapportent à la RFY qui prétendait assurer la continuité de la RFSY. Et, en tant que République fédérale de Yougoslavie après l'an 2000, son existence juridique en tant que nouvelle entité juridique internationale a commencé en novembre 2000 avec son admission à l'Organisation des Nations Unies.

La seconde hypothèse n'a, en revanche, pas été suivie de façon cohérente en ce qui concerne la République du Monténégro. Elle a été appliquée dans certaines parties de l'arrêt, mais pas dans son ensemble. Dès lors, la République du Monténégro doit prendre immédiatement des mesures efficaces pour garantir le plein respect de l'obligation qui lui incombe en vertu des articles I et VI de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de punir les actes de génocide définis à l'article II de la Convention ou tout autre acte prohibé par l'article III et de transférer au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie les personnes accusées de génocide ou d'autres actes et de coopérer pleinement avec ledit Tribunal. Cela pourrait d'ailleurs être considéré comme attes-



as evidence of oversensitivity to the factual and political aspect of the whole matter.

## PART II. SUBSTANTIVE ISSUES

### I. Genocide Convention as Applicable Law

#### 1. Genocidal intent as *conditio sine qua non* of the crime of genocide

79. A genocidal act can exist only under conditions defined by the body of law established by the Convention. Acts enumerated in Article II, in subparagraphs (a) to (e), are not genocidal acts in themselves, but only the physical or material expression of specific, genocidal intent. In the absence of a direct *nexus* with genocidal intent, acts enumerated in Article II of the Convention are simply punishable acts falling within the purview of other crimes, *exempli causa* war crimes or crimes against humanity.

80. Genocide as a distinct crime is characterized by the subjective element — intent to destroy a national, ethnical, racial and religious group as such — an element which represents the *differentia specifica* distinguishing genocide from other international crimes with which it shares substantially the same objective element<sup>41</sup>. In the absence of that intent, whatever the degree of atrocity of an act and however similar it might be to the acts referred to in the Convention, that act can still not be called genocide<sup>42</sup>.

81. It appears that four elements are distinguishable within genocidal intent: (a) the degree of the intent; (b) destruction; (c) a national, ethnical, racial or religious group; (d) in whole or in part.

Although separate, the four elements make up a legal whole characterizing in their cumulative effect, genocidal intent as the subjective element of the crime of genocide. The absence of any of them disqualifies the intent from being genocidal in nature. As a legal unity, these elements, taken *in corpore*, demonstrate that genocidal intent is not merely something added to physical acts capable of destroying a group of people. It is an integral, permeating quality of these acts taken individually, a quality that transforms them from simple punishable acts into genocidal acts. In

<sup>41</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 15; Drost, *Genocide*, II, 1959, p. 82; *Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, prepared by N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4, Sub.2/416, 4 July 1978, para. 96; *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, prepared by Mr. B. Whitaker, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 July 1985), paras. 38-39.

<sup>42</sup> *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 69th meeting.

tant une hypersensibilité à l'aspect factuel et politique du problème dans son ensemble.

## PARTIE II. QUESTIONS DE FOND

### *I. La convention sur le génocide en tant que droit applicable*

#### *1. L'intention génocidaire est une condition sine qua non du crime de génocide*

79. L'existence d'un acte de génocide en tant que tel ne peut être établie qu'au regard des conditions prévues par les dispositions de la convention. Les actes énumérés aux *litt. a) à e)* de l'article II ne sont pas en eux-mêmes des actes de génocide mais seulement l'expression physique ou matérielle d'une intention génocidaire spécifique. A défaut de pouvoir être directement rattachés à l'intention génocidaire, les actes énumérés à l'article II de la Convention sont simplement des actes punissables qui relèvent d'autres crimes, les crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, par exemple.

80. Le génocide en tant que crime distinct se caractérise par son élément subjectif — l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel —, élément qui constitue la *differentia specifica* distinguant le génocide d'autres crimes internationaux avec lesquels il partage, en grande partie, l'élément objectif<sup>41</sup>. En l'absence de cette intention, un acte, quels que soient son degré d'atrocité et sa similitude avec les actes visés par la Convention, ne peut pas être qualifié de génocidaire<sup>42</sup>.

81. L'intention génocidaire recouvre, semble-t-il, quatre composantes distinctes: *a)* le degré d'intention; *b)* la destruction; *c)* le groupe national, ethnique, racial ou religieux; *d)* en tout ou en partie.

Bien que distinctes, les quatre composantes forment un tout juridique; ensemble, elles constituent l'intention génocidaire, élément subjectif du crime de génocide. L'absence de l'une quelconque de ces composantes interdit de considérer l'intention comme une intention génocidaire. En tant qu'ensemble juridique, ces composantes, prises *in corpore*, sont la preuve que l'intention génocidaire n'est pas un élément qui viendrait simplement s'ajouter à des actes physiques à même de détruire un groupe d'individus. L'intention est une qualité intrinsèque, omniprésente, de ces

<sup>41</sup> N. Robinson, *The Genocide Convention*, 1949, p. 15; Drost, *Genocide*, II, 1959, p. 82; «Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide» établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 96; version révisée et mise à jour de l'«Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide» établie par M. B. Whitaker, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985, par. 38-39.

<sup>42</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 69<sup>e</sup> séance.

other words, such intent is a qualitative feature of genocide distinguishing it from all other crimes, indeed its constituent element *stricto sensu*.

82. Genocidal intent is genuine in nature. It is not simply a guilty mind, but a mind guilty of destruction of a religious, ethnic, national or racial group as such. The distinguishing feature of genocidal intent is not that it is discriminatory because that is only its most general characteristic shared with, for instance, crimes against humanity. But, whereas in the case of persecution, an act of crime against humanity, discriminatory intent can take multifarious inhumane forms and manifest itself in a multiplicity of actions, including murder, in the case of genocide, an extreme and the most inhumane form of persecution, that intent must be accompanied by the particular intent to destroy in whole or in part the group to which the victims belong<sup>43</sup>. “*Mens rea*” in the realm of the crime of genocide is complex and must not be reduced to the standard form of *mens rea* required for criminal offences. It encompasses two levels — the *mens rea* as the pendant to the *actus reus*, i.e., an act constituting genocide pursuant to Article II (subparas. (a), (b), (c), (d) or (e)) and the “intent to destroy” a protected group as such, the specific intent inherent in genocide. It is therefore rightly stressed that “guaranteeing the rule of law and the respect for the principle *nullum crimen sine lege* require that ‘the two intents’ ought to be strictly separated when it comes to prove the facts necessary to establish the innocence or guilt of an accused”<sup>44</sup>. In addition, both parts of *mens rea* are characterized by the existence of two components — conscience (*la conscience*; *Wissen*) and will (*la volonté*; *Wollen*). In their various expressions they offer four different kinds of *mens rea*, in descending order of seriousness — *dolus specialis*, *dolus directus*, *dolus indirectus* (indirect intent) and *dolus eventualis* (conditional intent), which, in general terms, correspond to intention, recklessness and criminal negligence in the common law). *Mens rea* as the pendant to the acts constituting the material element — the *actus reus* — of the crime should exist in the form of *dolus directus*. This means that the perpetrator is conscious of the effect of the act (intellectual element) and has the will to commit the act (voluntary or emotional element).

## 2. Degree of intent

83. In terms of degree, the intent to destroy the group, as *dolus*

<sup>43</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić*, Trial Judgment, para. 636.

<sup>44</sup> Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2, 2001, p. 400.

actes pris individuellement, qui transforme de simples actes punissables en actes de génocide. Autrement dit, cette intention est une composante qualitative du génocide, qui le distingue de tous les autres crimes — c'est, à la vérité, son élément constitutif *stricto sensu*.

82. L'intention génocidaire existe comme telle. Elle ne caractérise pas seulement un esprit coupable, mais un esprit coupable de la destruction d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel. Elle ne se résume pas à l'élément discriminatoire, qui n'en constitue que la caractéristique la plus générale — qu'elle partage, par exemple, avec les crimes contre l'humanité. Mais alors que, dans le cas de la persécution, acte relevant du crime contre l'humanité, l'intention discriminatoire peut revêtir diverses formes inhumaines et s'exprimer par le biais d'une multitude d'actes, dont l'assassinat, l'intention requise pour le génocide, étant donné que le génocide est une forme extrême de persécution — la plus inhumaine des formes qu'elle puisse revêtir —, doit s'accompagner de celle de détruire, en tout ou en partie, le groupe auquel les victimes appartiennent<sup>43</sup>. La *mens rea* revêt, en ce qui concerne le crime de génocide, une nature complexe et ne se réduit pas à la forme classique de la *mens rea* du droit pénal. Deux niveaux sont à prendre en compte — la *mens rea* en tant que complément de l'*actus reus*, à savoir les actes constitutifs de génocide au sens de l'article II (*litt. a), b), c), d) et e)*) et «l'intention de détruire» des groupes protégés comme tels, en tant qu'intention particulière inhérente au génocide. C'est donc à juste titre qu'il a été souligné que, «pour garantir la primauté du droit et le respect du principe *nullum crimen sine lege*, il convient de distinguer rigoureusement les «deux intentions» lorsqu'il s'agit d'établir les faits requis pour décider de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé»<sup>44</sup>. En outre, les deux aspects de la *mens rea* se caractérisent par la présence de deux composantes — la conscience (*conscience; Wissen*) et la volonté (*will; Wollen*). Dans leur manifestation cumulative, ils se déclinent — par ordre décroissant de gravité — en *dolus specialis*, *dolus directus*, *dolus indirectus* (intention indirecte) et *dolus eventualis* (intention conditionnelle), qui correspondent globalement à l'intention, l'imprudence (*recklessness*) et la négligence criminelle (*criminal negligence*) en droit anglo-saxon. La *mens rea* comme complément des actes constitutifs de l'élément matériel — *actus reus* — du crime doit être présente sous forme de *dolus directus*. Autrement dit, l'auteur du crime doit être conscient de l'effet de l'acte (élément psychologique) et avoir la volonté de commettre l'acte (élément d'intention ou élément émotionnel).

## 2. Le degré de l'intention

83. Pour ce qui est de son degré, l'intention de détruire le groupe, en

<sup>43</sup> TPIY, *Le procureur c. Kupreškić*, chambre de première instance, jugement, par. 636.

<sup>44</sup> Triffterer, «Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2001, p. 400.

*specialis*, is at the very top of the hierarchy of culpable mental states. As such, it excludes *culpa*, *dolus eventualis* (recklessness) or negligence<sup>45</sup>. The crime of genocide is “unique because of its element of *dolus specialis* (special intent)”<sup>46</sup>, which is in fact the constituent element of the crime of genocide. The degree of *dolus specialis* means that it is not sufficient that the accused “*knows* that his acts will inevitably, or . . . probably, result in the destruction of the group in question, but that the accused must seek the destruction in whole or in part, of a . . . group”<sup>47</sup>.

In other words, special intent is characterized by the voluntary element, the purposeful and active will to destroy the protected group. Knowledge of the natural and foreseeable consequences of the acts performed is not *per se* sufficient to constitute the intent to destroy. It must be accompanied by the desire to destroy the groups; this is an additional requirement in the structural sense and a dominant one in the normative sense. In order for these to be genocide the acts prohibited in Article II of the Convention must be committed with “intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”.

### 3. Destruction

84. Under Article II of the Convention, the expression “to destroy” means the material (physical and biological) type of genocide. Physical genocide is addressed in subparagraphs (a), (b) and (c), whereas biological genocide is covered by subparagraph (d).

In subparagraphs (a) and (c) the matter seems self-evident. Whereas the act of killing is a clear *modus operandi* of physical genocide<sup>48</sup>, the expression “physical destruction” employed in subparagraph (c) rules out the possibility of any interpretation to the effect that infliction on the group of any conditions of life other than those leading to the physical destruction of the group may represent an act of genocide. The word “deliberately” was included there to denote a precise intention, i.e., premeditation related to the creation of certain conditions of life<sup>49</sup>. According to the *travaux préparatoires*, such acts would include “putting of a group . . . on a regimen of insufficient food allocation, reducing required

<sup>45</sup> Cassese, *Genocide in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, I, p. 338.

<sup>46</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kambanda*, No. ICTR-97-23-S, 4 September 1998, para. 16.

<sup>47</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, paras. 85-86.

<sup>48</sup> Killing of members of the group as the material element in subparagraph (a) is shown if the victim has died and the death resulted from an unlawful act or omission (ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, No. ICTR-96-4-T, 1998, para. 589).

<sup>49</sup> A/C.6/SR.82, p. 3; N. Robinson, *op. cit.*, p. 16.

tant qu'intention précise (*dolus specialis*), se situe au sommet de la hiérarchie des états mentaux de la culpabilité. En tant que telle, elle exclut la *culpa*, le *dolus eventualis* (imprudence) ou la négligence<sup>45</sup>. Le crime de génocide est «unique en raison de l'élément de *dolus specialis* (intention précise)»<sup>46</sup>, qui est de fait l'élément constitutif de ce crime. Le degré de *dolus specialis* requis implique qu'il ne suffit pas que l'accusé «sache que ses actes auront pour conséquence certaine, voire ... vraisemblable, la destruction du groupe en question»; il doit «rechercher la destruction de tout ou partie du groupe»<sup>47</sup>.

En d'autres termes, l'intention précise se caractérise par l'élément de volonté — volonté délibérée et active de détruire le groupe protégé. Le fait de savoir quelles seront les conséquences naturelles et prévisibles des actes accomplis n'est pas, par lui-même, constitutif de l'intention de détruire. Il doit s'y ajouter le fait de chercher à détruire le groupe, critère supplémentaire au sens structurel, et prépondérant au sens normatif. Pour être réputés prohibés par l'article II de la Convention, les actes doivent être commis dans «l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel».

### 3. La destruction

84. Le terme «détruire», au sens de l'article II de la convention, désigne le génocide de type matériel (physique et biologique). Le génocide physique est visé aux *litt. a), b) et c)*, le génocide biologique au *litt. d)*.

S'agissant des *litt. a) et c)*, la question semble évidente. Si le meurtre est à n'en pas douter un *modus operandi* du génocide physique<sup>48</sup>, l'expression «destruction physique» employée au *litt. c)* exclut la possibilité de considérer que la soumission du groupe à des conditions d'existence qui ne conduiraient pas à cette destruction pourrait constituer un acte de génocide. L'adjectif «intentionnelle» a été introduit pour marquer une intention précise de destruction, en d'autres termes la préméditation liée à la création de certaines conditions d'existence<sup>49</sup>. Au vu des travaux préparatoires de la convention, pourraient, par exemple, constituer de tels actes «la soumission d'un groupe ... à un régime alimentaire de subsis-

<sup>45</sup> Cassese, *Genocide in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, I, p. 338.

<sup>46</sup> TPIR, *Le procureur c. Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23-S, 4 septembre 1998, par. 16.

<sup>47</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, par. 85-86.

<sup>48</sup> Les critères requis pour qu'il y ait meurtre de membres du groupe, en tant qu'élément matériel de la composante visée à l'alinéa *a)*, seraient remplis si la victime était morte et que sa mort était résultée d'un acte illégal ou d'une omission illégale (TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, 1998, par. 589).

<sup>49</sup> A/C.6/SR.82, p. 3; N. Robinson, *op. cit.*, p. 16.

medical attention, providing insufficient living accommodation, etc.”<sup>50</sup>, which results in slow death in contrast to immediate death under subparagraph (a) of Article II. The *differentia specifica* between the act of killing and the imposing of destructive conditions of life is, consequently, primarily expressed in the modalities of destruction — the latter case does not involve the temporal immediacy of killing as the means (*modus operandi*) of extermination but does result in extermination over time.

The legislative history of subparagraph (b) also demonstrates that the authors of the Convention understood “serious bodily or mental harm” to be a form of physical genocide. Physical suffering or injury without lethal consequences falls within the ambit of crimes against humanity and torture<sup>51</sup>. The expression “mental harm”, on the other hand, has a specific meaning in subparagraph (b). It was included at the insistence of China. Explaining the proposal by reference to the acts committed by Japanese occupying forces against the Chinese nation through the use of narcotics, China pointed out that, although these acts were not as spectacular as mass murders and the gas chambers of Nazi Germany, their results were no less lethal<sup>52</sup>. Accordingly, not every bodily or mental injury is sufficient to constitute the material element of genocide, but, as stated by the International Law Commission, “it must be serious enough to threaten group destruction”<sup>53</sup>, as destruction is understood in the Convention, i.e., physical and biological destruction.

Acts such as sterilization of women, castration, prohibition of marriages, etc., subsumed under “measures intended to prevent birth within the group”, constitute biological genocide. The extreme gravity of measures imposed to prevent births within the group with a view to annihilating the group’s national biological power is the criterion for differentiating between the genocidal act defined in subparagraph (b) and measures which may be taken against the will of members of a group within the framework of family planning and birth control programmes, measures which are sometimes descriptively called “genocide by another name” or “black genocide”<sup>54</sup>.

85. *Prima facie* only the act of forcible transfer of children of the

<sup>50</sup> N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.

<sup>51</sup> ICTY, *Prosecutor v. Delalić et. al.*, Trial Judgment, p. 511.

<sup>52</sup> *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 69th meeting, pp. 59-60.

<sup>53</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10*, United Nations doc. A/51/10 (1996), Art. 17.

<sup>54</sup> M. Treadwell, “Is Abortion Black Genocide?”, *Family Planning Perspectives*, Vol. 4, No. 4/1986, p. 24.

tance, la réduction des services médicaux prescrits au-dessous d'un minimum, le fait de ne pas fournir de logements suffisants, etc.»<sup>50</sup> — impliquant une mort lente, par opposition à la mort immédiate visée au *litt. a)* de l'article II. La *differentia specifica* entre le meurtre et la soumission à des conditions d'existence devant entraîner la destruction s'exprime donc essentiellement en termes de modalités de destruction — dans le second cas, le caractère d'immédiateté du meurtre en tant que moyen d'extermination (*modus operandi*) est absent; il s'agit d'une extermination à terme.

Il ressort également de la genèse du *litt. b)* que les auteurs de la convention interprétaient l'«atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» comme une forme de génocide physique. Les souffrances physiques ou atteintes à l'intégrité physique n'entraînant pas la mort tombent dans la catégorie des crimes contre l'humanité et de la torture<sup>51</sup>. L'expression «atteinte à l'intégrité mentale», en revanche, a un sens spécifique dans le libellé du *litt. b)*. Elle a été insérée à la demande insistante de la Chine. Expliquant sa proposition en évoquant les actes commis au moyen de stupéfiants par les forces d'occupation japonaises contre la nation chinoise, la Chine relevait que, si ces actes ne revêtaient pas le caractère spectaculaire des massacres et des chambres à gaz de l'Allemagne nazie, leurs conséquences n'en avaient pas été moins fatales<sup>52</sup>. Toute atteinte à l'intégrité physique ou mentale ne suffit donc pas pour constituer l'élément matériel du génocide: comme l'a affirmé la Commission du droit international, elle «doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire ... [l]e groupe»<sup>53</sup>, étant entendu par destructions celles définies par la convention — à savoir la destruction physique ou biologique.

Des actes tels que la stérilisation des femmes, la castration, l'interdiction des mariages, etc., réunis dans la catégorie des «mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe», sont constitutifs de génocide biologique. C'est l'extrême ampleur des mesures imposées pour empêcher les naissances au sein du groupe afin d'anéantir le potentiel biologique national d'un groupe qui constitue le critère permettant d'établir une distinction entre l'acte de génocide défini à l'alinéa *b)* et les mesures susceptibles d'être prises contre le gré des membres d'un groupe dans le cadre de programmes de régulation des naissances et de planification familiale, mesures parfois qualifiées de «génocide qui ne dit pas son nom» ou «génocide occulte» (*black genocide*)<sup>54</sup>.

85. A première vue, seul l'acte de transfert forcé d'enfants du groupe à

<sup>50</sup> N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.

<sup>51</sup> TPIY, *Le procureur c. Delalić et consorts*, chambre de première instance, jugement, p. 511.

<sup>52</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 69<sup>e</sup> séance, p. 59-60.

<sup>53</sup> Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, Nations Unies, doc. A/51/10 (1996), art. 17.

<sup>54</sup> M. Treadwell, «Is Abortion Black Genocide?», *Family Planning Perspectives*, vol. 4, n° 4/1986, p. 24.



group to another group does not fit into the concept of physical/biological genocide as defined in the Convention. However, it should be emphasized that the act of forcible transfer of children has been included in acts constituting genocide with the explanation that it has physical and biological effects since it imposes on young persons conditions of life likely to cause them serious harm, or even death<sup>55</sup>. In that sense, it is of considerable importance that the proposal to include cultural genocide in the Convention also has been understood to cover a number of acts which spiritually destroy the vital characteristics of a group, as observed in particular in forcible assimilation. The proposal was rejected on a vote of 26 against and 16 in favour with 4 abstentions<sup>56</sup>. Hence, it appears reasonable to assume that the underlying rationale of subparagraph (*e*) is “to condemn measures intended to destroy a new generation, such action being connected with the destruction of a group that is to say with physical genocide”<sup>57</sup>. Even if it is accepted that the act covered by subparagraph (*e*) constitutes “cultural” or “sociological” genocide, its meaning is *in concreto* of limited importance. *Primo*, as such it would be an exception to the rule regarding material genocide embodied in Article II of the Convention and, therefore, would be subject to restrictive interpretation. *Secundo*, the Applicant does not refer to “forcible transfer of children” as an act of genocide allegedly committed on its territory.

86. It follows that the difference between the act of killing members of the group and other acts constituting the *actus reus* of the crime of genocide is in the modalities rather than in the final effects. In that sense, the explanation given by the ICTR in the *Akayesu* case seems proper. It describes the act defined in subparagraph (*c*) of Article II of the Genocide Convention as “methods of destruction by which the perpetrator does not immediately kill the members of the group, but which, ultimately, seek their physical destruction”,<sup>58</sup> i.e., the so-called slow death.

87. There are two basic legal issues in the interpretation of the word “destruction”:

- (a) whether the destruction must take place in reality, i.e., be actual; and,
- (b) the scope of destruction.

88. Regarding the actual nature of destruction, there is some degree of difference among the various acts enumerated in Article II of the Convention.

<sup>55</sup> A/C.6/242.

<sup>56</sup> *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, 83rd meeting, p. 206.*

<sup>57</sup> *Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, prepared by N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur (E/CN.4/Sub.2/415, p. 25).

<sup>58</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, para. 505.

un autre groupe ne rentre pas dans le cadre de la notion de génocide physique/biologique telle que définie par la Convention. Toutefois, il convient de souligner que l'acte de transfert forcé d'enfants a été incorporé parmi les actes constitutifs de génocide au motif qu'il avait des effets physiques et biologiques, puisqu'il impose à de jeunes personnes des conditions d'existence susceptibles de porter gravement atteinte à leur intégrité, voire d'entraîner leur mort<sup>55</sup>. Il est, en ce sens, fort significatif que la proposition d'inclure dans la convention le génocide culturel ait également été comprise comme recouvrant un ensemble d'actes détruisant spirituellement les caractéristiques vitales du groupe, comme dans le cas de l'assimilation forcée. La proposition fut rejetée par vingt-six voix contre seize, avec quatre abstentions<sup>56</sup>. Il semble donc raisonnable de postuler que le motif sous-jacent du *litt. e)* est de «condamner les mesures visant à détruire une génération nouvelle, action qui est liée à la destruction d'un groupe, c'est-à-dire au génocide physique»<sup>57</sup>. Même s'il était admis que l'acte visé au *litt. e)* est constitutif de génocide «culturel» ou «sociologique», sa signification, en la présente espèce, serait d'une importance limitée. Premièrement, en tant que tel, il constituerait une exception à la règle relative au génocide matériel visé à l'article II de la convention et serait, par conséquent, susceptible d'être interprété de manière restrictive. Deuxièmement, le demandeur n'allègue pas le «transfert forcé d'enfants» parmi les actes de génocide qui auraient été commis sur son territoire.

86. Il s'ensuit que la distinction entre l'acte de meurtre de membres du groupe et d'autres actes constituant l'*actus reus* du crime de génocide réside plutôt dans les modalités que dans les conséquences finales. En ce sens, la qualification donnée par le TPIR en l'affaire *Akayesu* semble exacte. L'acte visé au *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide y est décrit comme un «moye[n] de destruction par [lequel] l'auteur ne cherche pas nécessairement à tuer immédiatement les membres du groupe, mais, à terme, vise leur destruction physique»<sup>58</sup>, autrement dit la «mort lente».

87. L'interprétation du terme «destruction» suscite deux interrogations juridiques fondamentales :

- a) la question de savoir si la destruction doit effectivement avoir lieu, autrement dit si elle doit être effective; et
- b) l'ampleur de cette destruction.

88. En ce qui concerne le caractère effectif de la destruction, il existe une certaine différence entre les actes énumérés à l'article II de la convention.

<sup>55</sup> A/C.6/242.

<sup>56</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 83<sup>e</sup> séance, p. 206.

<sup>57</sup> *Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide*, établie par N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/416, p. 24.

<sup>58</sup> TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, par. 505.

The act of “killing” implies actual destruction in terms of the proven result achieved. In that sense, the death of the victim is the essential element of the act of killing. Concerning this element, a vast and nearly uniform jurisprudence has been developed by both Tribunals, at least declaratively, in that, for example, in the *Krstić* case, the “missing” are treated as “dead”<sup>59</sup>.

In contrast to killing, acts of serious bodily or mental harm, and acts of forcible transfer of children, do not imply actual destruction, but a corresponding result, expressed in grievous bodily or mental harm and transfer of children respectively, and leading to destruction. In other words, in these two acts, the required result has a causal connection, in which the effect is deferred, with destruction.

The infliction of destructive conditions of life and the imposition of measures to prevent births, however, do not require any proof of a result; they represent, themselves, the result. For the sake of balance, and of legal security, however, in respect of such acts the intent requirement is more stringent, since they, unlike the acts for which a specific result is required, must be undertaken “deliberately” and must be “calculated”, in the case of infliction of destructive conditions on the group, and must be “intended” to prevent births, in the case of the imposition of measures.

89. The intrinsic differences among the acts enumerated in Article II of the Convention in their relation to the destruction of the protected group as the ultimate *ratio leges* of the Convention require a particularly cautious approach in the determination of the *actus reus* of the crime of genocide.

In contrast to “killing”, all other acts constituting an *actus reus* of genocide, falling short of causing actual destruction, merely have the potential capacity to a greater or lesser extent, to destroy a protected group. Legally, this makes them more akin to an attempt to commit genocide. In reality, these acts, therefore, may be seen more as evidence of intent than as acts of genocide as such. Of course, from the standpoint of criminal policy, genocide may be characterized as any form of denial of a group’s right to survive; the 1948 Convention is indeed a Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, but still it is a fact that the line between acts short of actual destruction and attempts to commit genocide may be invisible, especially at the decision-making time.

<sup>59</sup> ICTY, *Čelebići*, Appeal Judgment, paras. 422-423; *Blaškić*, Trial Judgment, para. 217; *Kupreškić*, Trial Judgment, paras. 560-561; ICTR, *Kayishema*, Trial Judgment, para. 140; *Akayesu*, Trial Judgment, para. 588; ICTY, *Krstić*, Trial Judgment, para. 485.

L'acte de «meurtre» implique une destruction réelle exprimée par le résultat obtenu et prouvé. En ce sens, l'élément essentiel de cet acte est la mort de la victime. Sur cet aspect des choses, les deux tribunaux ont développé une jurisprudence très large et pratiquement uniforme — d'un point de vue déclaratif du moins puisque, par exemple, dans l'affaire *Krstić*, les «personnes portées disparues» sont traitées comme «décédées»<sup>59</sup>.

Contrairement au meurtre, les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ainsi que le transfert forcé d'enfants s'accompagnent non pas d'une réelle destruction, mais d'un résultat équivalent qui s'exprime par un grave dommage physique ou mental ou le déplacement d'enfants et entraîne la destruction. En d'autres termes, dans ces deux cas, le résultat recherché s'inscrit dans une relation de cause à effet — lequel effet est décalé dans le temps — c'est-à-dire à la destruction.

En ce qui concerne les actes consistant à soumettre les intéressés à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction, ou à entraver les naissances, aucune preuve du résultat n'est toutefois requise; en effet, ces actes représentent en eux-mêmes le résultat. A des fins d'équilibre et de sécurité juridique, cependant, le critère de l'intention est dans ce cas plus strict, puisque, à la différence des actes appelant des résultats, ceux-ci doivent avoir été accomplis de manière «intentionnelle», par la soumission du groupe à des conditions «devant» entraîner sa destruction, et «délibérés», par des mesures visant à entraver les naissances.

89. Les différences intrinsèques qui existent entre les actes énumérés à l'article II de la convention, pour ce qui est de leur rapport à la destruction du groupe protégé en tant que *ratio legis* ultime de la convention, appellent une approche particulièrement prudente quand il faut établir l'*actus reus* du crime de génocide.

Contrairement au cas du «meurtre», tous les autres actes constitutifs de l'*actus reus* du crime de génocide, en tant qu'ils n'équivalent pas à une destruction effective, ont seulement le potentiel, plus ou moins grand, de détruire un groupe protégé, ce qui les rapproche plutôt, d'un point de vue juridique, de la tentative de génocide. De fait, ces actes peuvent donc être perçus davantage comme une preuve de l'intention que comme des actes de génocide proprement dit. Bien évidemment, du point de vue du droit pénal, on peut entendre par génocide toute forme de déni à un groupe de son droit à survivre; la Convention de 1948 est certes une convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, mais il n'en demeure pas moins que la frontière entre des actes n'équivalant pas à une destruction effective et des tentatives de génocide peut être difficile à établir, en particulier au moment de la prise de décision.

<sup>59</sup> TPIY, *Le procureur c. Čelebići*, chambre d'appel, arrêt, par. 422-423; *Le procureur c. Blaškić*, chambre de première instance, jugement, par. 217; *Le procureur c. Kupreškić*, chambre de première instance, jugement, par. 560-561; TPIR, *Le procureur c. Kayishema*, chambre de première instance, jugement, par. 140; *Le procureur c. Akayesu*, chambre de première instance, jugement, par. 588; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 485.

For the proper application of the Law on Genocide, as embodied in the Convention, acts of genocide, or more precisely the methods and means of execution of acts of genocide short of actual destruction, must be evaluated strictly, not only from the subjective but also from the objective standpoint. The last point of view concerns basically the capability of a particular action or actions to produce genocidal effects. In other words, the destructive capacity in terms of material destruction must be discernible in the action itself, apart from in tandem with the intention of the perpetrator.

### 3.1. *Scope of destruction*

90. As far as the required scope of destruction is concerned, two criteria emerged in the emerging case-law of the Tribunals.

One implies the destruction of the group in terms of the sheer size of the group and its homogenous numerical composition, the so-called quantitative approach. As a rule, it is presented in the form of a “substantial” part, which means “a large majority of the group in question”<sup>60</sup>.

The second criterion, however, contemplates the destruction of the elite or of the leadership of the group, which are considered to be of substantial importance for its existence. For this criterion, it is considered sufficient “if the destruction is related to a significant section of the group, such as its leadership”<sup>61</sup>.

Alternatively, the qualitative and quantitative scope of the destruction cannot possibly fit into the *genus proximum* of the crime of genocide; moreover, it conflicts with the logical considerations. It is not clear how two by nature diametrically opposite criteria may ensure the sound administration of justice in the specific case. A possible consequence of their combined application might merely be the relativization, due to the disintegration of the constitutive elements of the crime of genocide, of the protection offered by the Convention to the national, ethnic, religious or racial groups. The intention to destroy a group is divided, in the event of the application of both criteria, between the “intention to destroy a group en masse” and the intention to destroy “a more limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have upon the survival of the group . . .”<sup>62</sup>. Introducing the characterization of genocide, even when the intent to exterminate covers only a limited geographic area, particularly allows for subjective and arbitrary delimitations. It could be said that “this degree of indeterminacy

<sup>60</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelišić*, Trial Judgment, p. 26, para. 82.

<sup>61</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, p. 149, para. 525; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 587.

<sup>62</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelišić*, Trial Chamber, para. 82.

La bonne application du droit relatif au génocide, tel qu'il est énoncé dans la Convention, implique nécessairement que les actes de génocide — ou, plus précisément, les méthodes et les moyens par lesquels sont commis des actes de génocide n'équivalant pas à une destruction effective — soient rigoureusement évalués non seulement du point de vue subjectif, mais également du point de vue objectif. Ce dernier concerne pour l'essentiel l'aptitude d'une ou de plusieurs actions à produire des effets relevant du génocide. Ce potentiel de destruction, s'agissant de destruction matérielle, doit, en d'autres termes, pouvoir être discerné dans l'action elle-même, indépendamment et en sus de l'intention de l'auteur.

### 3.1. L'ampleur de la destruction

90. En ce qui concerne la question de l'ampleur de la destruction, deux critères ressortent de la jurisprudence récente des tribunaux.

Le premier critère vise la destruction du groupe du point de vue de ses dimensions mêmes et de sa composition numérique homogène : il s'agit de l'approche dite quantitative. Il est généralement fait référence à une «partie substantielle», ce qui correspond à «une forte proportion du groupe en question»<sup>60</sup>.

Le second critère vise en revanche la destruction de l'élite ou des dirigeants du groupe, qui sont considérés comme revêtant une forte importance pour l'existence de tout le groupe. «[S]i cette destruction vise une composante importante de ce groupe, telle que ses dirigeants», elle est considérée comme suffisante<sup>61</sup>.

Une autre hypothèse consiste à dire que le *genus proximum* du crime de génocide ne cadre pas avec l'ampleur qualitative et l'ampleur quantitative de la destruction — ce qui, du reste, serait contraire à la logique. On voit mal comment deux critères qui, par nature, sont diamétralement opposés pourraient permettre une bonne administration de la justice en l'espèce. Leur application conjuguée, et la désintégration des éléments constitutifs du crime de génocide qu'elle suppose, pourrait tout simplement conduire à une relativisation de la protection conférée par la convention aux groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux. L'application des deux critères revient à scinder l'intention de détruire un groupe entre la «volonté de destruction massive du groupe» et celle de détruire «un nombre plus limité de personnes, celles-ci étant sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition pour la survie du groupe...»<sup>62</sup>. Introduire la qualification de génocide même quand la volonté d'extermination ne recouvre qu'une zone géographique limitée ouvre notamment la voie à des déterminations subjectives et arbitraires. L'on pourrait dire

<sup>60</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 82.

<sup>61</sup> TPIY, *Le procureur c. Stakić*, chambre de première instance, jugement, par. 525; *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 587.

<sup>62</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 82.

places genocide on the outermost boundaries of the *nullem crimen sine lege* principle”<sup>63</sup>.

In the choice between quantitative and qualitative criteria, it is difficult to find a reason for giving preference to the qualitative criterion.

First of all, the criterion of “leadership” is ambiguous and subjective. It is not clear whether it applies to the political, military or intellectual elite, or whether it has a generic meaning. It also introduces through the back door the consideration that the leaders of the group, regardless of the type of leadership, are subject to special, stronger protection than the other members of the group, in whole or in part, that they constitute, which is in fact a distinct subgroup. Moreover, this criterion has an element of the concealed promotion of the political group to the status of a protected object of the Convention — the subsequent division of the members of the group into elite and ordinary members in modern society has an anachronistic and discriminatory connotation flagrantly at odds with the ideas, which represent the bases of the rights and liberties of individuals and groups. Last but not least, comes understanding part of the group in terms of its leadership, of which there is no trace in the *travaux préparatoires* of the Convention.

Contrary to the so-called qualitative criterion, the quantitative criterion is characterized by objectivity, which derives from its very nature. According to the Law of Big Numbers, in its application, it includes, as a rule, the members of the group to which the qualitative criterion is applied as a parameter of the intent to destroy. It is also more appropriate to the spirit and letter of the Convention, which takes the group as such as the ultimate target or intended victim of the crime.

### 3.2. *The object of destruction*

91. The *object of destruction* is a “national, ethnical, racial or religious group as such”. The qualification expresses the specific collective character of the crime. It lies within the common characteristics of the victims — belonging to national, ethnic, racial or religious group — as an exclusive quality by reason of which they are subjected to acts constituting *actus reus* of genocide. The genocide is directed against a number of individuals as a group or at them in their collective capacity and not *ad personam* as such (passive collectivity element). The International Law Commission expressed the idea by saying that:

“the prohibited [genocidal] act must be committed against an individual because of his membership in a particular group and as an incremental step in the overall objective of destroying the group . . .

<sup>63</sup> P. Akhavan, “Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to the Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide”, *American Society of International Law Proceeding*, April 2000, p. 283.

que «ce degré d'incertitude place le génocide aux confins du principe *nullum crimen sine lege*»<sup>63</sup>.

Dans l'alternative critère quantitatif/critère qualitatif, l'on peine à voir ce qui justifierait de privilégier ce dernier.

Tout d'abord, le critère fondé sur «les dirigeants» est ambigu et subjectif. On ne sait pas bien s'il s'applique à l'élite politique, militaire ou intellectuelle, ou s'il revêt un sens générique. Il introduit insidieusement l'idée que les dirigeants du groupe, quel que soit le domaine dans lequel ils exercent leur autorité, font l'objet d'une protection particulière, plus forte que celle dont bénéficient les autres membres de tout ou partie du groupe, ou qu'ils constituent en fait un sous-groupe distinct. En outre, ce critère participe d'une promotion voilée du groupe politique en objet protégé par la Convention. Que le groupe soit scindé en membres de l'élite et membres ordinaires a, dans notre société moderne, une connotation anachronique et discriminatoire en opposition flagrante avec les idées qui sont à la base des droits et libertés individuels et collectifs. Citons enfin le problème, non négligeable, que pose l'interprétation tendant à définir une partie du groupe par assimilation à ses dirigeants, interprétation dont on ne trouve aucune trace dans les travaux préparatoires de la convention.

Contrairement au critère dit qualitatif, le critère quantitatif se caractérise par l'objectivité qui découle de sa nature même. Conformément à la loi des grands nombres, ce critère, quand il est appliqué, porte en règle générale sur les membres du groupe visés par le critère qualitatif en tant que paramètre de l'intention de détruire. Il est aussi mieux adapté à l'esprit et à la lettre de la convention, qui désigne le groupe comme tel en tant que cible ultime ou que victime escomptée du crime.

### 3.2. L'objet de la destruction

91. L'objet de la destruction est un «groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel». Cet énoncé exprime le caractère collectif spécifique du crime. Celui-ci réside dans les caractéristiques communes aux victimes — l'appartenance à un même groupe national, ethnique, racial ou religieux — en tant que qualité exclusive motivant leur soumission aux actes constituant l'*actus reus* du génocide. Le génocide vise un certain nombre d'individus dans leur collectivité, ou ces individus eux-mêmes en tant que représentants de la collectivité et non *ad personam* (en tant qu'éléments passifs de la collectivité). La Commission du droit international l'a dit dans les termes suivants :

«[L]’acte prohibé [génocide] doit être commis en raison de l’appartenance de la victime à un certain groupe et à titre de mesure concourant à la réalisation de l’objectif global de destruction du groupe...

<sup>63</sup> P. Akhavan, «Contributions of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda to the Development of Definitions of Crimes against Humanity and Genocide», *American Society of International Law Proceeding*, avril 2000, p. 283.



the intention must be to destroy the group ‘as such’, meaning as a separate and distinct entity, *and not merely some individuals because of their membership in a particular group*<sup>64</sup>.

The ICTY determines relevant protected groups as groups that “may be identified by means of the subjective criterion of the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime”<sup>65</sup>.

92. The subjective criterion in the determination of a “national, ethnic, racial or religious” group is one thing, subjectivism is another.

The subjective criterion as an alternative to, or in combination with the objective one, is the legal criterion established both in international and municipal law as regards national, ethnic, religious or racial groups on the basis of the fact that they roughly correspond “to what was recognized, before the Second World War, as ‘national minorities’”<sup>66</sup>. This includes, as Schabas rightly notes, “races” and “religious groups”<sup>67</sup> whose meaning has not provoked significant controversies. In relation to ethnic groups, it is the expression, which, in contemporary usage, seems to assume the meaning of a synthetic expression for “national minorities”, “races” and “religious” groups<sup>68</sup>. It was applied by the ICTR in the Akayesu case. The Tribunal found that the Hutus and the Tutsis were “considered both by the authorities and *themselves as belonging to two distinct ethnic groups*”<sup>69</sup>.

In contrast, the “stigmatisation of the group” by the perpetrators of the crime<sup>70</sup> appears to introduce subjectivism into the determination of the protected group rather than properly applying the subjective criterion as such. Its cumulative effects might be characterized as the nullification of the legal substance of the crime of genocide in one of its constitutive elements — the element of protected groups — which changes from a “national, ethnic, racial or religious” group as such into an abstract, human collectivity determined subjectively. Thus the difference between the groups protected under the Genocide Convention and those, such as

<sup>64</sup> *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 10*, United Nations doc. A/51/10/1996, at p. 88; emphasis added.

<sup>65</sup> ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, para. 683; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 557; ICTY, *Prosecutor v. Jelišić*, Trial Judgment, para. 70.

<sup>66</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 556; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Judgment, para. 56; ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, Trial Judgment, para. 811.

<sup>67</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 113.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, para. 122, footnote 56; emphasis added.

<sup>70</sup> ICTY, *Prosecutor v. Nikolić*, Rule 61, Decision, para. 27; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 557; ICTY, *Prosecutor v. Jelišić*, Trial Judgment, para. 70; emphasis added.

[L]’intention doit être de détruire le groupe «comme tel» c’est-à-dire comme entité séparée distincte, *et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe.*»<sup>64</sup>

Le TPIY définit les groupes protégés pertinents comme des groupes qui peuvent «être identifiés [par le] recours au critère subjectif de stigmatisation dudit groupe, notamment par les auteurs du crime»<sup>65</sup>.

92. Le critère subjectif servant à déterminer si un groupe constitue un «groupe national, ethnique, racial ou religieux» est une chose, le subjectivisme en est une autre.

Le critère subjectif, servant de substitut ou de complément du critère objectif, est le critère juridique utilisé tant en droit national qu’en droit international en ce qui concerne les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux, ceux-ci «correspondant en gros à ce qu’il était convenu d’appeler, avant la seconde guerre mondiale, les «minorités nationales»»<sup>66</sup>. Il comprend, comme le relève à juste titre Schabas, les «races» et «groupes religieux»<sup>67</sup>, notions dont le sens n’a donné lieu à aucune controverse notable. En ce qui concerne les groupes ethniques, l’expression semble avoir revêtu, dans l’usage contemporain, le caractère d’expression générique recouvrant les notions de «minorités nationales» «races» et «groupes religieux»<sup>68</sup>. Cette expression a été employée dans l’affaire *Akayesu* par le TPIR, qui a conclu que les Hutus et les Tutsis «étaient considérés ... *comme formant deux groupes ethniques différents* aussi bien par les autorités que par les populations elles-mêmes»<sup>69</sup>.

A l’inverse, la «stigmatisation du groupe *par les auteurs du crime*»<sup>70</sup> semble ressortir à l’introduction de subjectivisme dans la qualification du groupe protégé plutôt qu’à une juste application du critère subjectif en tant que tel. Cette notion peut entraîner une remise en question du contenu juridique du crime de génocide, ramené à l’un des ses éléments constitutifs — l’élément groupe protégé —, transformant le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel en une collectivité humaine abstraite définie de manière subjective. La différence entre groupes protégés au sens de la convention sur le génocide et les groupes,

<sup>64</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10/1996, p. 88; les italiques sont de moi.

<sup>65</sup> TPIY, *Le procureur c. Brđjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 683; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 557; TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 70.

<sup>66</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 555; TPIR, *Le procureur c. Rutaganda*, chambre de première instance, jugement, par. 56; TPIR, *Le procureur c. Kajelijeli*, chambre de première instance, jugement, par. 811.

<sup>67</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 113.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, par. 122, note n° 56; les italiques sont de moi.

<sup>70</sup> TPIY, *Le procureur c. Nikolić*, décision prise en application de l’article 61, par. 27; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 557; TPIY, *Le procureur c. Jelišić*, chambre de première instance, jugement, par. 70; les italiques sont de moi.

political groups, which are not considered protected groups, may be lost. As a consequence, the configuration of international crimes is being eroded because the physical acts by which war crimes, crimes against humanity and genocide are committed, are basically the same. Moreover, personal stigmatization as the criterion for the determining of the protected group may nullify the objective existence of the “national, ethnic, racial or religious” group and introduce into the context of the protected groups, those groups that are excluded from the scope of the Genocide Convention.

93. The cumulative negative effects of the stigmatization of the perpetrator as the relevant criterion derive from the incongruity, and even open conflict, of this criterion with the generally accepted legal principles and cogent legal considerations.

*Primo, the constitutive elements* of genocide are a matter of objective law. *As objective law*, even regardless of its legal force, *they cannot*, save in the event of an explicit provision to the contrary, *be determined by the perpetrator of a crime*. It is completely unknown in the province of international criminal law as well as comparative criminal law for the perpetrator of an offence to be in a position to determine the scope of the offence committed. The scope of an offence is a matter of a norm of objective law and not of the perpetrator’s personal value-judgment. The determination of a “national, ethnic, racial or religious” group, as an element of the crime of genocide in the perpetrator’s personal value-judgment is in irreconcilable conflict with the very essence of legal reasoning in the province of criminal law. The qualification “as such” in the formulation of Article II of the Convention affirms that the “national, ethnic, racial or religious” group is a matter of objective reality and not of the personal value-judgment of the perpetrator.

*Secundo*, by a judicial finding based on the perpetrator’s personal value-judgment, any court of law, in the event of discrepancy between the subjective criterion of stigmatisation and the “national, ethnic, racial or religious group” as such, creates a virtual judicial reality at variance with the objective reality contemplated in Article II of the Convention. Moreover, its possible consequence may be identification as a targeted group — a group that even does not exist in reality<sup>71</sup>.

*Tertio*, the subjective criterion alone may not be sufficient to determine the protected group under the Genocide Convention, for the acts enumerated in subparagraphs (a) to (e) of the Convention must be directed against “members of the group”<sup>72</sup>.

*Quatro*, in the case of several perpetrators, the criterion of stigmatisa-

<sup>71</sup> W. Schabas, *op. cit.*, p. 110.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 111.

politiques par exemple, qui ne sont pas considérés comme tels risquent ainsi de s'effacer. Les contours des crimes internationaux s'estompent donc, parce que les actes physiques au moyen desquels les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide sont commis sont au fond les mêmes. En outre, la stigmatisation personnelle en tant que critère d'identification du groupe protégé peut remettre en question l'existence objective du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» et introduire dans la notion de groupes protégés les groupes exclus du champ d'application de la convention sur le génocide.

93. Les effets négatifs cumulés que présente le choix de la stigmatisation opérée par l'auteur en tant que critère pertinent découlent de l'absence de congruence — voire du conflit ouvert — entre, d'une part, ce critère et, d'autre part, les principes juridiques généralement reconnus et les considérations juridiques pertinentes.

*Premièrement*, les éléments constitutifs du génocide relèvent du droit positif. *En tant que tels*, et même indépendamment de toute valeur juridique, ils ne peuvent, sauf disposition expresse contraire, être déterminés par l'auteur d'un crime. Il est sans exemple dans le domaine du droit pénal international ainsi que du droit pénal comparé que l'auteur d'un délit puisse être à même de déterminer la portée du délit commis. La portée d'un délit relève du droit positif et non du jugement de valeur personnel de l'auteur. Déterminer un groupe «national, ethnique, racial ou religieux» en tant qu'élément constitutif du crime de génocide à partir du jugement de valeur personnel de son auteur est totalement contraire à l'essence même de l'opinion juridique dans le domaine du droit pénal. La qualification «comme tel» qui apparaît à l'article II de la convention pose le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme un élément de la réalité objective et non comme la résultante d'un jugement de valeur personnel de l'auteur.

*Deuxièmement*, en rendant une décision fondée sur un jugement de valeur personnel de l'auteur, une cour de justice, quelle qu'elle soit, en cas de divergence entre le critère subjectif de la stigmatisation et la définition du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel, crée une réalité judiciaire virtuelle qui n'est pas conforme à la réalité objective envisagée à l'article II de la convention, avec en outre pour conséquence possible l'identification en tant que groupe pris pour cible — un groupe qui n'existe même pas dans la réalité<sup>71</sup>.

*Troisièmement*, le critère subjectif ne saurait à lui seul suffire à déterminer le groupe protégé au sens de la convention sur le génocide; en effet, les actes énumérés aux *litt. a) à e)* de l'article II de la convention doivent viser des «membres du groupe»<sup>72</sup>.

*Quatrièmement*, au cas où les auteurs du crime seraient plusieurs, le

<sup>71</sup> W. Schabas, *op. cit.*, p. 110.

<sup>72</sup> *Ibid.*

tion can easily lead to uneven, substantively different, identifications of the relevant groups.

*Quinto*, the perpetrator's perception of the "national, ethnic, racial or religious" group, if inappropriate, creates *error in personam* which *per se* disqualifies genocidal intent. It is a general principle of criminal law that any person who, while committing a criminal offence, is unaware that a circumstance is part of the legal elements, does not act intentionally. Criminal liability for negligent action, however, remains unaffected.

*Sixto*, it confers excessive discretionary powers on the Court. Considering the nature of the perpetrator's perception, it might be said that they go as far as *discretio generalis*.

94. The weak points of the subjective criterion are also demonstrated by the jurisprudence of both Tribunals. In the *Brdjanin* case the ICTY stated *expressis verbis* that "[t]he correct determination of the relevant protected group has to be made on a case-by-case basis, consulting both objective and subjective criteria"<sup>73</sup>. For instance, the ICTR stated, as the objective criterion for the identification of Tutsis, the identification cards indicating ethnic belonging (identification by others) or the subjective criterion of the members of targeted groups (self-identification)<sup>74</sup>. Consequently, it is of paramount importance that the subjective criterion, if applied at all in its "stigmatization" form, must be conceived within the framework of objective legal standards derived from the letter and spirit of the relevant provisions of the Genocide Convention respecting standards established in the corpus of national minorities law.

95. It appears that the criterion of stigmatisation not only cannot be the sole criterion; it cannot even be the primary criterion for the determination of the "national, ethnic, racial or religious" group within the framework of the Genocide Convention. *It is rather a personal perpetrator's confirmation of the existence of the protected group, and not its creation*. It is interesting to note that in the case of war crimes and crimes against humanity, the ICTY applied the objective criterion for the determination of protected groups<sup>75</sup>.

Basically, the stigmatization of the group understood in that way is of evidential significance as one of the elements for inference of genocidal intent.

96. The "[n]ational, ethnic, racial or religious" group, at least in cases

<sup>73</sup> ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, Trial Judgment, para. 684; Thus also the ICTR in the *Semanza* Trial Judgment, para. 317; ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, Trial Judgment, para. 811; emphasis added.

<sup>74</sup> ICTR, *Prosecutor v. Kayishema*, Trial Judgment, paras. 90, 98.

<sup>75</sup> Jones, pp. 69, 94.

critère de la stigmatisation peut facilement déboucher sur des identifications hétérogènes, sensiblement différentes, des groupes concernés.

*Cinquièmement*, la perception qu'a l'auteur du groupe «national, ethnique, racial ou religieux», si elle est erronée, entraîne une *error in personam* qui, par elle-même, disqualifie l'intention génocidaire. C'est un principe général du droit pénal que quiconque, au moment de commettre un délit pénal, ignore que l'un des éléments du délit relève d'une classification juridique ne peut être réputé avoir agi intentionnellement. La responsabilité délictuelle pour négligence n'en demeure pas moins.

*Sixièmement*, une telle interprétation donne à la Cour des pouvoirs discrétionnaires trop larges. Vu la nature de la perception de l'auteur, on pourrait aller jusqu'à dire que ces pouvoirs sont quasiment des pouvoirs discrétionnaires illimités (*discretio generalis*).

94. La jurisprudence des deux tribunaux pénaux a aussi montré les faiblesses du critère subjectif. Dans l'affaire *Brdjanin*, le TPIY a expressément indiqué que «l'exacte détermination du groupe protégé concerné doit s'effectuer au cas par cas, sur la base à la fois du critère objectif et du critère subjectif»<sup>73</sup>. C'est ainsi que le TPIR a posé, comme critère objectif d'identification des Tutsis, les cartes d'identité indiquant l'appartenance ethnique (identification par d'autres), ou le critère subjectif des membres des groupes visés (auto-identification)<sup>74</sup>. Il est par conséquent de la plus haute importance que le critère subjectif, s'il doit être appliqué sous sa forme de «stigmatisation», soit conçu dans le cadre de normes juridiques objectives découlant de la lettre et de l'esprit des dispositions correspondantes de la convention sur le génocide, dans le respect des normes établies par le droit des minorités nationales.

95. Il faut en déduire que le critère de la stigmatisation non seulement ne saurait être le seul critère, mais encore ne saurait être le critère essentiel de la détermination du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» aux fins de la convention sur le génocide. Il s'agit plutôt d'une confirmation personnelle par l'auteur de l'existence du groupe protégé, et non de son élément constituant. Il est intéressant de relever que, dans le cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, le TPIY a appliqué le critère objectif à la détermination des groupes protégés<sup>75</sup>.

Fondamentalement, la stigmatisation du groupe comme tel revêt une importance en matière d'administration de la preuve en tant qu'il s'agit de l'un des éléments dont peut se déduire l'existence d'une intention génocidaire.

96. Le groupe «national, ethnique, racial ou religieux», du moins

<sup>73</sup> TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 684; voir également TPIR, *Le procureur c. Semanza*, chambre de première instance, jugement, par. 317; TPIR, *Le procureur c. Kajelijeli*, chambre de première instance, jugement, par. 811; les italiques sont de moi.

<sup>74</sup> TPIR, *Le procureur c. Kayishema*, chambre de première instance, jugement, par. 90, 98.

<sup>75</sup> Jones, p. 69, 94.

where the State in whose territory the alleged crime of genocide occurred, recognizes the existence of these groups as distinct and separate entities, should be determined on the basis of the criteria established by the internal law of that State. Or on the basis of international treaties in force to which the relevant State is a Party. In a way, one is dealing here with a *renvoi* or reference of the matter to the internal law of Bosnia and Herzegovina. Both because international law has no generally accepted precise criteria for the determination of “national, ethnic, racial or religious” groups and because of the fact that the case concerned actually invoked entities from the internal law and society of Bosnia and Herzegovina. Or, if not a strict *renvoi* to internal law, then at least cognizance of groups that exist under the internal law of Bosnia and Herzegovina and the criteria on the basis of which they have been determined. One more reason for this is the fact that the ICTY itself, when it saw fit, relied on domestic law in determining the elements of international crimes.

The application of the subjective criterion suffers from objective limitations deriving primarily from the basic meaning of the “national, ethnic, racial or religious” group as such. Although the Convention does not offer an explicit definition of these groups, it appears that the basic meaning of the expressions used is relatively clear. The attributes “national”, “ethnic”, “religious”, “racial”, although lacking a precise, universally accepted determination, possess recognizable, generic substance by themselves, elaborated to a certain extent also in other international conventions (*exempli causa*, the International Convention for Elimination of All Forms of Racial Discrimination). The lack of specific distinguishing marks — *differentia specifica* — between these four groups, which may consequently result in their overlapping, cannot have a substantive negative effect on the proper application of the Genocide Convention, for their general generic recognizability clearly shows which groups are not protected under the Convention, or “carries” within itself the exclusion effect, thus preventing the creation of new protected groups outside the frame of “national, ethnic, racial or religious” groups. This is clearly demonstrated just in Bosnia and Herzegovina.

97. The Applicant asserts that in the present case protected groups under the Genocide Convention are — the “Bosnian people” (Application, Memorial of Bosnia and Herzegovina, 2.2.1.2), “mainly Muslim” (*ibid.*, 2.2.2.1), “Muslim population” (*ibid.*, 2.2.5.13), “national, ethnical or religious groups (within, but not limited to, the territory of the Republic of Bosnia and Herzegovina), including in particular the Muslim population” (*ibid.*, Submission under (1), non-Serb population (Reply of Bosnia and Herzegovina, 7); the “People and State of Bosnia and Herzegovina” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*), *Pro-*

lorsque l'Etat sur le territoire duquel s'est déroulé le crime allégué de génocide reconnaît l'existence de ces groupes en tant qu'entités distinctes et séparées, doit être déterminé sur la base des critères énoncés par le droit interne de l'Etat en question, ou sur la base des traités internationaux en vigueur auxquels l'Etat en question est partie. D'une certaine manière, il s'agit ici de se référer au droit interne de la Bosnie-Herzégovine, à la fois parce que le droit international ne dispose pas de critères précis universellement admis pour la détermination des groupes «nationaux, ethniques, religieux ou raciaux» et parce que, dans l'affaire qui nous intéresse, il est invoqué des entités dont la définition relève du droit interne et de la structure de la société de Bosnie-Herzégovine. Ou, si nous ne nous référons pas strictement au droit interne, du moins nous faut-il prendre acte de l'existence de groupes en droit interne de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que des critères sur la base desquels ces groupes ont été définis. Cette démarche se justifie d'autant plus que le TPIY lui-même, lorsqu'il l'a jugé approprié, s'est appuyé sur le droit interne pour déterminer les éléments constitutifs de crimes internationaux.

L'application du critère subjectif se heurte à des limites objectives, essentiellement liées au sens fondamental du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» comme tel. Bien que la convention ne propose pas de définition explicite de ces groupes, la signification première des expressions utilisées paraît être relativement claire. Les attributs «national», «ethnique», «religieux» et «racial», bien qu'ils ne soient pas déterminés d'une façon rigoureusement précise ni universellement reconnue, possèdent par eux-mêmes un sens générique reconnaissable par tous, et qui a d'ailleurs été, jusqu'à un certain point, affiné dans d'autres conventions internationales (par exemple, la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). L'absence de distinction spécifique — *differentia specifica* — entre ces quatre groupes, absence qui risque d'entraîner des recouvrements, ne saurait avoir d'incidence négative significative sur la bonne application de la convention sur le génocide, dans la mesure où le sens générique qu'on leur prête généralement permet d'identifier clairement les groupes qui ne sont pas protégés par la convention, ou emporte par lui-même un effet d'exclusion, empêchant ainsi la création de nouveaux groupes protégés hors du cadre des groupes «nationaux, ethniques, religieux ou raciaux». Et cela est parfaitement démontré dans le cas précis de la Bosnie-Herzégovine.

97. Le demandeur affirme que les groupes protégés au sens de la convention sur le génocide sont en l'espèce: le «peuple bosniaque» (requête, mémoire de la Bosnie-Herzégovine, 2.2.1.2), essentiellement des «Musulman[s]» (*ibid.*, 2.2.2.1), la «population musulmane» (*ibid.*, 2.2.5.13), «les groupes nationaux, ethniques ou religieux, notamment mais non exclusivement sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine, en particulier la population musulmane» (*ibid.*, conclusion 1), la population non serbe (réplique de la Bosnie-Herzégovine, 7); «le peuple et ... l'Etat de Bosnie-Herzégovine» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine)*).



*visional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 4, para. 2; *ibid.*, *Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 332.

As the protective object of genocide, “national, ethnical, religious or racial” groups must be precisely determined. The determination requirement is of overall significance both in the procedural and in the substantive sense.

The expression “non-Serbs” in the ethnic, national or religious environment of Bosnia and Herzegovina has a rather broad and vague meaning, incapable of being incorporated into the frame of “national, ethnical, religious or racial” group as defined by the Genocide Convention. As a general expression encompassing different groups, it runs counter to the essential requirement for the protected group to constitute a separate and distinct entity. Besides Muslims and Croats, the expression necessarily comprises other groups. Not only Yugoslavs, Jews and Roma, but also Montenegrins who were represented in the ethnic and national make-up of Bosnia and Herzegovina as well. As Montenegrins are the leading ethnic community in Montenegro, a former federal unit of the Respondent, it follows that the expression “non-Serb” implies that the Respondent is also charged with alleged auto-genocide. Moreover, the expression includes Serbs in BiH, the relatively largest number of whom declared themselves as Yugoslavs.

The expression “Bosnian people” is based on individuals’ citizenship link with the State of Bosnia and Herzegovina as the objective criterion for the determination of the “national group”. However, the term “Bosnians” does not exist in terms of the “national, ethnic, racial or religious” group, because it reflects the notion of a “national group” in the “political-legal” sense<sup>76</sup>, inapplicable to the rights of States such as Bosnia and Herzegovina which make a distinction between the notions of “nationality” and “citizenship”. In that regard, the characterization “Bosnian people” nullifies the existence of different ethnic, national and religious groups in Bosnia and Herzegovina and as such might be characterized as a discriminatory one. The same applies *mutatis mutandis* to the “Bosnian population”.

The formulation “mainly Bosnian Muslims”, whether conceived as a “people” or “population” is closest to the notion of “national, ethnic, racial or religious” group in terms of the Genocide Convention although it does not correspond *in toto* to the strict requirements of the Convention’s formulation of “a national, ethnic, racial or religious group *as such*” (emphasis added). The term “as such” clearly indicates that the destruction of a group as a distinct and separate entity is the object of

<sup>76</sup> N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4, Sub. 2/416, 4 July 1978, paras. 56-61.

*govine c. Yougoslavie*), mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 4, par. 2; *ibid.*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 332).

En tant qu'ils ont vocation à être protégés contre le génocide, les groupes «nationaux, ethniques, raciaux ou religieux» doivent être définis avec précision. Cette obligation de définition revêt une importance déterminante à la fois du point de vue de la procédure et du point de vue du fond.

Dans le contexte ethnique, national ou religieux de la Bosnie-Herzégovine, l'expression «non serbe» revêt une signification relativement vague et large, et ne saurait de ce fait entrer dans le cadre de la définition du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» que donne la convention sur le génocide. Du moment qu'il s'agit d'une expression générale visant différents groupes, elle va à l'encontre du critère essentiel qui est que le groupe protégé constitue une entité distincte et séparée. Outre les Musulmans et les Croates, cette expression vise nécessairement d'autres groupes. La mosaïque ethnique et nationale que constituait la Bosnie-Herzégovine comprenait non seulement des Yougoslaves, des Juifs et des Roms, mais également des Monténégrins; comme ces derniers constituaient la principale communauté ethnique du Monténégro, ancienne unité fédérale de l'Etat défendeur, l'expression «non serbe» suppose que le défendeur est également accusé d'autogénocide. En outre, cette expression recouvre également des Serbes de Bosnie-Herzégovine, dont la plupart se déclaraient être des Yougoslaves.

L'expression «peuple bosniaque» repose sur un lien de citoyenneté individuelle avec l'Etat de Bosnie-Herzégovine; il s'agit d'un critère objectif de détermination du «groupe national». Toutefois, le terme «bosniaque» n'existe pas au sens de groupe «national, ethnique, racial ou religieux», dans la mesure où il reflète la notion de «groupe national» au sens «politico-juridique»<sup>76</sup>; il se trouve donc dénué de pertinence pour des Etats tels que la Bosnie-Herzégovine, qui pratiquent une distinction entre les notions de «nationalité» et de «citoyenneté». A cet égard, la qualification de «peuple bosniaque» infirme l'existence de différents groupes ethniques, nationaux, religieux en Bosnie-Herzégovine et pourrait en tant que telle être qualifiée de discriminatoire. Il en va de même *mutatis mutandis* pour l'expression «population bosniaque».

L'expression «Musulmans essentiellement bosniaques», que ceux-ci soient compris au sens de «peuple» ou de «population», est celle qui se rapproche le plus du concept de «groupe national, ethnique, racial ou religieux» au sens de la convention sur le génocide, bien qu'elle ne réponde pas entièrement aux strictes exigences de l'énoncé de la convention — c'est-à-dire «un groupe national, ethnique, racial ou religieux, *comme tel*» (les italiques sont de moi). La qualification «comme tel»

<sup>76</sup> N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 56-61.

genocide. The plain and natural meaning of the formulation “mainly Bosnian” is that the object of the alleged genocide was not Bosnian Muslims as such, as a distinct and separate entity. Furthermore, it means that acts committed against individuals were not directed at them as the personification of a relevant group, in their collective capacity, which is the true, intrinsic, characteristic of genocide. Short of that condition, the criminal intent cannot be characterized as genocidal, in the normative milieu of the law on genocide, as *jus strictum*.

It appears that none of the determinations of the protected group given by the Applicant meets the requirements embodied in the formula “national, ethnic, racial or religious group as such” at least in the proceedings before the International Court of Justice characterized, *inter alia*, by the fundamental principle of *non ultra petita*. As the Court stated in the *Asylum* case:

“One must bear in mind the principle that it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions” (*Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402).

In addition, it should be noted that the Applicant, in its submissions in the Memorial, subsumes under protected groups “national, ethnical or religious groups within, *but not limited to the territory of Bosnia and Herzegovina . . .*” (Memorial, Part 7, Submission under (1)). In its final submission the Applicant requested the Court to adjudge and declare that Serbia and Montenegro

“has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by intentionally destroying *in part the non-Serb national, ethnical or religious group within, but not limited to, the territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population*” (Agent Softic, CR 2006/37, p. 59, para. 1; emphasis added).

98. As regards its procedural significance, the Application, as stated in Article 38, paragraph 2, “shall . . . specify the precise nature of the claim”. The determination of the group protected is, in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, the relevant part of the claim as a whole.

In the substantive sense, the protection of the “national, ethnic, racial or religious” group is *ratio legis* of the Convention. An improper determination of the group protected may have far-reaching consequences in the proceedings before the Court. In contrast to the criminal court, this

indique clairement que l'objet du génocide est de détruire un groupe en tant qu'entité distincte et séparée. Utiliser une expression telle que «essentiellement bosniaque» revient, d'après son sens naturel et ordinaire, à dire que l'objet du génocide allégué n'était pas les Musulmans bosniaques en tant que tels, c'est-à-dire, en tant qu'entité distincte et séparée. Cela signifie en outre que les actes commis contre certaines personnes ne visaient pas celles-ci en tant que personnification d'un groupe particulier, ou représentants de la collectivité, ce qui constitue la caractéristique intrinsèque et véritable du génocide. Cette condition n'étant pas remplie, l'intention criminelle ne saurait être qualifiée de génocidaire dans le contexte normatif du droit relatif au génocide en tant que *jus strictum*.

Il apparaît qu'aucune des définitions du groupe protégé avancées par le demandeur ne satisfait au critère implicite dans la formule «groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel», du moins aux fins de la procédure devant la Cour internationale de Justice, fondée, notamment, sur le principe essentiel *non ultra petita*. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire du *Droit d'asile*,

«il y a lieu de rappeler le principe que la Cour a le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 402).

Il convient de relever que le demandeur, dans les conclusions de son mémoire, élève au rang de groupes protégés «les groupes nationaux, ethniques ou religieux *notamment mais non exclusivement sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine...*» (mémoire, partie 7, conclusions, point 1)). Dans ses conclusions finales, le demandeur a prié la Cour de dire et juger que la Serbie-et-Monténégro avait

«violé les obligations qui lui incomb[ai]ent en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en détruisant *en partie* et de façon intentionnelle *le groupe national, ethnique ou religieux non serbe, notamment mais non exclusivement*, sur le territoire de la République de Bosnie-Herzégovine, *en particulier* la population musulmane» (CR 2006/37, p. 59 (Softić); les italiques sont de moi).

98. Du point de vue procédural, il convient de rappeler que, ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement, la requête «indique ... la nature précise de la demande». La définition du groupe protégé, en cette affaire concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, fait partie intégrante de la demande dans son ensemble.

Du point de vue du fond, la protection du groupe «national, ethnique, racial ou religieux» constitue, sur le plan juridique, la raison d'être de la convention. Une détermination inexacte du groupe protégé pourrait avoir des conséquences considérables lorsqu'il s'agit d'affaires portées devant

Court, in the performance of its judicial function, is subject, *inter alia*, also to the fundamental principle of *non ultra petitem*. Accordingly, the Court, not being in a position to substitute itself for the party, in the adjudication of the matter is bound by the determination of the protected group given by the Applicant (*P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 35; *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, pp. 262-263, paras. 29-30; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, pp. 466-467, paras. 30-31).

The intent to destroy a group “as such” means the intent to destroy the group as a separate and distinct entity. It follows from the fact that the act of genocide constitutes not just an attack on an individual, but also an attack on the group with which the individual is identified.

The group in terms of a separate and distinct entity may, as a matter of principle, be determined either in a positive or a negative manner.

The jurisprudence of the ICTY is generally against the so-called negative criteria. The negative definition of the group, based on the exclusion formula, has inherent limits in its application. In principle, it is suitable for determining the protected group in terms of a separate and distinct entity in bi-ethnic or, under certain conditions, in tri-ethnic communities, although the question remains open as to whether the negative definition as such is the proper form for the legal determination of matters which belong to *jus strictum* or rather simply a descriptive one. *In multi-ethnic communities consisting of more than three national, ethnic or religious groups, the negative definition is totally incapable of properly determining the protected group under the Convention.* The exclusion principle as the operative principle of the negative definition is clearly powerless to determine the protected group as a distinct and separate group.

#### 4. “As such”

99. The words “as such” are, regarding a “national, ethnic, racial or religious” group in terms of the Genocide Convention — a qualification of a characterization. They establish another aspect of the requirement of intent — that the intent to destroy be directed at the group as a protected group<sup>77</sup>.

The group itself is the ultimate target or intended victim of the crime of genocide. But in order to achieve the overall objective of destroying the group, it is essential for the act to be committed against individuals con-

<sup>77</sup> Lipman, “The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-five Years Later”, *Temp. Int. Law and Comp. Law Journal*, 7-9/1994, pp. 22-24, note 38.

la Cour. Contrairement aux juridictions pénales, la Cour internationale de Justice, dans l'accomplissement de sa fonction judiciaire, est, notamment, soumise au principe fondamental *non ultra petitem*. N'étant pas en mesure de se substituer à une partie, la Cour est donc tenue, lorsqu'elle tranche une affaire, par la détermination du groupe protégé alléguée par le demandeur. (C.P.I.J. série A n° 7, p. 35; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262-263, par. 29-30; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 466-467, par. 30-31.)

L'intention de détruire un groupe «comme tel» doit se comprendre comme l'intention de détruire le groupe en tant qu'entité distincte et séparée, l'acte de génocide ne constituant pas simplement une attaque contre un individu, mais également une attaque contre un groupe auquel l'individu en question est identifié.

Le groupe, en tant qu'entité distincte et séparée, peut, en principe, être déterminé soit de façon positive, soit de façon négative.

En général, le TPIY est plutôt défavorable aux critères dits négatifs, ainsi que l'atteste sa jurisprudence. Une définition négative du groupe, fondée sur la formule d'exclusion, comporte, dans son application, des limites intrinsèques. Une telle définition convient en principe lorsqu'il s'agit de déterminer le groupe protégé en tant qu'entité distincte et séparée dans une communauté bi-ethnique voire, dans certaines conditions, tri-ethnique, encore que la question demeure ouverte de savoir si une définition négative en tant que telle constitue la forme appropriée pour procéder à la détermination juridique de questions qui relèvent du *jus strictum*, ou bien si une définition descriptive convient davantage. *Dans des communautés multiethniques comptant plus de trois groupes nationaux, ethniques ou religieux, la définition négative ne permet jamais de cerner de manière satisfaisante le groupe protégé aux fins de la convention*. Le principe d'exclusion qui est le principe actif d'une définition négative n'est de toute évidence pas à même de permettre de définir le groupe protégé comme un groupe distinct et séparé.

#### 4. « Comme tel »

99. Les mots «comme tel» constituent, pour le groupe «national, ethnique, racial ou religieux» au sens de la Convention, une sorte de qualificatif de qualificatif. Il s'agit d'un aspect supplémentaire du critère d'intention — à savoir que l'intention de détruire doit viser le groupe en tant que groupe protégé<sup>77</sup>.

Le groupe lui-même constitue la cible ultime, ou la victime escomptée, du crime de génocide. Mais, afin d'atteindre l'objectif général constitué par la destruction du groupe, il est indispensable que l'acte soit commis à

<sup>77</sup> Lipman, «The 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Forty-five Years Later», *Temp. Int. Law and Comp. Law Journal*, 7-9/1994, p. 22-24, note 38.

stituting the group as the direct victims. The fact that the individuals constituting the group are intentionally subject to acts which constitute the *actus reus* of genocide is, however, not sufficient *per se* in the light of the qualification “as such”. As the Trial Chamber stated in the *Krstić* case: “Mere knowledge of the victims’ membership in a distinct group on the part of perpetrators is not sufficient to establish an intention to destroy the group as such”<sup>78</sup>.

To qualify as genocidal, the intention must be aimed at individuals who constitute the group in their collective capacity, the capacity of members of the protected group whose destruction is an incremental step in the realization of the overall objective of destroying the group.

The qualification “as such” serves also as *differentia specifica* between discriminatory intent as suggestive of an element of the crime of persecution, which also may have, as its target for genocidal intent, a racial, excluding ethnic, group<sup>79</sup>.

As a consequence, if prohibited acts under Article II of the Convention targeted a large portion of a protected group such acts would not constitute genocide if they were a part of a random campaign of violence or general pattern of war.

It may be assumed that such an understanding influenced this Court to find in the incidental procedure of provisional measures in the *Legality of Use of Force* cases, that “the bombings . . . indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by the provision” (Art. II of the Genocide Convention; *I.C.J. Reports 1999*, p. 138, para. 40).

For “the continued bombing of the whole territory of the State, pollution of soil, air and water, destroying the economy of the country, contaminating the environment with depleted uranium” (*Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, CR 99/14, p. 30, 10 May 1999, Agent Etinski) could have been included in the creation of destructive living conditions at least as much as the forced displacement, encirclement of towns or starvation. The intent behind the acts undertaken was defined by General Wesley Clark as follows:

“We’re going to systematically and progressively attack, disrupt, degrade, devastate, and ultimately, unless President Milosevic com-

<sup>78</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 561.

<sup>79</sup> ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, para. 992; ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Appeal Judgment, para. 185.

l'encontre d'individus constituant le groupe en tant que victimes immédiates. Le fait que les individus qui constituent le groupe soient intentionnellement soumis à des actes constitutifs de l'*actus reus* de génocide ne suffit toutefois pas à lui seul, compte tenu de leur qualification «comme tel». Ainsi que la Chambre de première instance l'a relevé dans l'affaire *Krstić*: «[I]a simple connaissance que les auteurs des crimes [peuvent] avoir de l'appartenance des victimes à un groupe distinct ne permet pas d'établir l'intention de détruire le groupe comme tel»<sup>78</sup>.

Pour pouvoir être qualifiée de génocidaire, l'intention doit viser des individus représentant le groupe à titre collectif — en tant que membres du groupe dont la destruction constitue une étape supplémentaire dans la réalisation de l'objectif global consistant à détruire le groupe protégé.

La qualification «comme tel» marque également la *differentia specifica* entre l'intention discriminatoire en tant qu'élément dont peut se déduire le crime de persécution, lequel peut également viser un groupe racial, mais non ethnique<sup>79</sup>, et l'intention génocidaire.

En conséquence, quand bien même des actes prohibés par l'article II de la Convention prendraient pour cible une large fraction d'un groupe protégé, ces actes ne seraient pas constitutifs de génocide s'ils s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne de violence arbitraire ou dans un contexte général de guerre.

L'on peut penser que c'est cette interprétation qui a amené la Cour à conclure, dans le cadre de la procédure incidente en indication de mesures conservatoires dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, que les «bombardements ... comport[aient] effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée [l'article II de la convention sur le génocide]» (*C.I.J. Recueil 1999*, p. 138, par. 40).

Car le «bombardement constant de tout le territoire national, la pollution du sol, de l'air et de l'eau, la destruction de l'économie du pays, la contamination de l'environnement par de l'uranium appauvri» (*Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, CR 99/14, p. 30, 10 mai 1999 (M. Etinski)) aurait pu être assimilé à la soumission à des conditions d'existence devant entraîner la destruction au même titre, au moins, que le déplacement forcé, l'encerclement d'une ville ou le fait d'affamer une population. L'intention motivant les mesures prises a été décrite ainsi par le général Wesley Clark :

«Nous allons systématiquement et progressivement attaquer, saboter, détruire, dévaster et, finalement, à moins que le président Milo-

<sup>78</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 561.

<sup>79</sup> TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 992; TPIY, *Le procureur c. Krnojelac*, chambre d'appel, arrêt, par. 185.



plies with the demands of the international community, we're going to destroy his forces and their facilities and support"<sup>80</sup>,

or, as Michael Gordon in his article entitled "Crisis in the Balkans" quoted the words of General Short saying that he: "hopes that the distress of the Yugoslav public will undermine support for the authorities in Belgrade". And he continued: "I think no power to your refrigerator, no gas in your stove, you can't get to work because the bridge is down . . ." <sup>81</sup>.

100. The provision of Article II of the Convention according to which genocide means the destruction of a group "in whole or in part" is not without ambiguities. It is not quite clear whether the qualification "in part" applies to the scope of the intent, or to the scope of the act.

A grammatical interpretation would suggest that the qualification "in part" concerns both elements of the crime — objective and subjective. Such an interpretation, however, does not seem completely satisfactory, mainly because the discriminatory intent is the most general characteristic of the intent to destroy.

Namely, it implies that the discriminatory intent is expressed doubly and unequally — on the one hand on the "national, ethnic, religious or racial" group as a distinct and separate entity, and, on the other hand, within that entity, treating some of its parts as if they were distinct and separate entities. In other words, if the qualification "in part" applied only to the scope of intent, it would mean, as the ultimate result of such an interpretation, that a part of a group is a distinct entity within the group to which it belongs.

The basic idea underlying the Genocide Convention is the protection of the right to existence of entire human groups, which *ex definitione* implies the protection of its parts as small groups as well.

The intent to destroy a part of a group is, in fact, *ratione personae* a limited, actual projection of the intent to destroy a group as a whole, dictated by an appropriate factual occasion, rather than by different attitudes toward parts of the protected group. As noted by Professor Pellet "l'élément subjectif du génocide, le *mens rea*, c'est-à-dire l'intention génocidaire, ne peut être que global" (CR 2006/10, p. 47, para. 21).

<sup>80</sup> BBC News, [http://news.bbc.co.uk/1/hi/special\\_report/1998/kosovo2/303641.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/special_report/1998/kosovo2/303641.stm).

<sup>81</sup> *New York Times*, 13 May 1999, "Crisis in the Balkans", <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10711FE3A5B0C708DDDAC0894D1494D81>.

šević ne se conforme aux exigences de la communauté internationale, complètement anéantir son armée ainsi que les installations et la logistique de cette dernière.»<sup>80</sup>

C'est également ce qui ressort de l'article de Michael Gordon intitulé «La population de Belgrade doit souffrir», citant les propos du général Short qui «espér[ait] que la détresse de la population saper[ait] le soutien dont bénéfici[aient] les autorités de Belgrade», et poursuivait comme suit: «il n'y aura plus d'électricité pour votre réfrigérateur, plus de gaz pour votre cuisinière, vous ne pourrez plus aller au travail parce que le pont est démoli...»<sup>81</sup>.

100. La disposition de l'article II de la Convention suivant laquelle le génocide signifie la destruction d'un groupe en «tout ou en partie» n'est pas dénuée d'ambiguïté. On ne voit pas très bien si la qualification «en partie» s'applique à la portée de l'intention, ou à celle de l'acte.

Une interprétation grammaticale donnerait à penser que la qualification «en partie» concerne les deux aspects du crime — l'aspect objectif et l'aspect subjectif. Toutefois, cette interprétation ne semble pas totalement satisfaisante, essentiellement parce que l'intention discriminatoire est la propriété la plus générale de l'intention de détruire.

C'est-à-dire que l'intention discriminatoire s'exprime doublement et différemment — elle s'exprime, d'une part, à l'égard d'un «groupe national, ethnique, racial ou religieux» en tant qu'entité distincte et séparée et, d'autre part, à l'intérieur de cette entité, dont certaines parties sont traitées comme constituant elles-mêmes des entités distinctes et séparées. Autrement dit, la conséquence ultime de l'interprétation selon laquelle la qualification «en partie» s'appliquerait uniquement à la portée de l'intention serait qu'une partie d'un groupe constituerait une entité distincte au sein du groupe auquel elle appartient.

L'idée fondamentale qui sous-tend la convention sur le génocide est la protection du droit à l'existence de groupes humains entiers, ce qui, par définition, suppose également la protection des petits groupes qui en sont les éléments constitutifs.

L'intention de détruire une partie d'un groupe constitue en fait, *ratione personae*, une projection limitée et concrète de l'intention de détruire le groupe dans son ensemble qui est dictée par des circonstances factuelles propices, et non par une attitude différente à l'égard de parties du groupe protégé. Pour reprendre les termes de M. Pellet, «l'élément subjectif du génocide, [la] *mens rea*, c'est-à-dire l'intention génocidaire, ne peut être que global» (CR 2006/10, p. 47, par. 21).

<sup>80</sup> BBC News, [http://news.bbc.co.uk/1/hi/special\\_report/1998/kosovo2/303641.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/special_report/1998/kosovo2/303641.stm).

<sup>81</sup> *New York Times*, 13 mai 1999, «Crisis in the Balkans», <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=F10711FE3A5B0C708DDDAC0894D1494D81>.

5. *The meaning of ethnic cleansing under the Convention*

101. In the case at hand the expression “ethnic cleansing” is used in a number of senses:

- (i) to mean an act constituting an *actus reus* of the crime of genocide;
- (ii) as a synonym or euphemism for the crime of genocide;
- (iii) as substratum or factual matrix for inferences of genocidal intent as the subjective element of the crime of genocide.

102. The situation is clear as to “ethnic cleansing” as an act constituting an *actus reus* of genocide.

Acts constituting the *actus reus* of genocide are listed *a limine* in Article II of the Convention. Article II of the Convention does not include “ethnic cleansing” as an act of genocide.

In the course of the drafting of the Genocide Convention, there were proposals, it is true, to place the subsumed acts under the heading ethnic cleansing as the sixth act of genocide. But these proposals were not accepted. Syria submitted an amendment<sup>82</sup> to include the imposition of “measures intended to oblige members of a group to abandon their homes in order to escape the threat of subsequent ill-treatment” as an *actus reus* of genocide. The amendment was supported by the Yugoslav representative, Bartos, citing the Nazi displacement of the Slav population from a part of Yugoslavia as an action “tantamount to the deliberate destruction of a group”. He added that “genocide could be committed by forcing members of a group to abandon their homes”<sup>83</sup>.

The amendment was, however, rejected by a clear majority of 29 votes against and 5 in favour with 8 abstentions<sup>84</sup>, the explanation having been offered that it deviated too much from the concept of genocide<sup>85</sup>. Specifically discussing the contention that forced displacement practised by the Nazis was tantamount to the deliberate destruction of a group, the Soviet representative Morozov emphasized that this was consequence, not genocide itself<sup>86</sup>.

The exhaustive listing of the acts constituting the *actus reus* of genocide is the proper and cogent expression of the fundamental principle of criminal law, domestic or international: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

During the debate in the Sixth Committee, two amendments were submitted<sup>87</sup> proposing the adoption of an illustrative definition of acts of

<sup>82</sup> United Nations doc. A/C.6/234.

<sup>83</sup> United Nations doc. A/C.6/SR.82.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Maktos (United States of America), Fitzmaurice (United Kingdom), *ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> United Nations docs. A/C.6/232/Rev.1 and A/C.6/223 and Corr.1.

5. *Le nettoyage ethnique au sens de la convention*

101. Dans la présente affaire, l'expression «nettoyage ethnique» revêt plusieurs sens :

- i) ce peut être un acte constituant un *actus reus* (ou élément matériel) du crime de génocide;
- ii) ce peut être un synonyme ou euphémisme du crime de génocide;
- iii) ce peut être la base ou le cadre factuel permettant de déduire l'intention génocidaire, qui est l'élément subjectif du crime de génocide.

102. La situation est claire en ce qui concerne le «nettoyage ethnique» en tant qu'acte constituant un *actus reus* du génocide.

Les actes constituant l'*actus reus* du génocide sont énumérés *a limine* à l'article II de la Convention. Cet article ne fait pas figurer le «nettoyage ethnique» dans les actes de génocide.

Lors de la rédaction de la convention sur le génocide, il fut certes proposé de faire des actes relevant du nettoyage ethnique le sixième acte de génocide. Mais les propositions de ce type ne furent pas adoptées. La Syrie soumit un amendement<sup>82</sup> visant à inclure dans l'*actus reus* du génocide l'imposition de «mesures tendant à mettre les populations dans l'obligation d'abandonner leurs foyers afin d'échapper à la menace de mauvais traitements ultérieurs». Cet amendement reçut l'appui du représentant yougoslave, M. Bartos, qui cita le déplacement par les nazis de la population slave d'une partie de la Yougoslavie comme une action «équiva[lant] à détruire un groupe humain par des actes prémédités». Il ajouta que «[l'o]n p[ouvait] commettre le génocide en contraignant un groupe humain à abandonner ses foyers»<sup>83</sup>.

L'amendement fut toutefois rejeté par une forte majorité, soit vingt-neuf voix contre cinq, avec huit abstentions<sup>84</sup>, parce qu'il s'écartait trop de la notion de génocide<sup>85</sup>. Examinant spécialement l'argument selon lequel le déplacement forcé auquel les nazis s'étaient livrés pouvait être qualifié de destruction délibérée d'un groupe, M. Morozov, le représentant de l'Union soviétique, souligna qu'il s'agissait là d'une conséquence, et non du génocide proprement dit<sup>86</sup>.

La liste exhaustive des actes constitutifs de l'*actus reus* du génocide constitue l'expression adéquate et pertinente du principe fondamental de droit pénal, national ou international, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Au cours du débat à la Sixième Commission, deux amendements furent proposés<sup>87</sup> en vue de l'adoption d'une définition des actes de géno-

<sup>82</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/234.

<sup>83</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/SR.82.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Maktos (Etats-Unis d'Amérique), Fitzmaurice (Royaume-Uni), *ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/232/Rev.1 et A/C.6/223 et Corr.1.

genocide. After discussion the amendments were rejected on the basis of the argument that an exhaustive enumeration was necessitated by the fundamental principle *nulla poena sine lege*. It was also observed that an advantage of the exhaustive enumeration method was that it allowed for the subsequent amendment of the Convention by the addition of further acts to the enumeration<sup>88</sup>.

It should be noted that at no time during the drafting Statutes of the two *ad hoc* tribunals or the Rome Statute of the International Criminal Court was it even proposed to expand the list of acts or to deem the enumeration in Article II of the Convention to be non-exhaustive.

The intrinsic, highly complex structure of “ethnic cleansing” also militates against its inclusion among acts of genocide. It encompasses acts belonging to different genera of international crimes that accompany acts which, although violative of internationally recognized human rights, are not *per se* punishable (see paragraph 103 below).

103. The Applicant equates genocide and “ethnic cleansing”. *Exempli causa*, in its Reply, the Applicant contends that “the campaign of ethnic purification is indeed tantamount to a further campaign of European genocide in this century . . .” (Reply, para. 703, Chap. 5, Sect. 9 — The Policy of Ethnic Cleansing). This is not an isolated perception. In the confirmation of the second indictment against Karadžić and Mladić — the Srebrenica indictment (IT-95-18-I) of 16 November 1995 — Judge Mahmud Riad says, although more cautiously, that “[t]he policy of ethnic cleansing . . . presents in its ultimate manifestation, genocidal characteristics”<sup>89</sup>.

The answer to the question as to whether genocide and “ethnic cleansing” can be equated is twofold: formal and substantive.

Although the term “ethnic cleansing” emerged immediately after the end of the Second World War as a “direct descendant of the expressions, in particular the term ‘Säuberung’ (cleansing)”<sup>90</sup>, used by the Nazis in their “hygiene programmes”, it did not find a place in the Genocide Convention, not even as an act that would constitute an *actus reus* of genocide (see Article II of the Convention) or as a synonym for “genocide”.

Hence the use of “ethnic cleansing” instead of the term genocide implies, from a formal point of view, a redefinition of “genocide” as accepted in the Genocide Convention. Terms used in legislative acts, in particular conventions, such as the Genocide Convention, which lay

<sup>88</sup> N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, doc. E/CN.4, Sub. 2/416, 4 July 1978, *op. cit.*, p. 14.

<sup>89</sup> W. Schabas, “‘Ethnic Cleansing’ and Genocide: Similarities and Distinctions”, *European Journal of Minority Rights*, Vol. 3, 2003/4, pp. 111-112.

<sup>90</sup> For other views to that effect, see Schabas, *op. cit.*, p. 113.

cide par le biais d'une liste ouverte d'exemples. Après discussion, les amendements furent rejetés parce que le principe fondamental *nulla poena sine lege* imposait une énumération exhaustive. On fit aussi observer que la méthode de l'énumération exhaustive avait l'avantage de permettre de modifier ultérieurement la convention en y ajoutant d'autres actes<sup>88</sup>.

Il convient de noter que, lors de la rédaction du Statut des deux tribunaux *ad hoc* ou du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, il ne fut jamais, ne fût-ce que suggéré, d'allonger la liste des actes ni de considérer l'énumération figurant à l'article II comme non exhaustive.

Etant complexe, la structure intrinsèque du «nettoyage ethnique» milite également contre l'inclusion de celui-ci dans les actes de génocide. Le «nettoyage ethnique» comprend des actes appartenant à un type différent de crimes internationaux s'accompagnant d'actes qui, s'ils violent des droits de l'homme internationalement reconnus, ne sont toutefois pas punissables en eux-mêmes (voir le paragraphe 103 ci-dessous).

103. Le demandeur assimile génocide et «nettoyage ethnique». Dans sa réplique, par exemple, il soutient que cette «campagne de nettoyage ethnique [est] véritablement à inscrire parmi les campagnes de génocide qui ont frappé l'Europe au cours de ce siècle...» (réplique, par. 703, chap. 5, sect. 9 — La politique de nettoyage ethnique). Il ne s'agit pas là d'une conception isolée. Dans la confirmation du deuxième acte d'accusation émis à l'encontre de Karadžić et de Mladić — l'acte d'accusation *Srebrenica* (IT-95-18-I) du 16 novembre 1995 —, le juge Mahmud Riad déclare, quoique de manière plus prudente, que «[l]a politique de «purification ethnique» ... présente, dans sa manifestation ultime, des caractéristiques de génocide»<sup>89</sup>.

La réponse à la question de savoir si génocide et «nettoyage ethnique» peuvent être considérés comme équivalents comporte deux aspects: un aspect formel et un aspect de fond.

Bien qu'elle ait vu le jour dès la fin de la seconde guerre mondiale dans «la droite ligne des expressions, en particulier du terme «Säuberung» (nettoyage)»<sup>90</sup>, que les nazis utilisaient dans le cadre de leurs programmes dits de purification, l'expression «nettoyage ethnique» n'a pas trouvé place dans la convention sur le génocide, pas même en tant qu'acte constituant un *actus reus* du génocide (voir article II de la Convention) ni en tant que synonyme du terme «génocide».

Dès lors, utiliser l'expression «nettoyage ethnique» au lieu du terme «génocide» suppose, d'un point de vue formel, qu'il faut redéfinir le terme «génocide» tel qu'il est consacré dans la convention sur le génocide. Les termes utilisés dans les textes normatifs, en particulier dans les

<sup>88</sup> N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, doc. E/CN/4; Sub. 2/416, 4 juillet 1978, *op. cit.*, p. 14.

<sup>89</sup> W. Schabas, ««Ethnic Cleansing» and Genocide: Similarities and Distinctions», *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 3, 2003/4, p. 111-112.

<sup>90</sup> Pour d'autres avis en ce sens, voir Schabas, *op. cit.*, p. 113.

down objective law with the force of *jus cogens* are not ordinary terms subject to redefinition on the basis of one-sided, subjective assessment or agreement being a part of the substantive law established by the Genocide Convention. Forming a legal whole with the substantive provisions of the Convention, the *terminus technicus* “genocide” can be changed or replaced by some other term only pursuant to legal procedure analogous to that for amending provisions of the Convention.

In the substantive sense, equating genocide and “ethnic cleansing” may be reasonable only where the latter overlaps *in toto* with the relevant constituent elements — both material and subjective — of the crime of genocide.

There is one common denominator in numerous definitions of “ethnic cleansing”; it is expressed in terms of the goal towards which the perpetrator aspires. In that regard, one can take as the basic definition the one given by the Special Rapporteur Mazowiecki in his Sixth Report. According to the Report, “ethnic cleansing may be equated with the systematic purge of the civilian population based on ethnic criteria, *with the view of forcing it to abandon the territories where it lives*”<sup>91</sup>. The Commission of Experts in their first Interim Report of 10 February 1993 also adopted the same line of reasoning — “ethnic cleansing *means rendering an area ethnically homogeneous by using force and intimidation to remove persons of given groups from the area*”<sup>92</sup>. Consequently, the *genus proximus* of “ethnic cleansing” should be sought in creating ethnically homogeneous areas by forcing the inhabitants to leave their homes.

The fundamental difference between genocide and ethnic cleansing lies precisely in this point. Whereas genocide involves the extermination of the protected groups, “ethnic cleansing”, if perceived as a crime *per se*, involves the expulsion of the population from a given, as a rule disputed, territory. It follows that, whereas the prohibition of genocide has as its object protecting the physical and biological existence of a group, the prohibition of “ethnic cleansing”, if perceived as a crime *per se*, would have as its object preventing the expulsion of groups.

It follows that, in terms of the subjective element, genocide is characterized by the intent to destroy the targeted group, whereas “ethnic cleansing” is characterized by the intent to expel or remove the civilian population or persons belonging to given groups.

<sup>91</sup> Sixth Mazowiecki Report II, at p. 44, point 283; emphasis added.

<sup>92</sup> United Nations doc. S/25274.

conventions telles que la convention sur le génocide, qui posent des principes juridiques objectifs revêtant la force du *jus cogens*, ne sont pas des termes ordinaires qui peuvent être redéfinis sur la base d'une appréciation ou d'un accord de nature unilatérale et subjective, puisqu'ils font partie du droit substantiel établi dans la convention sur le génocide. Intimement lié, du point de vue juridique, à ces dispositions de nature substantielle de la convention, le terme technique «génocide» ne saurait être modifié ni remplacé par un autre terme que dans le cadre d'un processus juridique tel qu'une révision des dispositions de la convention.

En substance, on ne saurait raisonnablement assimiler génocide et «nettoyage ethnique» qu'en cas de chevauchement total entre ce dernier et les éléments — tant d'ordre matériel que d'ordre subjectif — qui constituent le crime de génocide.

De nombreuses définitions du «nettoyage ethnique» possèdent un dénominateur commun, qui se rattache à l'objectif visé par l'auteur du délit. A ce sujet, une définition qui peut être tenue pour fondamentale est celle qu'a formulée M. Mazowiecki, le rapporteur spécial, dans son sixième rapport. Aux termes du rapport en question, le «nettoyage ethnique» peut être assimilé à une purge systématique, fondée sur des critères ethniques, de la population civile *en vue de la contraindre à abandonner les territoires où elle vit*<sup>91</sup>. Dans son premier rapport intérimaire du 10 février 1993, la commission d'experts a, elle aussi, adopté le même raisonnement — «le «nettoyage ethnique» *consiste à rendre une zone ethniquement homogène en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés*»<sup>92</sup>. En conséquence, le *genus proximus* du «nettoyage ethnique» tient à la création de zones ethniquement homogènes en forçant les habitants à quitter leurs foyers.

C'est précisément en cela que réside la différence fondamentale entre génocide et nettoyage ethnique. Tandis que le génocide suppose l'extermination des groupes protégés, le «nettoyage ethnique», s'il est certes perçu comme un crime en soi, suppose l'expulsion de la population d'un territoire donné et, en général, contesté. Dès lors, tandis que l'interdiction du génocide a pour objet de protéger l'existence physique ou biologique d'un groupe, l'interdiction du «nettoyage ethnique», si celui-ci est perçu comme un crime en soi, aurait pour objet d'empêcher l'expulsion de groupes.

Il s'ensuit que, en ce qui concerne l'élément subjectif, le génocide est caractérisé par l'intention de détruire le groupe visé, tandis que le «nettoyage ethnique» est caractérisé par l'intention d'expulser ou de chasser la population civile ou des personnes appartenant à des groupes déterminés.

<sup>91</sup> Sixième rapport Mazowiecki (II), p. 56 de la version française, par. 283 ; les italiques sont de moi.

<sup>92</sup> Nations Unies, doc. S/25274.



A further difference lies in the acts by which genocide and “ethnic cleansing” are committed.

It appears that “ethnic cleansing” comprises a variety of acts substantially different by nature and effect.

The acts said to be acts of “ethnic cleansing” can, *grosso modo*, be divided into two main groups:

- (a) The first group is made up of acts punishable under international law, such as massive deportation, detention and ill-treatment of civilian population, shooting at selected civilian targets, mass displacement of communities, rape, summary executions, deliberate attack on and blocking of humanitarian aid, deliberate shelling of civilian targets (especially water and transport facilities, means of communication), taking hostages and detention of civilians for exchange, attack on refugee camps<sup>93</sup>.
- (b) The second group comprises acts which, while illegal, because they violate individuals’ or groups’ rights lying within the corpus of internationally recognized human rights, are not *per se* punishable under international criminal law<sup>94</sup>.

It follows that acts effecting “ethnic cleansing” are different by nature insofar as “ethnic cleansing” takes on the traits of a plastic omnibus expression rather than those of a coherent, *lege artis* structured criminal offence. As such, “ethnic cleansing” seems to be a non-technical term “used by soldiers, journalists, sociologists, social scientists and others to describe a phenomenon which is not defined by law”<sup>95</sup>. The actions by which “ethnic cleansing” is carried out would possess the latter characteristic only if there were a norm of international law prohibiting the ethnic re-composition (or a deliberate change in the ethnic composition) of a territory by any means — admissible or inadmissible — whatsoever (including, for instance, the granting of benefits or material advantages to certain

<sup>93</sup> First Mazowiecki Report I, p. 4, points 15, 16; Fourth Mazowiecki Report II, pp. 8-9, points 26, 29; Sixth Mazowiecki Report II, p. 5, point 13; Fifth Mazowiecki Report II, p. 4, point 15.

<sup>94</sup> *Exempli causa*, administrative measures like removal of lawfully elected authorities — Third Mazowiecki Report I, p. 8, point 17 (a); dismissal from work — First Mazowiecki Report I, p. 3, point 12; constant identity checking of members of minority ethnic groups — Third Mazowiecki Report I, p. 8, point 17; disconnection of telephones — Fifth Mazowiecki Report II, p. 12, point 84; forced labour, very often including work on the front lines of armed conflict — Fifth Mazowiecki Report II, p. 12, point 84, etc.

<sup>95</sup> K. Mulaj, *Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia in the 1990s: A Euphemism for Genocide?*, p. 696.

Une autre différence tient aux actes par lesquels sont commis génocide et «nettoyage ethnique».

On constate que le «nettoyage ethnique» englobe divers actes sensiblement différents par leur nature et leurs effets.

Les actes dits de «nettoyage ethnique» peuvent, *grosso modo*, être scindés en deux grands groupes :

- a) le premier groupe se compose d'actes sanctionnés par le droit international, tels que la déportation en masse, la détention et les mauvais traitements infligés à la population civile, le fait de tirer de manière sélective sur des cibles civiles, le déplacement en masse de communautés, le viol, les exécutions sommaires, l'attaque délibérée et l'obstruction des secours humanitaires, le bombardement délibéré de cibles civiles (en particulier les moyens d'approvisionnement en eau, les moyens de transport et de communication), la prise d'otages et la détention de civils à des fins d'échange et, enfin, l'attaque de camps de réfugiés<sup>93</sup>.
- b) Le second groupe comprend des actes qui, bien qu'illicites car ils violent les droits d'individus ou de groupes et font partie des droits de l'homme internationalement reconnus, ne sont pas en soi sanctionnés par le droit pénal international<sup>94</sup>.

Il s'ensuit que les actes constitutifs du «nettoyage ethnique» sont différents par nature de ceux qui constituent le génocide dans la mesure où ils confèrent à l'expression «nettoyage ethnique» les traits d'une expression extensible et «fourre-tout» plutôt que ceux d'une infraction pénale cohérente et structurée selon les règles de l'art. En tant que tel, le «nettoyage ethnique» semble être un terme non technique «utilisé par des soldats, des journalistes, des sociologues et d'autres pour décrire un phénomène qui n'est pas défini par le droit»<sup>95</sup>. Les actes de «nettoyage ethnique» ne le seraient que s'il existait une norme de droit international interdisant la recomposition ethnique (ou la modification délibérée de la composition ethnique) d'un territoire par quelque moyen que ce soit, admissible ou non (y compris, par exemple, le fait d'accorder des avan-

<sup>93</sup> Premier rapport Mazowiecki (I), p. 7 de la version française, par. 15 et 16; quatrième rapport Mazowiecki (II), p. 6-7 de la version française, par. 26 et 29; sixième rapport Mazowiecki (II), p. 6 de la version française, par. 13; cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 6 de la version française, par. 15.

<sup>94</sup> Par exemple, les mesures administratives telles que la destitution d'autorités élues de manière régulière — troisième rapport Mazowiecki (I), p. 8 de la version française, par. 17 a); le renvoi — premier rapport Mazowiecki (I), p. 6 de la version française, par. 12; la soumission constante de membres de minorités ethniques à des contrôles d'identité — troisième rapport Mazowiecki (I), p. 8 de la version française, par. 17; la déconnexion des lignes téléphoniques — cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 17 de la version française, par. 84; les travaux forcés, comprenant très souvent des travaux sur les lignes de front du conflit armé — cinquième rapport Mazowiecki (II), p. 17 de la version française, par. 84, etc.

<sup>95</sup> K. Mulaj, *Ethnic Cleansing in the Former Yugoslavia in the 1990s: A Euphemism for Genocide?*, p. 696.

persons or groups of persons to induce them to abandon the given territory).

In this context, it does not seem to be of decisive importance whether a “policy of ethnic cleansing” or a “campaign of ethnic cleansing” is in question. Because “ethnic cleansing” of a given territory is hardly possible without a plan and the co-ordinated action of a considerable number of people or State institutions. Perceived in the sense of a “policy” or “campaign”, ethnic cleansing is, in fact, but the expression or evidence of intention to expel or remove groups from the territory. As a “policy” or “campaign”, it is by nature systematic and widespread, because without these attributes “ethnic cleansing” is not feasible in practical terms. Simultaneous use of these expressions is, to begin with, a pleonasm (for example, “deliberate policy”), which neither adds to nor takes away from the substantive legal definition of “ethnic cleansing” as the removal or expulsion of a group from a given territory.

Although “ethnic cleansing” as such is not an *actus reus* of genocide under the Genocide Convention, let alone a synonym or euphemism for genocide, this does not mean that certain acts of “ethnic cleansing” are not capable of being means or methods of committing acts of genocide. The possibility of overlap between acts of genocide and acts of “ethnic cleansing” does not, however, establish a legal nexus between or the identity of these two notions. It is rather the expression of an inherent instrumental capability of individual physical acts to produce consequences that, in their concrete manifestations, fit into the genus of the crime of genocide or ethnic cleansing or some other crimes such as a crime against humanity or war crime.

Accordingly, what is involved here is the general instrumental capability of certain physical acts to produce consequences whose legal characterization within the configuration of punishable acts under international law must be determined on the basis of the specific characteristics — material and subjective — of international crimes taken individually.

Indeed, the objective elements, for instance, of crimes against humanity and the crime of genocide

“may undoubtedly overlap to some extent.

. . . . .  
Killing members of an ethnic or religious group may as such fall under both categories. The same holds true for causing serious bodily or mental harm to members of a racial or religious group, or even for the other three classes of genocide. However, crimes against humanity have a broader scope, for they may encompass acts that

tages, matériels ou autres, à certaines personnes ou à certains groupes de personnes en vue de les inciter à abandonner le territoire visé).

Dans ce contexte, la question de savoir si une «politique de nettoyage ethnique» ou une «campagne de nettoyage ethnique» est en cause ne semble pas revêtir une importance déterminante, car le «nettoyage ethnique» d'un territoire donné peut difficilement être réalisé en l'absence d'un plan et d'une action coordonnée de la part d'un nombre considérable de personnes ou d'institutions étatiques. Pris dans le sens d'une «politique» ou d'une «campagne», le nettoyage ethnique n'est en fait que l'expression ou la manifestation d'une intention d'expulser ou de chasser des groupes du territoire. En tant que «politique» ou de «campagne», il revêt par nature un caractère systématique et généralisé car, sans ces attributs, le «nettoyage ethnique» ne peut être réalisé dans la pratique. L'utilisation simultanée de ces termes est, pour commencer, un pléonasme (ce qui vaut par exemple pour la «politique délibérée») qui n'ajoute ni n'enlève rien à la définition juridique fondamentale du «nettoyage ethnique» en tant que fait de chasser ou d'expulser un groupe d'un territoire donné.

Bien que, en soi, le «nettoyage ethnique» ne constitue pas un *actus reus* du génocide dans le cadre de la convention sur le génocide, encore moins un synonyme ou un euphémisme du génocide, cela ne signifie pas que certains actes de «nettoyage ethnique» ne sont pas susceptibles de constituer des moyens ou des méthodes permettant de commettre des actes de génocide. L'éventuel chevauchement entre des actes de génocide et des actes de «nettoyage ethnique» ne constitue cependant pas un lien juridique ou une identité entre ces deux notions. Il signifie plutôt que certains actes matériels sont en eux-mêmes susceptibles de contribuer à produire des conséquences qui, dans leurs manifestations concrètes, entrent dans la catégorie du crime de génocide, du nettoyage ethnique ou de certains autres crimes tels un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

En conséquence, il s'agit ici d'une possibilité générale, pour certains actes matériels, de contribuer à produire des conséquences dont la qualification juridique, dans le cadre des actes répréhensibles en droit international, doit être déterminée sur la base des caractéristiques — matérielles et subjectives — qui sont propres aux crimes internationaux pris isolément.

En effet, par exemple, les éléments objectifs des crimes contre l'humanité et du crime de génocide

«peuvent sans conteste se confondre dans une certaine mesure.

.....

Le meurtre de membres d'un groupe ethnique ou religieux peut en tant que tel relever des deux catégories. Cela vaut aussi pour le fait de porter atteinte à l'intégrité physique ou mentale de membres d'un groupe racial ou religieux, ou même pour les trois autres catégories d'actes de génocide. Cela étant, les crimes contre l'humanité ont une

do not come within the purview of genocide, for instance, imprisonment and torture”<sup>96</sup>.

In other words, these two categories of crimes are “reciprocally special in that they form overlapping circles which nevertheless intersect only tangentially”<sup>97</sup>.

Equally, the same objective elements can also be assimilated to specific war crimes<sup>98</sup>.

Reasoning viewing any of the physical acts without regard to the totality of specific characteristics — material and subjective — of international crimes basically ignores the difference between the various kinds of international crimes, so that, *exempli causa*, “incendiary bombing of Hamburg, Dresden and Tokyo, and the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki may constitute both genocide and war crimes”, since “[t]he distinctive feature of pattern bombing is that the entire population of a city becomes the target of annihilatory assault”<sup>99</sup>.

104. In principle, the fact that “ethnic cleansing” is carried out, *inter alia*, by physical acts which are also capable of resulting in the commission of the crime of genocide allows for “ethnic cleansing” as a substratum or factual matrix for inference of genocidal intent. This, however, does not signify that genocidal intent may automatically be deduced from proof that “ethnic cleansing” has occurred, since identical punishable physical acts cannot *per se* be equated with acts of a particular crime. *Exempli causa*, mass killings as physical acts may constitute the *actus reus* of crimes against humanity, genocide or war crimes. An act of a particular crime, a concrete physical act, acquires a legal characterization within the framework of the totality of the legal characteristics forming the body of the particular crime.

As regards a possible inference of genocidal intent from proven ethnic cleansing, it appears that “ethnic cleansing” as such cannot be the proper legal substratum for inference of genocidal intent. Owing to the difference between genocide and ethnic cleansing, only those acts of ethnic cleansing which are punishable and capable of producing genocidal effects can be taken as the components of a legal substratum for establishing the existence of genocidal intent by inference. In that regard there is no difference whatsoever between acts of ethnic cleansing and any other pun-

<sup>96</sup> *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, I, 2002, ed. by A. Cassese, P. Gaeta and J. Jenès, p. 339.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Interim Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council resolution 780 (1992), United Nations doc. S/35374 (1993), para. 56.

<sup>99</sup> L. Kuper, *Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses in Genocide: Conceptual and Historical Dimension*, ed. by G. I. Andreopoulos, p. 34.

portée plus large, car ils peuvent englober des actes qui ne relèvent pas du génocide, comme l'emprisonnement et la torture.»<sup>96</sup>

En d'autres termes, ces deux types de crimes sont «spéciaux réciproquement en ce qu'ils forment des cercles qui se chevauchent mais ne se croisent que ponctuellement»<sup>97</sup>.

Pareillement, les mêmes éléments objectifs peuvent aussi être assimilés à certains crimes de guerre<sup>98</sup>.

Le raisonnement tendant à considérer l'un quelconque des actes matériels sans tenir compte de la totalité des caractéristiques particulières — matérielles et subjectives — des crimes internationaux revient fondamentalement à faire fi de la différence qui existe entre les divers types de crimes internationaux, si bien que, par exemple, «le lancement de bombes incendiaires sur Hambourg, Dresde et Tokyo et de bombes atomiques sur Hiroshima et Nagasaki peut constituer aussi bien un génocide que des crimes de guerre», puisque «le trait distinctif d'un bombardement généralisé est que la population entière d'une ville devient la cible d'une attaque visant son anéantissement»<sup>99</sup>.

104. En principe, le fait que le «nettoyage ethnique» puisse être réalisé, notamment, par des actes matériels également susceptibles de donner lieu au crime de génocide permet de traiter le «nettoyage ethnique» comme une base ou un tableau factuel afin de déduire l'intention génocidaire. Cela ne signifie toutefois pas que l'intention génocidaire puisse automatiquement être déduite de la preuve qu'il y a eu «nettoyage ethnique», puisque des actes matériels répréhensibles qui sont identiques ne sauraient en eux-mêmes être assimilés à des actes constitutifs d'un crime donné. Par exemple, des meurtres commis en masse peuvent, en tant qu'actes matériels, constituer l'*actus reus* de crimes contre l'humanité, de génocide ou de crimes de guerre. L'acte constituant un crime donné, un acte matériel concret, acquiert une qualification en droit dans le cadre de la totalité des caractéristiques juridiques qui définissent le crime concerné dans son ensemble.

En ce qui concerne la possibilité de déduire une intention génocidaire d'un nettoyage ethnique avéré, il apparaît que le «nettoyage ethnique» proprement dit ne peut constituer la base juridique qui permet d'inférer l'intention génocidaire. Compte tenu de la différence qui existe entre le génocide et le nettoyage ethnique, seuls les actes de nettoyage ethnique qui sont punissables et qui sont susceptibles de produire des effets génocidaires peuvent être considérés comme des composantes de la base juridique permettant d'établir, par déduction, l'existence de l'intention génocidaire.

<sup>96</sup> *The Rome Statute of the ICC: A Commentary* (I), 2002, A. Cassese, P. Gaeta et J. Jenes (dir. publ.), p. 339.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Rapport intérimaire de la commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, Nations Unies, doc. S/35374 (1993), par. 56.

<sup>99</sup> L. Kuper, *Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses in Genocide: Conceptual and Historical Dimension*, G. I. Andreopoulos (dir. publ.), p. 34.

ishable acts possessing the instrumental capability to produce genocidal effects.

Inference as such implies *in concreto* the application of the proper standard of proof in relation to the constitutive elements of genocidal intent.

It appears that the ICTY jurisprudence also offers no basis for equating ethnic cleansing with genocide.

This conclusion is suggested by both an affirmative and a negative analysis of the jurisprudence of the Tribunal.

From the negative standpoint, out of roughly a dozen indictments for ethnic cleansing, the Tribunal convicted only General Krstić for complicity in genocide. The case is, however, specific and requires special treatment (see paras. 151-153 below).

The affirmative analysis of the ICTY jurisprudence in this sense follows, on the other hand, from the Tribunal's legal reasoning on the matter. For instance, in the *Jelisić* case, the Prosecution asserted that Jelisić was "an effective and enthusiastic participant *in the genocidal campaign*" against the group, which was significant "not only because it included all the dignitaries of the Bosnian Muslim community in the region, but also because of its size"<sup>100</sup>. The Trial Chamber, however, although finding that "the murders committed by the accused are sufficient to establish the material element of the crime of genocide and it is *a priori* possible to conceive that the accused harboured the plan to exterminate an entire group" (*Jelisić*, Trial Chamber Judgment, para. 100) the Trial Chamber adjudged that

"In conclusion, the acts of Goran Jelisić are not the physical expression of an affirmed resolve to destroy in whole or in part a group as such.

All things considered, the Prosecutor has not established beyond all reasonable doubt that genocide was committed in Brcko during the period covered by the indictment. Furthermore, the behaviour of the accused appears to indicate that, although he obviously singled out Muslims, he killed arbitrarily rather than with the clear intention to destroy a group. The Trial Chamber therefore concludes that it has not been proved beyond all reasonable doubt that the accused was motivated by the *dolus specialis* of the crime of genocide. The benefit of the doubt must always go to the accused and, consequently, Goran Jelisić must be found not guilty on this count."<sup>101</sup>

To the same effect, see Rule 61 Decision in the *Karadžić and Mladić* case.

<sup>100</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Oral Ruling of 19 October 1999, p. 1.

<sup>101</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Judgment, Trial Chamber, paras. 107-108.

cidaire. A cet égard, rien ne différencie en aucune façon les actes de nettoyage ethnique de tout autre acte punissable susceptible de contribuer à produire des effets génocidaires.

En soi, la déduction suppose, dans la pratique, d'appliquer le critère d'établissement de la preuve approprié à l'égard des éléments constitutifs de l'intention génocidaire.

Il apparaît que la jurisprudence du TPIY n'offre pas non plus de base qui permette d'assimiler nettoyage ethnique et génocide.

Cette conclusion ressort aussi bien d'une analyse positive que d'une analyse négative de la jurisprudence du Tribunal.

Du point de vue de l'analyse négative, notons que, sur environ une douzaine d'actes d'accusation pour nettoyage ethnique, le Tribunal a uniquement déclaré le général Krstić coupable de complicité dans le génocide. Cette affaire est toutefois particulière et doit faire l'objet d'un examen distinct (voir par. 151-153).

L'analyse positive de la jurisprudence du TPIY en ce sens découle, en revanche, du raisonnement juridique que le Tribunal a exposé en la matière. Dans l'affaire *Jelisić*, par exemple, l'accusation faisait valoir que Jelisić avait été «un participant efficace et enthousiaste à [la] campagne de génocide» menée contre le groupe, qui était important «de par le fait qu'il regroupait tous les notables de la communauté musulmane de Bosnie de la région, mais également important par son nombre»<sup>100</sup>. Or, si elle a certes déclaré que «les meurtres commis par l'accusé suffisent à établir l'élément matériel du crime de génocide et [qu']il est a priori possible de concevoir que l'accusé nourrissait le projet d'exterminer un groupe dans son ensemble» (par. 100), la Chambre de première instance a jugé que

«[e]n conclusion, les actes de Goran Jelisić ne traduisent pas une volonté affirmée visant la destruction totale ou partielle d'un groupe en tant que tel.

Au total, le Procureur n'a pas établi au-delà de tout doute raisonnable qu'un génocide avait été commis à Brcko durant la période couverte par l'acte d'accusation. Le comportement de l'accusé semble par ailleurs indiquer que, bien que visant clairement les Musulmans, celui-ci aurait tué de façon arbitraire, plutôt que sur la base d'une intention claire de destruction d'un groupe. La Chambre conclut donc qu'il n'a pas été prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé était animé du *dolus specialis* du crime de génocide. Le doute doit toujours profiter à l'accusé. Goran Jelisić doit donc être déclaré non-coupable de ce chef.»<sup>101</sup>

La décision relative à l'article 61 qui a été rendue dans les affaires *Kara-*

<sup>100</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, décision orale du 19 octobre 1999, p. 1.

<sup>101</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, chambre de première instance, jugement, par. 107-108.



The Trial Chamber mandated in this case an investigation to establish whether “the pattern of conduct of which it is seised, namely ‘ethnic cleansing’, taken in its totality, reveals such a genocidal intent”<sup>102</sup>.

105. The District Court of Jerusalem, in its judgment in the Eichmann case, offered a subtle legal explanation of the difference between “ethnic cleansing” and genocide.

Considering the Nazi anti-Semitic policy, the Court found that until 1941 that policy, a combination of discriminatory laws and acts of violence, such as Kristalnacht of 9-10 November 1938, substantially corresponded to what is nowadays called “ethnic cleansing”. Until that time, the Nazi policy towards Jews, although based on various forms of persecution, did not qualify as a genocidal one, given that it allowed emigration from Germany, albeit under discriminatory conditions.

From mid-1941 onwards, that policy, according to the Court’s finding, took the form of the “Final Solution” in the sense of total extermination, connected with the cessation of emigration of Jews from territories under German control<sup>103</sup>. Eichmann was acquitted of genocide for acts committed prior to August 1941, since there remained a doubt as to whether there was the intention to exterminate before that date. And the acts committed against Jews until that date were subsumed by the Court under the heading crimes against humanity<sup>104</sup> in contrast to the acts committed after that date, characterized by the Court as genocide.

## II. Application of the Genocide Convention in Casu

106. There are three basic, dubious points in the approach of the majority of the Court as regards substantive issues:

- (i) perception of the judicial task of the Court *in casu*, including the approach to the ICTY jurisprudence relevant for the subject of the dispute;
- (ii) interpretation of the duties of the Contracting Parties stemming from the Genocide Convention; and
- (iii) treatment of the issue of the responsibility of the Contracting Parties in the matter of genocide.

<sup>102</sup> *Karadžić and Mladić* case, Rule 61, Decision of 11 July 1996, para. 94.

<sup>103</sup> *A. G. Israel v. Eichmann*, 1968, 36 ILR 5 (District Court Jerusalem, para. 80).

<sup>104</sup> *Ibid.*, paras. 186-187, 244 (1-3).

*džić* et *Mladić* va dans le même sens. Dans cette affaire, la Chambre de première instance a estimé nécessaire d'établir si «la ligne de conduite dont elle [était] saisie, ligne de conduite que l'on a pu appeler «nettoyage ethnique», révé[ait] dans son ensemble une telle intention génocidaire»<sup>102</sup>.

105. Le tribunal de district de Jérusalem, dans sa décision en l'affaire *Eichmann*, a exposé une explication juridique subtile au sujet de la différence entre «nettoyage ethnique» et génocide.

Considérant la politique antisémite nazie, le tribunal a conclu que, jusqu'en 1941, cette politique, qui s'était traduite par un ensemble de lois discriminatoires et d'actes de violence, comme la nuit de cristal du 9 au 10 novembre 1938, correspondait sensiblement à ce que l'on appelle aujourd'hui le «nettoyage ethnique». Bien qu'elle fût basée sur différentes formes de persécution, la politique menée par les nazis vis-à-vis des Juifs jusqu'en 1941 n'a pas été qualifiée de génocidaire, car elle permettait aux Juifs, fût-ce dans des conditions discriminatoires, de quitter l'Allemagne et d'émigrer.

De l'avis du tribunal, à partir de la seconde moitié de 1941 et par la suite, cette politique s'est transformée en «solution finale», c'est-à-dire en une extermination totale qui était liée à l'arrêt de l'émigration des Juifs des territoires sous contrôle allemand<sup>103</sup>. Eichmann fut acquitté sans être déclaré coupable de génocide pour les actes commis avant le mois d'août 1941, puisque le doute subsistait sur le fait de savoir s'il existait une intention d'extermination avant cette date. Le tribunal réunit les actes commis contre les Juifs jusqu'à cette date dans la catégorie des crimes contre l'humanité<sup>104</sup>, contrairement aux actes commis après cette date, qu'il qualifia de génocide.

## II. L'application de la convention sur le génocide en la présente affaire

106. La manière dont la majorité de la Cour a appréhendé les questions de fond présente trois traits fondamentaux qui sont contestables, à savoir:

- i) sa conception de la tâche judiciaire de la Cour en l'espèce, notamment l'approche adoptée à l'égard de la jurisprudence du TPIY pertinente eu égard au présent différend;
- ii) son interprétation des obligations incombant aux parties contractantes en vertu de la convention sur le génocide; et
- iii) la manière dont elle traite la question de la responsabilité des parties contractantes en matière de génocide.

<sup>102</sup> Affaires *Karadžić* et *Mladić*, examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, décision du 11 juillet 1996, par. 94.

<sup>103</sup> *A. G. Israel v. Eichmann*, 1968, *International Law Reports*, vol. 36, p. 5 (tribunal de district de Jérusalem, par. 80).

<sup>104</sup> *Ibid.*, par. 186-187 et 244 (points 1-3).

1. *General remarks about possible approaches of the Court in casu*

107. The judicial task of the Court *in casu* appears to be unique and unprecedented and, as such, burdened with challenges and difficulties.

*Grosso modo* the Court faced, at least theoretically, a couple of options.

*Primo*, to substitute itself for the criminal court and to judge whether genocide has been committed in Bosnia and Herzegovina, as is claimed by the Applicant. A basis for this option, which is peculiar and surprising, might perhaps, be sought in the findings of the Court in the Judgment on Preliminary Objections, in which the Court, ruling on the Respondent's fifth preliminary objection, held that Article IX of the Convention "does not exclude any form of State responsibility" (*I.C.J. Reports 1996*, p. 616, para. 32). If, therefore, a State may be responsible for genocide in terms of criminal law, it is not clear why the Court, at the basis of such an interpretation of Article IX of the Convention, could not proceed as a criminal court. In other words, to ascertain, in proper proceedings, which, admittedly was not the case here, the legal requirements, both objective and subjective, of the crime of genocide analogous to a criminal court as regards individual perpetrations. In that scenario, therefore, the Court would limit itself to the issue of genocide allegedly committed by the Respondent, and would not enter *ab initio* into an examination of whether the genocide was committed by natural persons — an issue within the competence of the ICTY.

*Secundo*, to engage in a decision on the Applicant's claim of so-called factual genocide, assessing the result of the actions committed during the civil war in Bosnia and Herzegovina, more or less irrespective of the legal requirements of the crime of genocide enshrined in Article II of the Genocide Convention on the basis, as the counsel of the Applicant stated, of "common knowledge, . . . a terrible genocide . . . was perpetrated upon the non-Serb populations of Bosnia and Herzegovina" (CR 2006/9, p. 50, para. 2 (Condorelli)) or on the basis of inference not based on proper facts but on "common logic and intuition" (CR 2006/33, p. 41, para. 16 (Franck)).

*Tertio*, adhering to its position of civil court to adjudge upon the Applicant's claim, relying primarily, if not exclusively, on the jurisprudence of the ICTY as the only judicial findings on the question at issue at the international level. Since the judgments of the ICTY do not have binding force as regards the Court, it would mean that the Court would adopt a corresponding decision by treating findings of the ICTY, be they findings of facts or of law, as evidence which should be evaluated in the light of the legal requirements of the crime of genocide as defined by the Genocide Convention and

1. *Observations générales sur les possibilités qui s'offraient à la Cour en la présente affaire*

107. La tâche de la Cour en l'espèce était, semble-t-il, unique et inédite en son genre et, en tant que telle, lourde de défis et de difficultés à assumer.

*Grosso modo*, la Cour avait le choix, du moins en théorie, entre plusieurs options.

La première consistait à jouer le rôle d'une juridiction pénale et à déterminer si, comme l'affirmait le demandeur, un génocide avait été commis en Bosnie-Herzégovine. Cette option, singulière et pour le moins surprenante, pouvait éventuellement trouver un fondement dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires, dans lequel la Cour, statuant sur la cinquième exception préliminaire du défendeur, a conclu que l'article IX de la Convention «n'exclu[ai]t aucune forme de responsabilité d'Etat» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32). Si un Etat pouvait ainsi être responsable de génocide au regard du droit pénal, l'on voit mal ce qui aurait empêché la Cour d'agir, sur le fondement de cette interprétation de l'article IX de la Convention, comme une juridiction pénale, c'est-à-dire d'apprécier, dans le cadre d'une procédure appropriée — qui, certes, a fait défaut ici —, les conditions juridiques, tant objectives que subjectives, établissant le crime de génocide, comme le ferait une juridiction pénale à l'égard d'actes individuels. Dans ce cas de figure, la Cour se serait donc bornée à examiner la question du génocide prétendument commis par le défendeur, sans examiner *ab initio* celle de savoir si le génocide avait été commis par des personnes physiques — question qui relève de la compétence du TPIY.

La deuxième option consistait à rendre une décision sur l'allégation du demandeur relative au prétendu génocide de fait, en appréciant le résultat des actes commis pendant la guerre civile en Bosnie-Herzégovine, plus ou moins indépendamment des conditions juridiques établissant le crime de génocide énoncées à l'article II de la Convention étant donné que, comme l'a indiqué le demandeur, «c'est un événement notoire, ... un effroyable génocide [a] été commis contre les populations non serbes de Bosnie-Herzégovine» (CR 2006/9, p. 50, par. 2 (Condorelli)) ou à partir de déductions non fondées sur des faits avérés, mais «logique[s] et] manifestement conforme[s] au bon sens» (CR 2006/33, p. 41, par. 16 (Franck)).

La troisième option consistait pour la Cour à s'en tenir à sa position de juridiction civile et à statuer sur l'allégation du demandeur en se fondant essentiellement, sinon exclusivement, sur la jurisprudence du TPIY, seule juridiction à s'être prononcée sur la question en cause sur le plan international. N'étant pas liée par les décisions du TPIY, la Cour aurait ainsi dû rendre une décision correspondante en traitant les conclusions factuelles et juridiques du Tribunal comme des éléments de preuve devant être appréciés à la lumière des conditions juridiques établissant le crime de génocide, telles qu'elles sont définies par la convention sur le génocide,

relevant standards of the legal reasoning established by this Court on this matter.

In any event, it appears that the primary duty of the Court *in casu* lay in the strict observance of the Convention on Genocide as the relevant law, both for the sake of legality and for the preservation of the normative integrity of crimes and offences constituting international criminal law.

108. As regards the legality aspect, the competence of the Court in the case at hand is based on Article IX of the Genocide Convention, which envisages the solution of disputes between the contracting parties regarding the “interpretation, application or fulfilment of the present Convention . . .” (emphasis added). Therefore, not on the basis of the law on genocide *in abstracto*, but on the basis of the Convention itself. This fact is of the utmost importance, if we bear in mind that the law on genocide established by the Convention *tractu temporis* included certain modifications in terms of progressive development only in the core element of the crime — both *mens rea* and *actus reus*. There is no need to say that the progressive development, achieved particularly in the jurisprudence of two *ad hoc* tribunals, is irrelevant *in casu*, for in disputes such as this the Court’s task is to apply the law of genocide as established by the Convention.

Such an approach by the Court would also have a collateral positive effect in terms of the actual judicial policy of the World Court as the judicial guardian of international law, *in concreto* of its own area, international criminal law, for the preservation of the normative integrity of the international crimes and offences ascertained.

Indeed an overly broad interpretation of the constitutive elements of the crime of genocide, made with good, yet extra legal intentions in the doctrine<sup>105</sup> sometimes appears in the judicial reasoning of the two tribunals tending to amalgamate the crimes against humanity, and especially persecution and extermination, and war crimes, even common human rights offences into genocide as a single umbrella crime, solely on the basis of their repetition or accumulation. So, counsel of the Applicant, Professor Stern, is of the opinion that “an accumulation of crimes against humanity can result in genocide . . .” (CR 2006/7,

<sup>105</sup> *Exempli causa*,

“Although it is important to acknowledge rape as a crime against humanity, classifying it as genocide is essential in order to prompt state intervention. States are generally not required to intervene when there are violations or crimes against humanity; when acts of genocide occur, however, customary international law imposes a duty to intervene” (MacKinnon, “Rape, Genocide and Human Rights”, 17 *Harvard Women’s Law Journal*, 1994, p. 5.)

et des critères pertinents qu'elle aurait retenus dans le cadre de son raisonnement juridique en la matière.

En tout état de cause, il apparaît que, en l'espèce, la Cour devait avant tout se conformer rigoureusement aux dispositions de la convention sur le génocide en tant que droit applicable, à la fois pour respecter le principe de la légalité et pour veiller à l'intégrité des notions de crime et d'infraction propres au droit pénal international.

108. Pour ce qui est du principe de légalité, la compétence de la Cour est fondée en l'espèce sur l'article IX de la convention sur le génocide, qui prévoit que lui soient soumis, pour règlement, les différends entre les parties contractantes relatifs «à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention...» (les italiques sont de moi) — et non sur la base du droit relatif au génocide *in abstracto*, donc, mais sur la base de la Convention elle-même. Cet élément revêt la plus haute importance, compte tenu du fait que le droit relatif au génocide institué par la Convention en est venu à inclure au fil du temps certaines modifications, son développement progressif touchant uniquement aux éléments clés du crime — tant la *mens rea* que l'*actus reus*. Il va sans dire que le développement progressif, qui s'est matérialisé tout particulièrement dans la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc*, est dépourvu de pertinence en l'espèce, car la Cour se doit, dans le cadre de tels différends, d'appliquer le droit relatif au génocide tel qu'il est établi par la Convention.

Une telle démarche aurait eu accessoirement des retombées positives sur le plan de la politique judiciaire même de la Cour internationale, en tant que gardienne du droit international — et, dans son domaine d'action concret, du droit pénal international —, parce qu'elle aurait permis de préserver l'intégrité des notions des différents crimes et infractions internationaux reconnus.

Une interprétation trop large des éléments constitutifs du crime de génocide — apparue chez des auteurs dont les intentions sont certes louables, mais extra-juridiques<sup>105</sup> — transparait en effet parfois dans le raisonnement judiciaire des deux tribunaux, qui tend à assimiler les crimes contre l'humanité, en particulier les actes de persécution et d'extermination, et les crimes de guerre, voire des violations classiques des droits de l'homme, aux éléments constituant le crime général de génocide, sur la base de leur seule répétition ou accumulation. Ainsi M<sup>me</sup> Stern, le conseil du demandeur, est-elle d'avis qu'«une accumulation de crimes contre

<sup>105</sup> En voici un exemple :

«Bien qu'il soit important de reconnaître le viol comme étant un crime contre l'humanité, le qualifier de génocide est essentiel pour susciter une intervention de l'Etat. Les Etats ne sont généralement pas tenus d'intervenir dans le cas de violations ou de crimes contre l'humanité; lorsque des actes de génocide sont commis, en revanche, le droit international coutumier leur en fait obligation.» (MacKinnon, «Rape, Genocide and Human Rights», *Harvard Women's Law Journal*, vol. 17, 1994, p. 5.)

p. 42, para. 113). We thus come to the phenomenon of the trivialization of genocide<sup>106</sup>.

The intrinsic meaning of the trivialization of genocide is expressed in the dilution of the proper legal substance of genocide established by the Convention, on the one hand, and the ruining of the configuration of international crimes and offences as autonomous legal notions on the other.

In that context, the idea underlying the concept is in conflict with one of the relevant rules of interpretation — the rule of effectiveness, according to which a provision or part of a provision cannot be considered as if it were superfluous and pointless<sup>107</sup> and also with the principle of normative economy (*économie des notions*) for any legal system within the confines of two concepts of rules that fulfil essentially the same function or bear divergently on any one situation<sup>108</sup>.

109. The majority of the Court has, however, taken the course that is both *parum et nimium*.

It is *parum* as regards the approach towards the ICTY jurisprudence relevant for the determination of the crime of genocide, both in normative and in legal terms.

The approach of the majority basically comes down to the treatment of the said part of the ICTY jurisprudence as a matter that is not subject to judicial evaluation by the Court, at least not in a substantive sense. As a consequence, the relevant parts of the Court's Judgment, and in particular Part VII, entitled "Responsibility of the Respondent for Srebrenica", are in fact a general verification of the relevant part of the ICTY jurisprudence.

It appears, however, that the interests of the sound administration of justice and even the substantive legality of the proceedings, before the highest international court declared itself competent to deal with accusations of the crime of genocide, implied a judicial evaluation of the ICTY findings, perceived as a proper evidence of the relevant matter, and the standards of legal reasoning applied to the ICTY, both as regards the applicable law and the conclusions reached.

The law applied by the ICTY as regards the crime of genocide cannot be considered equivalent to the law of genocide established by the Convention. In this regard, the jurisprudence of the ICTY can be said to be a progressive development of the law of genocide enshrined in the Convention, rather than its actual application. Article 4 of the ICTY Statute is but a provision of the Statute as a unilateral act of one of the main political organs of the United Nations that is, by its wording, reciprocal to

<sup>106</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 114.

<sup>107</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Appeal Judgment, para. 284.

<sup>108</sup> *Ibid.*, separate opinion of Judge Abi-Saab, p. 2.

l'humanité peut aboutir à un génocide» (CR 2006/7, p. 42, par. 113). Nous touchons ainsi au phénomène de la banalisation du génocide<sup>106</sup>.

Intrinsèquement, la banalisation du génocide s'exprime, d'une part, par la dilution du contenu juridique précis du crime de génocide établi par la Convention et, d'autre part, par la dissolution des contours des infractions et crimes internationaux en tant que notions juridiques distinctes.

Dans ce contexte, l'idée sous-jacente au concept entre en conflit avec l'une des règles pertinentes d'interprétation — celle de l'effet utile, selon laquelle on ne peut interpréter une disposition ou une partie d'une disposition d'une manière qui la rende superflue et sans objet<sup>107</sup> — et avec le principe de l'économie des notions qui est applicable à tout système juridique dans le cadre duquel risquent de coexister deux concepts ou règles qui remplissent essentiellement la même fonction ou divergent à propos d'une même situation<sup>108</sup>.

109. La majorité de la Cour a toutefois pris le parti d'en dire trop peu et trop à la fois.

Elle en dit trop peu, tant en termes normatifs qu'en termes juridiques, en ce qui concerne la jurisprudence du TPIY qui est pertinente pour statuer sur le crime de génocide.

La démarche de la majorité revient fondamentalement à considérer que ce volet de la jurisprudence du TPIY échappe à l'appréciation judiciaire de la Cour, du moins sur le plan du fond. En conséquence, dans les parties correspondantes de son arrêt, et en particulier dans la septième section intitulée «la responsabilité du défendeur en ce qui concerne les événements de Srebrenica», la Cour se borne à avaliser d'une manière générale la partie pertinente de la jurisprudence du TPIY.

Il semble toutefois que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, et même de la régularité substantielle de la procédure, la plus haute juridiction internationale devait, avant de se déclarer compétente pour connaître d'accusations de génocide, se livrer à un examen des conclusions du TPIY, en tant qu'éléments permettant d'établir les faits pertinents, et des critères du raisonnement juridique appliqué au TPIY, tant du point de vue du droit applicable qu'au regard des conclusions formulées.

Le droit appliqué par le TPIY au crime de génocide ne peut être assimilé au droit relatif au génocide qui est établi par la Convention. A cet égard, la jurisprudence du TPIY peut être considérée comme un développement progressif du droit relatif au génocide qui est consacré dans la Convention, mais non comme son application au sens propre. L'article 4 du Statut du TPIY, en tant qu'acte unilatéral de l'un des principaux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, n'est qu'une dispo-

<sup>106</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 114.

<sup>107</sup> TPIY, *Le procureur c. Tadić*, chambre d'appel, arrêt, par. 284.

<sup>108</sup> *Ibid.*, opinion séparée du juge Abi-Saab, p. 2.



Article II of the Convention. In view of the fact that it does not contain any *renvoi* to the Genocide Convention, the provision cannot change its nature simply by reproducing the text of Article II of the Convention. Consequently, interpretations of Article 4 of the Statute on the basis of the *travaux préparatoires* of the Convention, on which the ICTY amply draws, are essentially misleading. Both in terms of the actual approach used and of substance, considering that the rules of treaty interpretation and interpretation of unilateral acts do not necessarily coincide.

As stated *expressis verbis* by the Trial Chamber, the Judgment in the *Krstić* case is based on the “customary international law at the time the events in Srebrenica took place”<sup>109</sup>. That fact has two consequences.

On the one hand, the characterization of genocide in customary international law as perceived by the ICTY and in the Genocide Convention is not necessarily identical. On the other, the basis of the jurisdiction necessarily affects the applicable law. Where jurisdiction is based on a compromissory clause in a treaty, the Court is empowered only to apply a specific treaty.

The legal reasoning of the ICTY is far from consistent. For instance, as regards the determination of genocidal intent by inference, the reasoning in the *Stakić* case, on the one hand, and in the *Krstić* case on the other, seems to be in sharp contradiction<sup>110</sup>.

110. The approach of the majority is at the same time also *nimum* in terms of the superfluous but is not solidly based.

Refraining from an autonomous judicial evaluation of the jurisprudence of the ICTY, the majority, by a highly risky operation, also rendered more complicated the interpretations of the duty to prevent genocide in legal terms, including the “duty not to commit genocide” by a State. That operation, bearing in mind the substance of the provisions of the Convention, could not have been carried out without to some extent touching upon the legislative or quasi-legislative arena. Even more surprising is the fact that such an interpretation, in certain vital respects, conflicts with common sense and cogent legal considerations.

Hence, it would come as no surprise if this interpretation were to appear as *argumentum ad casum*.

## 2. Interpretation of the duties of the Contracting Parties on the basis of the Genocide Convention

111. In contrast to the standard understanding that the Genocide

<sup>109</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 541.

<sup>110</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, para. 553; ICTY, *Prosecutor v. Brđjanin*, Trial Judgment, paras. 981, 978-979; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, paras. 594-595.

sition du Statut qui, par son libellé, fait pendant à l'article II de la Convention. Etant donné qu'elle ne contient aucun renvoi à la convention sur le génocide, cette disposition ne saurait changer de nature simplement parce qu'elle reproduit le texte de l'article II de la Convention. En conséquence, les interprétations de l'article 4 du Statut qui sont basées sur les travaux préparatoires de la Convention, dont le TPIY se sert abondamment, sont foncièrement trompeuses, tant sur le plan de la démarche elle-même qu'en substance, l'interprétation des traités n'obéissant pas nécessairement aux mêmes règles que l'interprétation des actes unilatéraux.

Ainsi que la Chambre de première instance l'a expressément déclaré, le jugement rendu dans l'affaire *Krstić* repose sur le «droit international coutumier [applicable] à l'époque des événements de Srebrenica»<sup>109</sup>. Ce fait entraîne deux conséquences.

D'une part, la qualification du génocide en droit international coutumier, telle qu'elle est perçue par le TPIY, n'est pas nécessairement identique à celle qui figure dans la convention sur le génocide. D'autre part, le chef de compétence influe nécessairement sur le droit applicable. Lorsque la compétence est fondée sur une clause de juridiction figurant dans un traité, la Cour n'est habilitée qu'à appliquer le traité concerné.

Le raisonnement juridique du TPIY est loin d'être cohérent. Par exemple, s'agissant de la possibilité d'établir l'intention génocidaire par déduction, le raisonnement énoncé dans l'affaire *Stakić* semble diamétralement opposé à celui qui est exposé dans l'affaire *Krstić*<sup>110</sup>.

110. En même temps, la majorité de la Cour en dit également trop sous forme de précisions superflues mais peu fondées.

Non contente de se garder de soumettre la jurisprudence du TPIY à un examen judiciaire autonome, la majorité a en outre, par une opération très risquée, rendu l'interprétation de l'obligation de prévenir le génocide plus compliquée du point de vue juridique, en introduisant une «obligation de ne pas commettre de génocide» à la charge de l'Etat. Compte tenu de la substance des dispositions de la Convention, cette opération ne pouvait être accomplie sans verser quelque peu dans le domaine législatif ou quasi législatif. Il est encore plus surprenant que, à certains égards cruciaux, cette interprétation soit contraire au bon sens et à des considérations juridiques impérieuses.

Partant, il ne serait guère étonnant que cette interprétation passe pour un *argumentum ad casum*.

## 2. L'interprétation des obligations des parties contractantes sur le fondement de la convention sur le génocide

111. Contrairement à la conception classique des obligations princi-

<sup>109</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 541.

<sup>110</sup> TPIY, *Le procureur c. Stakić*, chambre de première instance, jugement, par. 553; *Le procureur c. Brđjanin*, chambre de première instance, jugement, par. 981 et 978-979; *Le procureur c. Krstić*, chambre de première instance, jugement, par. 594-595.

Convention imposes upon the Contracting Parties as primary duties — the duty to enact necessary legislation to give effect to the substantive provisions of the Convention (Art. V) and the duty of instituting legal proceedings for punishable acts provided by Article III against persons charged in a competent tribunal of a State in the territory of which the act was committed (Art. VI), the majority view focused on the duty to prevent as a complex duty comprising “a duty to act” and “a duty not to commit” genocide as some sort of mother duty or an umbrella duty in the context of the Convention.

*Sedes materiae* the view could be summarized as follows:

Prevention is perceived as “the duty to prevent in the Genocide Convention” (Judgment, para. 429). As regards its nature, the duty is one “of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide” (Judgment, para. 430). A State’s duty to prevent is accompanied by the “corresponding duty to act” in the sense of the duty which

“arise[s] at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed. From that moment onwards, if the State has available to it means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent (*dolus specialis*), it is under a duty to make such use of these means as the circumstances permit.” (Judgment, para. 431.)

Furthermore, the undertaking to prevent includes the obligation not to commit genocide and the other acts enumerated in Article III considering that under Article I a Contracting State is bound to prevent such genocidal acts being committed by its organs and persons whose acts are attributable to it (Judgment, paras. 166-168).

112. Two issues are raised as regards the view taken by the majority:

- (a) what is the proper meaning of “prevention” in criminal law and in terms of the Genocide Convention;
- (b) the nature and scope of the “corresponding duty to act”; and
- (c) does there exist a duty of a State not to commit genocide?

### 2.1. *The duty to prevent*

113. As regards the issue of prevention, the understanding of the majority appears to be highly innovative, transcending not only in degree

pales que la convention sur le génocide impose aux parties contractantes — l'obligation de prendre les mesures législatives nécessaires pour donner effet aux dispositions de fond de la Convention (art. V) et l'obligation de traduire en justice les personnes accusées d'actes répréhensibles visés à l'article III devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis (article VI) —, la majorité s'est attachée à voir dans l'obligation de prévention une obligation complexe comprenant «un devoir d'agir» et «une obligation de ne pas commettre» le génocide, qui serait une sorte d'obligation mère ou d'obligation cadre au sein de la Convention.

Le *sedes materiae* de cette position peut être résumé de la manière suivante :

La prévention est perçue comme une «obligation figurant dans la Convention sur le génocide» (arrêt, par. 129). Par nature, il s'agirait d'une obligation «de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un Etat quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide» (arrêt, par. 430). L'obligation de prévention de l'Etat serait assortie d'un «devoir d'agir qui en est le corollaire», au sens d'un devoir

«pren[a]nt naissance, pour un Etat, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide. Dès cet instant, l'Etat est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, ou dont on peut raisonnablement craindre qu'[elles] nourrissent l'intention spécifique (*dolus specialis*), de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances.» (*Ibid.*, par. 431.)

De plus, l'obligation de prévention comprendrait «celle de ne pas commettre un génocide et les autres actes énumérés à l'article III», considérant que, en vertu de l'article premier, un Etat contractant est tenu d'empêcher que ses organes ainsi que les personnes dont les actes lui sont attribuables commettent lesdits actes génocidaires (arrêt, par. 166-168).

112. La position adoptée par la majorité soulève deux types de questions :

- a) d'une part, quel est le véritable sens de la «prévention» en droit pénal et dans le cadre de la convention sur le génocide, et
- b) quelles sont la nature et la portée du devoir corollaire d'agir? Et, d'autre part,
- c) existe-t-il une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide?

### 2.1. L'obligation de prévention

113. En ce qui concerne la question de la prévention, la conception de la majorité semble extrêmement novatrice, transcendant non seulement

but in kind the standards generally accepted in the *genus* of laws regulating criminal matters.

In criminal law, either national or international, the prevention of a crime in terms of the plain and natural meaning of the word “prevention” — an action keeping something from happening or rendering impossible an anticipated genocidal design — is alien to the very nature of criminal law. The main function of the Genocide Convention, or indeed of any other criminal law norm, lies in protection rather than in prevention. Criminal law, and the Genocide Convention is its part, comes *post factum*, when the object of protection has already been damaged, destroyed or threatened. The protective function of the Genocide Convention does not have the character of direct, actual protection as suggested by the majority perception of prevention. It is of indirect nature having in mind that it is expressed in deterrence. The protective function of the Genocide Convention cannot be equalized with prevention of genocide in terms of legal duty because equalization would mean, *inter alia*, a doubt in the need for the existence of the Genocide Convention as it stands now. Moreover, the determination of the duty to prevent genocide as a distinct legal duty which runs counter to the principle *impossibilia nullum obligatio est*.

The duty to prevent genocide is, in fact, a social, moral, even metaphysical duty, being the goal of social defence action against genocide. Social defence against genocide is *ratione materiae* much broader than the effects of the Genocide Convention itself. It implies a totality of actions in the social, legal, economic, political and cultural spheres aimed at eliminating the real causes of genocidal pathology. It is materialized in the form of national criminal policies as well as the general policy of the competent United Nations organs, especially those referred to in Article VIII of the Convention. In that context it is correct to speak of a duty, either moral or social, to prevent genocide. However, that appears to be the criminological concept of the prevention of genocide in the well-known forms of primary, secondary and tertiary prevention.

114. The effects of the Convention as regards the prevention of genocide are manifested in general deterrence — in the sense of the general, normative meaning of the Convention as an international criminal law norm and its application. The preventive effects of the Convention itself are also emphasized in the *travaux* of the Convention. In the commentary by the Secretariat it was pointed out that a law established by the Convention “tends to deter and prevent actions by persons who might be tempted to commit a crime”<sup>111</sup>.

The application of the Genocide Convention also produces effects in terms of special deterrence, *ratione personae* limited to the perpetrators

<sup>111</sup> United Nations doc. E/447, p. 45.

quant à sa portée mais aussi quant à sa nature les normes généralement admises dans la catégorie des lois qui régissent ces questions pénales.

La «prévention» d'un crime, au sens ordinaire et naturel du terme — c'est-à-dire le fait d'agir pour empêcher qu'un événement ait lieu ou qu'un dessein génocidaire pressenti se concrétise, est étrangère à la nature même du droit pénal, celui-ci étant entendu au sens national ou international. La principale fonction de la convention sur le génocide, ou d'ailleurs de toute autre norme de droit pénal, tient de la protection et non de la prévention. Le droit pénal, dont la convention sur le génocide fait partie, entre en jeu *après les faits*, lorsque l'objet de la protection a déjà été touché, détruit ou menacé. La fonction protectrice de la convention sur le génocide ne revêt pas le caractère direct et concret que suppose la prévention perçue par la majorité. Elle est indirecte par nature puisqu'elle s'exprime sous la forme de la dissuasion. La vocation protectrice de la Convention ne peut être assimilée à la prévention du génocide en tant qu'obligation juridique car pareille assimilation reviendrait notamment à mettre en doute la légitimité de la convention sur le génocide telle qu'elle existe actuellement. En outre, faire de la prévention du génocide une obligation juridique distincte va à l'encontre du principe selon lequel à l'impossible, nul n'est tenu.

L'obligation de prévenir le génocide constitue en fait une obligation sociale, morale, voire métaphysique, son objet étant de défendre la société contre le génocide. La défense sociale contre le génocide a, *ratione materiae*, une portée bien plus vaste que les effets de la convention sur le génocide proprement dite. Elle fait appel à un ensemble de mesures d'ordre social, juridique, économique, politique et culturel visant à éliminer les causes réelles de la pathologie génocidaire. Elle se concrétise sous la forme de politiques pénales nationales ainsi que dans le cadre de la politique générale des organes compétents des Nations Unies, en particulier ceux qui sont visés à l'article VIII de la Convention. Dans ce contexte, il convient bien de parler d'une obligation, qu'elle soit morale ou sociale, de prévenir le génocide. Cela étant, il semble s'agir là de la conception criminologique de la prévention du génocide qui est mieux connue sous la forme de la prévention primaire, secondaire et tertiaire.

114. Les effets de la Convention en matière de prévention du génocide se traduisent par une dissuasion générale — au sens général et normatif de la Convention en tant qu'instrument du droit pénal international et de son application. Les effets préventifs de la Convention elle-même ressortent également des travaux préparatoires qui lui ont donné lieu. Dans son commentaire, le Secrétariat fit valoir qu'une règle établie par la Convention «tend[rait] à intimider et paralyser ceux qui seraient tentés de commettre le crime»<sup>111</sup>.

L'application de la convention sur le génocide donne également lieu à une dissuasion plus ciblée, qui est limitée *ratione personae* à ceux qui

<sup>111</sup> Nations Unies, doc. E/447, p. 45 [version française: A/AC.10/41, p. 67].

of the crime leaving potential perpetrators outside of its scope. In that regard, it should be pointed out that the application of the provisions of the Genocide Convention or reciprocal provisions of national criminal legislations *ad casum* is not, *stricti juris*, the prevention of genocide but its suppression.

115. The prevention referred to in Article I of the Convention is the general principle underlying the operative provisions of the Convention rather than a distinct legal duty. In favour of this determination, as well as general reasons concerning the nature of criminal law protection (para. 113 above), there are also specific reasons, which concern the Convention itself.

The undertaking by the Contracting Parties to prevent genocide, stipulated in Article I *in fine*, should be read in connection with the subject and purpose of the Convention, and not in isolation.

The preamble of the Convention states, *inter alia*, that:

“The Contracting Parties

. . . . .  
Being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, *international co-operation is required* . . . Hereby agree as hereinafter provided.” (Emphasis added.)

“International co-operation” in the particular context can hardly mean anything else but the defence of the international community against genocide. The Genocide Convention is a proper legal expression and the ingredient of overall international co-operation in the struggle against the odious scourge of genocide.

The essential role of international co-operation in the area of the prevention of genocide is confirmed both in the text of the Convention and in the *travaux préparatoires*.

Article VIII of the Convention referring to the possibility of preventive action by the United Nations called upon by the Contracting Parties “is the only Article in the Convention . . . which deals with the prevention of that crime”<sup>112</sup>. As the Convention

“creates no independent treaty body with responsibility for [its] implementation, it appears that in the area of prevention, the only hint of a mandate is that accorded to the ‘competent organs of the United Nations’, pursuant to Article VIII”<sup>113</sup>.

In substantive terms, Article VIII merely expresses, normatively, the essence of the *travaux préparatoires* in that regard.

In the Commentary by the Secretariat it is stated, *inter alia*, that:

<sup>112</sup> N. Ruhashyankiko, *op. cit.*, para. 304, p. 79; *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, prepared by Mr. B. Whitaker, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 July 1985), para. 66, p. 36.

<sup>113</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 448.

commettent le crime, les auteurs potentiels échappant à sa portée. A cet égard, il convient de souligner que l'application en l'espèce des dispositions de la convention sur le génocide ou des dispositions correspondantes des législations pénales nationales ne tient pas, *stricti juris*, de la prévention du génocide mais de sa répression.

115. La prévention visée à l'article premier de la Convention constitue le principe général qui anime les dispositions énoncées dans la suite de la Convention, et non une obligation juridique distincte. En ce sens militent non seulement certaines raisons générales concernant la nature de la protection propre au droit pénal (par. 113 ci-dessus), mais aussi certaines raisons spécifiques, qui tiennent à la Convention elle-même.

L'engagement de prévenir le génocide que les parties contractantes prennent à la fin de l'article premier doit être lu en tenant compte de l'objet et du but de la Convention, et non isolément.

Le préambule de la Convention indique notamment que :

« Les Parties contractantes,

. . . . .  
Convaincues que, pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux,  
*la coopération internationale est nécessaire,*  
Conviennent de ce qui suit... » (Les italiques sont de moi.)

La « coopération internationale » ne peut guère viser ici autre chose que la défense de la communauté internationale contre le génocide. La convention sur le génocide est une expression juridique idoine et une composante de la coopération internationale générale dans la lutte contre l'odieux fléau qu'est le génocide.

Le rôle essentiel de la coopération internationale en matière de prévention du génocide est confirmé tant dans le texte de la Convention que dans les travaux préparatoires.

L'article VIII de la Convention, qui évoque la possibilité d'une action préventive de l'Organisation des Nations Unies à la demande des parties contractantes, « est le seul article de la Convention ... qui traite de la prévention de ce crime »<sup>112</sup>. Etant donné que la Convention

« n'établit aucun organe conventionnel indépendant qui serait chargé de [s]a mise en œuvre », il apparaît que, « [d]ans le domaine de la prévention, le seul mandat auquel il est fait allusion est celui qui est accordé aux « organes compétents des Nations Unies », conformément à l'article VIII »<sup>113</sup>.

En substance, l'article VIII ne fait qu'exprimer en termes normatifs l'essence des travaux préparatoires à cet égard.

Dans son commentaire, le Secrétariat déclare notamment que :

<sup>112</sup> N. Ruhashyankiko, *op. cit.*, p. 79, par. 304; *Version révisée et mise à jour de l'étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide*, établie par M. B. Whitaker, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 juillet 1985), p. 36, par. 66.

<sup>113</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 448.



“if preventive action is to have the maximum chances of success, the Members of the United Nations must not remain passive or indifferent. The Convention for the punishment of crimes of genocide should, therefore, bind the States to do everything in their power *to support any action by the United Nations intended to prevent or stop these crimes.*”<sup>114</sup>

The proposal by the United States of America was similar:

“The High Contracting Parties . . . agree to concert their actions as such Members *to assure that the United Nations takes such action as may be appropriate under the Charter for the prevention and suppression of genocide.*”<sup>115</sup>

The position of the USSR might be summarized as follows:

“Any act of genocide was always a threat to international peace and security and as such should be dealt with under Chapters VI and VII of the Charter . . . *Chapters VI and VII of the Charter provided means for the prevention and punishment of genocide, means far more concrete and effective than anything possible in the sphere of international jurisdiction . . .*”<sup>116</sup>

The practice of the competent organs of the United Nations as regards the prevention of genocide developed within the framework of the rules provided in Article VIII of the Convention<sup>117</sup>.

116. The duty to prevent genocide in legal terms is one thing, and the legal duty to take preventive measures in that regard is another.

If the duty to prevent is defined in legal terms, then the bearer of the duty is in the position of guarantor, so that, by the very commission of genocide the bearer is held responsible. Preventive measures are, for that matter, different in nature.

They can be perceived in a broader or a narrower sense.

In a broader sense, they imply positive measures such as the creation of a social and cultural environment that *per se* excludes or reduces to a minimum the creation of genocidal pathology.

In a narrower sense, they can be reduced to acts which, although not constituting actions of commission and, as a rule, not being incriminated, facilitate or make possible the commission of genocide i.e., preparatory acts.

<sup>114</sup> United Nations doc. E/447, pp. 45-46.

<sup>115</sup> *Basic Principles of a Convention on Genocide*, United Nations doc. E/AC.25/7; emphasis added.

<sup>116</sup> United Nations doc. A/C.6 SR.101; emphasis added.

<sup>117</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, pp. 453-479.

«pour que l'action préventive ait le maximum de chances de succès, il est nécessaire que les Membres des Nations Unies ne restent pas passifs ou indifférents. Il convient donc que dans la Convention qui prévoit la répression des crimes de génocide les Etats s'engagent à faire ce qui est en leur pouvoir *pour seconder l'action des Nations Unies destinée à les prévenir ou à y mettre fin.*»<sup>114</sup>

La proposition des Etats-Unis d'Amérique allait dans le même sens :

«Les Hautes Parties contractantes ... conviennent d'agir de concert, en leur qualité de Membres, *afin de faire en sorte que l'Organisation des Nations Unies prenne toute mesure pouvant se révéler appropriée au regard de la Charte pour prévenir et réprimer le génocide...*»<sup>115</sup>

La position de l'URSS peut être résumée de la manière suivante :

«Un acte de génocide quel qu'il soit constitue toujours une menace à la paix et à la sécurité internationales, et, comme tel, doit relever des chapitres VI et VII de la Charte... *Les dispositions des chapitres VI et VII de la Charte fournissent, pour prévenir le génocide et le châtier, des moyens infiniment plus concrets et efficaces que tous ceux dont dispose la juridiction internationale...*»<sup>116</sup>

La pratique des organes compétents des Nations Unies en matière de prévention du génocide s'est manifestée dans le cadre des principes énoncés à l'article VIII de la Convention<sup>117</sup>.

116. L'obligation de prévenir le génocide en termes juridiques est une chose, et l'obligation juridique de prendre des mesures préventives à cet égard en est une autre.

Si l'obligation de prévention est définie en termes juridiques, le titulaire de l'obligation se trouve alors en position de garant, de sorte que sa responsabilité se trouve engagée du fait même de la commission du génocide. Sur ce point, les mesures préventives sont de nature différente.

Elles peuvent être prises dans un sens plus large ou dans un sens plus étroit.

Dans leur acception plus large, la prévention fait appel à des mesures positives telles que la création d'un environnement social et culturel qui, en soi, exclut l'émergence d'une pathologie génocidaire ou qui réduit au minimum le risque de la voir se créer.

Dans un sens plus restreint, la prévention peut se limiter à des actes qui, bien que n'étant pas des actes de commission et n'étant pas condamnés en général, ont pour effet de faciliter la commission du génocide ou de la rendre possible, c'est-à-dire des actes préparatoires.

<sup>114</sup> Nations Unies, doc. E/447, p. 45-46 [version française: A/AC.10/41, p. 67-68].

<sup>115</sup> *Basic Principles of a Convention on Genocide*, Nations Unies, doc. E/AC.25/7; les italiques sont de moi.

<sup>116</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/SR.101; les italiques sont de moi.

<sup>117</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 453-479.

The Secretariat's draft Convention on the Crime of Genocide contained incrimination of the following preparatory acts:

- “(a) studies and research for the purpose of developing the technique of genocide;
- (b) setting up installations, manufacturing, obtaining, possessing or supplying of articles or substances with the knowledge that they are intended for genocide; and
- (c) issuing instructions or orders, and distributing tasks with a view to committing genocide.”<sup>118</sup>

The proposal, however, was not accepted, probably following the prevailing practice of national criminal laws not to criminalize acts which are not, from the legal point of view, acts of perpetration, *actus reus*, of the criminal act of genocide. Hence, as noted by the learned author, “the concept of punishing acts preparatory to genocide seems to have been forgotten by both international and domestic lawmakers”, so there is nothing “to authorize criminal repression of acts preparatory to genocide until they reach the threshold of attempts”<sup>119</sup>.

But probably for the sake of balance the Convention has introduced the criminalization of acts, direct and public incitement to commit genocide or the attempt to commit genocide.

In contrast to the Genocide Convention, some international conventions contain a limited or extensive spectrum of preventive measures, either in a broader or narrower sense or combined. For instance, Article 2 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), Articles 3 and 4 of the Convention against Discrimination in Education (1960); Articles 1, 3 and 8 of the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (1956); Articles 2 and 3 of the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (1958).

There is a substantial difference between the duty to prevent in legal terms on the one hand, and the preventive measures defined by the rules of a convention on the other. While breach of the legal duty to prevent entails the responsibility of the offender in terms of criminal law, the effect of a breach of the duty to undertake the preventive measures stipulated is equivalent to a treaty violation, except where it assumes the characteristics of a criminal offence, such as *exempli causa*, complicity or co-perpetratorship.

117. The majority view as regards the scope *ratione personae* of the supposed legal duty to prevent genocide appears to be highly problem-

<sup>118</sup> United Nations doc. E/447, p. 29.

<sup>119</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, pp. 490-491.

Dans son projet de convention sur le crime de génocide, le Secrétariat condamnait notamment les actes préparatoires suivants :

- a) les études et recherches destinées à mettre au point les techniques du génocide;
- b) le fait d'établir des installations, de fabriquer, de se procurer, de détenir ou de fournir des matériaux et produits, sachant qu'ils sont destinés à l'exécution des crimes de génocide;
- c) les instructions, ordres, consignes, répartition des tâches en vue de l'exécution du génocide»<sup>118</sup>.

Cette proposition ne fut toutefois pas retenue, sans doute pour suivre la pratique prévalant dans les systèmes nationaux de droit pénal qui tendait à ne pas ériger en crimes des actes qui, du point de vue juridique, n'étaient pas des actes de commission, ou l'*actus reus*, du crime de génocide. Ainsi, pour reprendre les termes de l'éminent auteur cité plus haut, «l'idée de réprimer des actes préparatoires du génocide semble avoir été oubliée par les législateurs tant à l'échelle internationale que sur le plan interne», si bien que rien «n'autorise à réprimer au pénal pareils actes tant qu'ils n'ont pas atteint le seuil de la tentative»<sup>119</sup>.

Toutefois, probablement par souci d'équilibre, la Convention a érigé en crimes certains actes tels que l'incitation directe et publique à commettre le génocide ou la tentative de génocide.

Contrairement à la convention sur le génocide, certaines conventions internationales énoncent un dispositif limité ou fort large de mesures de prévention, que ce soit dans un sens plus large, plus étroit ou associant les deux types de mesures (voir, par exemple, l'article 2 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), les articles 3 et 4 de la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960); les articles 1, 3 et 8 de la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956), et les articles 2 et 3 de la convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (1958).

Il existe une différence substantielle entre l'obligation de prévenir en termes juridiques, d'une part, et les mesures préventives qui sont définies par les dispositions d'une convention, de l'autre. Si la violation de l'obligation juridique de prévention engage la responsabilité de son auteur en droit pénal, un manquement à l'obligation de prendre les mesures préventives stipulées équivaut en revanche à la violation d'un instrument conventionnel, sauf s'il présente les caractéristiques d'une infraction pénale comme la complicité ou la coaction.

117. La position de la majorité quant à la portée *ratione personae* de ce qu'elle conçoit comme une obligation juridique de prévenir le génocide

<sup>118</sup> Nations Unies, doc. E/447, p. 29 [version française: A/AC.10/41, p. 10].

<sup>119</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 490-491.

atic. It is based on drawing qualitative distinction between the effects of the expression “undertake to prevent” *in fine* of Article I on the one hand, and Article VIII of the Convention on the other. While the expression “undertake to prevent”, is perceived as imposing a “distinct” and “direct obligation [of the Contracting Parties] to prevent genocide” (Judgment, para. 165), it sees the effects of Article VIII in “completing the system by supporting both prevention and suppression, *in this case at the political level rather than as a matter of legal responsibility*” (Judgment, para. 159; emphasis added). In a word, the Convention imposes on the Contracting Parties the legal duty to prevent genocide and on the competent organs of the United Nations referred to in Article VIII of the Convention — a social or political duty to prevent genocide.

Such a duality of the duties is hard to reconcile with the nature of the Genocide Convention. The Convention enshrines rights and obligations of an *erga omnes* character (*I.C.J. Reports 1996*, para. 31), and belongs to *corpus juris cogentis*. As such it represents a normative expression of substantive, fundamental interests of the international community as a whole, interests which transcend the interests of States taken individually. If genocide “shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations” (resolution 96 (I) of the General Assembly, 11 December 1946; *I.C.J. Reports 1951*, p. 23; *I.C.J. Reports 1996*, p. 616, para. 31), it is unclear how the Contracting Parties and the competent organs of the United Nations, the only ones singled out in that regard in Article VIII of the Convention dealing specifically with the prevention issue, can be placed in a fundamentally different legal position as regards the prevention of genocide. *A fortiori*, bearing in mind that, as a rule of *jus cogens* it should be overriding and absolutely binding in character.

As regards its peremptory nature, it is unclear how a duty that, by definition, has absolute obligatory force and, as such, knows no alternatives or conditions, can be designed in terms of a duty “to take all measures to prevent genocide which were within its power” (Judgment, para. 430) not being “under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide” (*ibid.*). Thus perceived, it is the duty to act in order to prevent genocide as far as possible rather than the duty to prevent. A duty to prevent that is contingent on a host of factual legal requirements can hardly claim the status of a peremptory norm.

Furthermore, does this imply — bearing in mind that, according to the majority view, the duty to prevent includes the obligation not to commit genocide and other acts enumerated in Article III of the Convention — that the organs of the United Nations are not bound in legal terms by the

semble très problématique. Cette position consiste à établir une différence qualitative entre les effets de l'expression «s'engagent à prévenir» qui conclut l'article premier, d'une part, et ceux de l'article VIII de la Convention, de l'autre. Tandis qu'elle perçoit dans l'expression «s'engagent à prévenir» une «obligation de prévenir le génocide» «distincte» que «les parties contractantes ont directement» (arrêt, par. 165), la majorité voit les effets de l'article VIII comme «parachevant le système en appelant tant à la prévention qu'à la répression du crime de génocide, *cette fois au niveau politique et non plus sous l'angle de la responsabilité juridique*» (arrêt, par. 159; les italiques sont de moi). En somme, la Convention impose aux parties contractantes l'obligation juridique de prévenir le génocide et aux organes compétents des Nations Unies qui sont visés à l'article VIII de la Convention une obligation sociale et politique de prévenir le génocide.

Cette double obligation est difficile à concilier avec la nature de la convention sur le génocide. Celle-ci consacre des droits et des obligations qui revêtent un caractère *erga omnes* (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 31) et qui appartiennent au *corpus juris cogentis*. En tant que telle, ladite obligation constitue une expression normative d'intérêts substantiels et fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, intérêts qui transcendent ceux des Etats pris individuellement. Si le génocide «bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et...est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946)» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23; *C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 31), il n'est guère aisé de saisir comment les parties contractantes et les organes compétents des Nations Unies — les seuls à être désignés en la matière à l'article VIII de la Convention, qui traite expressément de la question de la prévention — peuvent être placés dans une position juridique foncièrement différente à l'égard de la prévention du génocide, d'autant plus que cette règle du *jus cogens* devrait en tant que telle se situer au premier rang et posséder un caractère absolument obligatoire.

S'agissant de sa nature impérative, il est difficile de voir comment une obligation qui, par définition, s'impose de manière absolue et qui, de ce fait, n'autorise aucune autre solution ni condition, peut être conçue comme une obligation «de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui [sont] à sa portée» (arrêt, par. 430) sans être une «obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide» (*ibid.*). Ainsi perçue, l'obligation serait d'agir pour empêcher le génocide autant que possible, et non pas de le prévenir. Une obligation de prévention qui est tributaire d'une pléthore de conditions factuelles et juridiques ne peut guère être considérée comme une norme impérative.

En outre, faut-il entendre par là — étant donné que, suivant les vues de la majorité, l'obligation de prévention comprend «celle de ne pas commettre de génocide et les autres actes énumérés à l'article III» de la Convention — que les organes de l'Organisation des Nations Unies ne

obligation not to commit genocide and other punishable acts under the Convention? Or, pursuing the logic underlying the majority view at step further if, *ex hypothesi*, the United Nations were to commit genocide, would that Organization, in contrast to a State, not be directly responsible?

But, apart from the aforementioned controversies involved, it seems clear that the very pronouncement that Article VIII completes “the system by supporting both prevention and suppression, in this case at the political level . . .” (Judgment, para. 159) is, by itself, an argument in favour of the social and political nature of the duty to prevent.

118. Article VIII, as the only operative provision of the Convention concerning the prevention of genocide, has two legal meanings depending on the circumstances:

- (i) in case of suspected genocide on the territory of a State, whether or not a Member of the United Nations, the objection that the matter essentially falls within domestic jurisdiction in terms of Article 2 (7) of the Charter is not acceptable;
- (ii) as regards action by the competent organs of the United Nations, the parties are under an obligation to do everything in their power to give full effect to the actions of the United Nations.

119. Controversies in the majority view regarding the nature of prevention spread with remarkable ease.

If, *arguendo*, the prevention of genocide exists as a legal duty, then its perception as the “obligation . . . of conduct and not . . . of result” (Judgment, para. 430), is *contradiction in adiecto*, because it transforms the duty to prevent into the duty to act with no prevention as a result. The plain and natural meaning of the term “prevention” lies in the action of keeping from happening or rendering impossible an anticipated genocidal design. Hence, the prevention should be *ex definitione* an action of result.

True, the majority perception of the duty to prevent is accompanied by the “corresponding duty to act” but this additional element is of dubious validity.

## 2.2. *Corresponding duty to act*

120. As regards its existence, the “corresponding duty to act” appears to be a pure creation of the so-called judicial legislature, having no trace whatsoever either in the text of the Convention or in its *travaux préparatoires*. As such it is a demonstration of a revision of the Convention rather than its proper interpretation.

*In abstracto*, the common denominator of two reasonable aims of the introduction of a “corresponding duty to act” is the nullification of the existence of the legal duty to prevent genocide in its real and genuine meaning.

sont pas liés sur le plan juridique par l'obligation de ne pas commettre de génocide ni les autres actes punissables en vertu de la Convention ou bien, conformément à la logique dont s'inspire l'opinion de la majorité, à supposer que l'Organisation commette le génocide, ne serait-elle pas tenue, contrairement à un Etat, pour directement responsable?

Toujours est-il que, ces aspects discutables mis à part, l'affirmation selon laquelle l'article VIII parachève «le système en appelant tant à la prévention qu'à la répression du crime de génocide, cette fois au niveau politique» (arrêt, par. 159) semble clairement militer en soi pour une obligation de prévention de caractère social et politique.

118. Seule clause du dispositif de la Convention qui traite de la prévention du génocide, l'article VIII peut revêtir deux significations juridiques selon les circonstances:

- i) en cas de génocide présumé sur le territoire d'un Etat, que celui-ci soit ou non membre de l'Organisation des Nations Unies, il est exclu d'arguer qu'il s'agit d'une affaire relevant essentiellement de la compétence nationale de l'Etat en vertu du paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte;
- ii) en ce qui concerne l'action des organes compétents des Nations Unies, les Parties sont tenues de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour lui donner pleinement effet.

119. Les points discutables se sont multipliés avec une facilité remarquable au sein de la majorité sur la nature de la prévention.

A supposer, *arguendo*, que la prévention du génocide existe bien en tant qu'obligation juridique, il est alors contradictoire en soi d'y voir une «obligation de comportement et non de résultat» (arrêt, par. 430) car cela revient à transformer l'obligation de prévenir en obligation d'agir sans prévention pour résultat. En son sens ordinaire et naturel, le terme «prévention» signifie agir pour empêcher un dessein génocidaire present de se concrétiser ou pour le rendre impossible. Dès lors, la prévention devrait par définition appeler un résultat.

Certes, la majorité a vu dans l'obligation de prévention un «devoir d'agir qui en est le corollaire», mais la validité de cet élément complémentaire est douteuse.

## 2.2. *Le devoir corollaire d'agir*

120. S'agissant de son existence, le «devoir d'agir qui en est le corollaire» paraît être une pure invention du juge s'érigeant lui-même en législateur, aucune trace d'une telle obligation figurant nulle part dans le texte de la Convention ni dans les travaux préparatoires. En tant que telle, il s'agit d'une révision de la Convention et non de sa juste interprétation.

*In abstracto*, l'introduction d'un devoir corollaire d'agir pourrait raisonnablement servir deux objectifs qui ont pour effet commun d'annuler l'existence de l'obligation juridique de prévenir le génocide en son sens propre et véritable.



One aim could be to confer active force or a sort of enforcement capacity on the duty to prevent. If, however, the prevention of genocide is a distinct legal duty, then any “corresponding duty to act” is superfluous. In that sense, the “corresponding duty to act” in fact deprives the supposed legal duty to prevent of its own normative content and turns it into a general legal principle.

The other aim would be to serve as a means of transforming the prevention in its original and accepted meaning into a relaxed and soft form of using the available means as circumstances permit. Thus, the duty to prevent would be shifted towards the duty to act with an uncertain outcome as regards prevention on the basis of a broad and undefined criterion more suited to civil than to criminal law.

121. The majority view has not escaped certain terminological problems either. If the duty to prevent also includes the duty not to commit genocide, then the term does not seem adequate, at least in relation to this part of the prevention, because it would in effect mean “self-prevention”. The term, however, appears to be devoid of any meaning in this particular context, as how one can self-prevent oneself in legal terms, acting simultaneously as Dr. Jekyll and Mr. Hyde?

If understood as a legal duty, the failure to prevent genocide would belong to the category of criminal offences through the omission to act. For the omission to act to have any meaning, it must have as its object a criminal offence defined in terms of failure to act. As the Model Penal Code expressly states, liability may be based on an omission when “the omission is expressly made sufficient by the law defining the offence” (para. 2.01(3)). The Genocide Convention, however, not only does not impose the duty to act *in concreto*, it is a matter of the creative interpretation of the majority — but it has not even included the omission to act in the exhaustive determination of punishable acts in its Article III.

It follows, consequently, that the judicial creation of the duty to prevent, including a “corresponding duty to act”, has been created *ad exemplum legis*, in the manner which preceded the constitution of the principle of legality as the common heritage of modern criminal law. For in order for the construction of the legal duty to prevent genocide to be able to serve as a basis for responsibility at all, it was necessary to have, albeit only tacit, judicial creation of the criminal offence of the failure to act. In that way, the majority view, if anything came dangerously close to the very heart of the principle *nulla crimen sine lege*.

The stringent requirements of legality immanent in criminal law do not tolerate creative, extra-textual interpretations, in particular those which are conducive to the creation of new criminal offences or the expansion of the essence of criminal offences or of any of the constitutive elements of criminal offences. Consequently, the interpretation of the Genocide Convention, as a criminal law treaty must, in principle, be more restric-

Un objectif pourrait être de conférer à l'obligation de prévention une force active ou une sorte de capacité d'exécution. Si, toutefois, la prévention du génocide constitue une obligation juridique distincte, le «devoir d'agir qui en est le corollaire» est alors superflu. En ce sens, ce devoir corollaire d'agir prive en fait l'obligation de prévention supposée de son propre contenu normatif pour en faire un principe juridique général.

L'autre objectif serait de servir à transformer la prévention, dans son sens originel et accepté, en une façon plus souple et modulable d'utiliser tous les moyens disponibles selon les circonstances. Ainsi, l'obligation de prévenir se convertirait en devoir d'agir, sans certitude quant au résultat pour ce qui concerne la prévention, sur la base d'un critère général et abstrait mieux adapté au droit civil qu'au droit pénal.

121. La majorité n'a pas non plus échappé aux problèmes terminologiques. Si l'obligation de prévention comprend aussi celle de ne pas commettre de génocide, le terme «prévention» ne semble alors pas adéquat, du moins en ce qui concerne cet aspect, car il s'agirait en fait d'«auto-prévention» — ce qui n'aurait pourtant absolument aucun sens dans ce contexte particulier, car comment peut-on exercer une prévention sur soi-même du point de vue juridique, en agissant simultanément comme le Dr. Jekyll et Mr. Hyde?

Si la prévention est entendue comme une obligation juridique, l'absence de prévention du génocide appartiendrait à la catégorie des infractions pénales constituées par l'omission d'agir. Pour que l'omission d'agir ait le moindre sens, elle doit se rattacher à une infraction pénale définie par le défaut d'action. Ainsi qu'il est expressément indiqué dans le *Model Penal Code*, la responsabilité peut être basée sur une omission lorsque «l'omission est expressément établie de manière suffisante par le droit définissant l'infraction» (par. 2.01, al. 3)). Or, non seulement la convention sur le génocide n'impose pas de devoir d'agir dans le concret (il s'agit là d'un produit de l'interprétation créatrice de la majorité), mais elle n'inclut même pas l'omission d'agir parmi les actes punissables qui sont définis de manière exhaustive en son article III.

Il s'ensuit donc que l'obligation de prévention, y compris le «devoir d'agir qui en est le corollaire», est une invention judiciaire qui a été créée *ad exemplum legis* avant que le principe de légalité soit devenu le patrimoine commun du droit pénal moderne. En effet, pour que l'obligation juridique de prévenir le génocide ainsi construite puisse servir à fonder la moindre responsabilité, il fallait qu'existe déjà sur le plan judiciaire, fût-ce tacitement, une infraction pénale tenant au défaut d'action. En ce sens, la position de la majorité touche plutôt dangereusement au cœur même du principe *nullum crimen sine lege*.

L'impératif de légalité immanent au droit pénal ne souffre pas d'interprétations dues à l'imagination et extratextuelles, surtout lorsqu'elles entraînent la création de nouvelles infractions pénales ou étendent l'essence de celles qui existent déjà, ou de l'un ou l'autre de leurs éléments constitutifs. En conséquence, l'interprétation de la convention sur le génocide, en tant que traité de droit pénal, doit en principe être plus res-

tive and related to the text of the Convention than the interpretation of other international treaties.

122. The duty “not to commit genocide” is, according to the majority view, included in the duty to prevent, perceived as a complex norm, as some kind of umbrella norm in the context of the Convention.

Leaving aside the perception of it as a complex norm from the standpoint of responsibility, the least one can say from a structural point of view is that it is not a coherent construction both in terms of legal technique and substance.

From the standpoint of legal technique it is unusual for the parts of the complex norm to be defined in different ways. While the duty “not to commit” has been defined in a negative way, the duty to prevent, as the mother norm, and the “corresponding duty to act”, have been defined in a positive way.

As regards its substance, the complex rule of prevention, as perceived by the majority, would consist of a variety of obligations. On the one hand, the obligations which concern prevention as such — the duty to prevent and the corresponding duty to act — on the other, the duty “not to commit genocide”, which concerns the very notion of genocide i.e., its perpetrator element.

The heterogeneous nature of the obligations constituting the duty to prevent signifies the artificial nature of the construction, tailored to the purpose. It becomes even more striking if observed in the context of the corresponding offences. As a breach of any duty in terms of criminal law constitutes a criminal offence, in the case at hand we would be dealing with an utterly unusual complex criminal offence (*infraktion complexe; zusammengesetztes Verbrechen*) comprised of diverse offences. Thus, *exempli causa*, the perpetration of one act of genocide by a State would produce two consequences within the context of a single complex rule — a breach of the duty “not to commit genocide” would, at the same time, mean a breach of the duty to prevent or, more precisely, the duty to self-prevent, with the accompanying “corresponding duty to act”.

### 2.2.1. Application of the duty to prevent in casu

123. Even if, for the sake of argument, the existence of the legal duty to prevent is accepted, its application as regards the Respondent seems to be erroneous.

The arguments on the basis of which the majority concluded that the Respondent “violated its obligation to prevent the Srebrenica genocide . . .” (Judgment, para. 438) are:

- (i) that the FRY “was in a position of influence over the Bosnian Serbs . . . unlike that of any of the other States parties to the Genocide Convention . . .” (Judgment, para. 434);
- (ii) that the FRY “could hardly have been unaware of the serious risk of

trictive et se rattacher davantage au texte de la Convention que celle d'autres traités internationaux.

122. L'obligation «de ne pas commettre de génocide» est, aux yeux de la majorité, comprise dans l'obligation de prévention, qui est perçue comme une norme complexe ou une sorte de règle cadre au sein de la Convention.

Mis à part le fait que cette obligation soit perçue comme une norme complexe du point de vue de la responsabilité, le moins que l'on puisse dire, au sujet de sa structure, c'est qu'il ne s'agit pas d'une interprétation cohérente, tant en ce qui concerne la technique juridique que le fond.

Du point de vue de la technique juridique, il est inhabituel de définir différemment les éléments constitutifs d'une norme complexe. Tandis que l'obligation «de ne pas commettre» de génocide a été définie de façon négative, l'obligation de prévention, qui est la norme principale, et le «devoir d'agir qui en est le corollaire» ont été définis de façon positive.

Pour ce qui est du fond, la règle complexe de la prévention comprendrait aux yeux de la majorité diverses obligations, à savoir, d'une part, celles qui concernent la prévention proprement dite — l'obligation de prévenir et le devoir d'agir qui en est le corollaire — et, de l'autre, celle «de ne pas commettre de génocide», qui se rapporte à la notion même de génocide, c'est-à-dire à son auteur lui-même.

La nature hétérogène des devoirs constitutifs de l'obligation de prévention révèle le caractère artificiel de cette construction, qui est adaptée aux besoins. Cela devient encore plus frappant au regard des infractions correspondantes. La violation de toute obligation constituant en droit pénal une infraction pénale, nous serions appelés ici à connaître d'un cas tout à fait inhabituel d'infraction complexe (*zusammengesetztes Verbrechen*), composée de diverses infractions. Ainsi, la commission d'un acte de génocide par un Etat produirait deux conséquences dans le cadre d'une règle complexe unique — une violation de l'obligation «de ne pas commettre de génocide» emportant du même coup violation de l'obligation de prévention ou, plus précisément, de l'obligation d'auto-prévention, assortie du «devoir d'agir qui en est le corollaire».

### 2.2.1. *L'application de l'obligation de prévention en l'espèce*

123. Quand bien même, aux fins de l'argumentation, l'existence de l'obligation juridique de prévention serait acceptée, il semble erroné de l'appliquer dans le cas du défendeur.

Les arguments sur la base desquels la majorité a conclu que le défendeur avait «violé son obligation de prévenir le génocide de Srebrenica» sont les suivants :

- i) la RFY «se trouvait, à l'égard des Serbes de Bosnie ..., dans une position d'influence qui n'était comparable à celle d'aucun des autres Etats parties à la convention sur le génocide» (arrêt, par. 434);
- ii) la RFY «ne pouva[i]t pas ne pas être conscient[e] du risque sérieux

- it [the genocide] once the VRS forces had decided to occupy the Srebrenica enclave” (Judgment, para. 436);
- (iii) that the Respondent has not shown “that it took any initiative to prevent . . .”, the inference being “that the organs of the Respondent did nothing to prevent the Srebrenica massacres . . .” (Judgment, para. 438).

It must be conceded that not one of the arguments put forward seems convincing.

As far as the first argument is concerned, it seems to be based on a certain confusion between notions of “influence” and “power” and their effects in the area of prevention of genocide.

“Influence” as such can hardly be a means of preventing genocide. As a form of indirect power, it could prompt self-prevention action by the alleged perpetrator, but *per se* is incapable of preventing genocide. This is particularly the case where the alleged genocidal intent appeared in an apparently spontaneous way during an operation which lasted a few days. As a means of triggering self-restraint or self-prevention, influence requires a considerably longer time than the duration of the operation in the course of which a massacre was committed.

The reasoning of the majority contemplates actions above the influence in terms of factual and legal power which the Respondent have had in relation to the given event.

The majority attributes critical importance to the notion of “due diligence” in assessing whether a Contracting Party acted in a proper way.

It appears, however, that the notion of due diligence is of little, if any, help *in concreto*. Due diligence, as demonstrated in the jurisprudence of the Court in *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* and *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* cases, operates primarily as regards objects under sovereignty or effective control of the State to which lack of due diligence is imputed. As the Court found out, the Respondent did not exercise effective control over the given territory (Judgment, para. 413).

Moreover, measures which a State would have to take in order to avoid getting itself into a situation where it would be charged with lack of due diligence are difficult if not impossible to take while observing the limits permitted by international law as regards the territory of another State.

It is interesting to note that in the passage devoted to the responsibility of the State in paragraph 438 of the Judgment, for breaching the obligation to prevent, the general word “influence” is replaced by the word “power”. It is unclear whether this is a matter of linguistic inconsistency in the text or of an expression of *argumentum ad casum*.

qui existait à cet égard dès lors que les forces de la VRS avaient décidé de prendre possession de l'enclave de Srebrenica» (*arrêt*, par. 436);  
 iii) le défendeur n'a démontré «l'existence d'aucune initiative à des fins préventives ... de sa part», ce dont il faudrait déduire «que [s]es organes ... n'ont rien fait pour prévenir les massacres de Srebrenica» (*ibid.*, par. 438).

Il faut bien admettre qu'aucun des arguments avancés ne paraît convaincant.

S'agissant du premier, il semble reposer sur une certaine confusion entre les notions d'«influence» et de «pouvoir» et entre leurs effets respectifs, et en matière de prévention du génocide.

L'«influence» en tant que telle peut difficilement être un moyen de prévenir le génocide. Etant une forme de pouvoir indirect, elle pourrait inciter le criminel présumé à l'«auto-prévention» mais, en soi, elle ne permet nullement de prévenir le génocide, en particulier lorsque l'intention génocidaire serait apparue de manière apparemment spontanée au cours d'une opération de quelques jours. En tant que moyen d'inciter à la retenue ou à l'«auto-prévention», l'influence doit s'exercer pendant une période bien plus longue que la durée de l'opération au cours de laquelle un massacre a été commis.

Dans son raisonnement, la majorité envisage des actes allant au-delà de l'influence, sous la forme du pouvoir dont le défendeur disposait dans les faits et en droit à l'égard de l'événement dont il s'agit.

La majorité attribue une importance majeure à la notion de «*due diligence*» pour déterminer si une partie contractante a agi dans le sens voulu.

Il semble toutefois que cette notion de diligence ne soit pas d'une grande aide, ni même d'aucun secours sur le plan concret. Comme il ressort des décisions de la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*) et dans celle du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran*), la «*due diligence*» s'applique principalement dans le cas d'un sujet relevant de la souveraineté ou du contrôle effectif de l'Etat auquel le défaut de diligence est imputé. Or, la Cour a conclu que le défendeur n'exerçait pas de contrôle effectif sur le territoire dont il s'agissait (*arrêt*, par. 413).

Qui plus est, les mesures qu'un Etat devrait prendre pour ne pas prêter le flanc à l'accusation de défaut de diligence sont difficiles, voire impossibles à mettre en œuvre tout en respectant les limites de ce que permet la légalité internationale lorsqu'il est question du territoire d'un autre Etat.

Il est intéressant de noter que, dans le passage consacré à la responsabilité de l'Etat pour avoir manqué à l'obligation de prévention qui figure au paragraphe 438 de l'arrêt, le terme «pouvoir» a remplacé le terme général «influence». On ne voit pas clairement s'il s'agit là d'une incohérence linguistique dans le texte ou de l'expression d'un *argumentum ad casum*.

The view that influence of itself constitutes an element of responsibility based on the omission to act is, perhaps, a borrowing from the law of command responsibility. As such, it is totally inapplicable in the area of prevention in the circumstances of the case at hand, bearing in mind, *inter alia*, that, as regards command responsibility, influence is exerted on a person over whom effective control is also exercised. Incidentally, it also demonstrates an uncritical application of the analogy with criminal law. For with the exception of cases of *analogia legis*, i.e., one established by the legal rule itself, analogies with criminal law cannot be considered acceptable in the light of the principle of legality.

The second argument essentially concerns awareness of the general risk of genocide, considering that, as was concluded, “it [the Court] has not found that the information available to the Belgrade authorities indicated, as a matter of certainty, that genocide was imminent . . .” (Judgment, para. 436). The tragic truth is, however, that in civil wars, particularly in those where the lines of military demarcation coincide to a high degree with ethnical or religious ones, the risk of ethnically motivated crimes, including genocide, is always high and serious. It is simply inherent in this kind of war.

Hence, in the construction termed prevention as a legal duty, awareness of the imminent danger of genocide seems more proper as the basis for action. Especially considering that the general risk of genocide, in light of its frequency in civil wars, in fact shifts the emphasis from preventive actions to the prevention of civil wars. And that is actually the primary prevention of situations leading or likely to lead to genocide, prevention in a criminological or social defence sense, and not prevention in terms of a legal duty.

And finally, the argument that the Respondent has not shown that “it took any initiative to prevent . . .” is not without difficulties as regards both facts and law.

As regards facts, it appears that the Respondent submitted evidence to the effect that Milošević instructed Karadžić that it would be a mistake to take Srebrenica, because there could well be a massacre due to prior events at Bratunac<sup>120</sup>. In addition, as noted by Lord Owen:

“I had rarely heard Milošević so exasperated, but also so worried: he feared that if the Bosnian Serb troops entered Srebrenica there would be a bloodbath because of the tremendous bad blood that existed between two armies. The Bosnian Serbs held the young Muslim commander in Srebrenica, Naser Orić, responsible for a massa-

<sup>120</sup> Dutch Srebrenica Report, Part II, Chap. 2, Sect. 5: footnote as “Confidential Information 43”.

L'idée que l'influence constitue par elle-même un facteur de responsabilité tenant à l'omission d'agir est peut-être un emprunt au droit régissant la responsabilité du commandement. En tant que telle, elle est totalement inapplicable en matière de prévention dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, étant donné, notamment, que, dans le cas de la responsabilité du commandement, l'influence est exercée sur une personne qui est également soumise à un contrôle effectif. A titre incident, elle traduit aussi une application hâtive de cette analogie au droit pénal. En effet, exception faite des cas d'*analogia legis*, c'est-à-dire établies par la règle juridique elle-même, les analogies avec le droit pénal ne sauraient être admises compte tenu du principe de la légalité.

Le deuxième argument a essentiellement trait à la connaissance du risque général de génocide, car, comme elle l'a conclu, «la Cour n'a pas non plus jugé que les informations dont disposaient les autorités de Belgrade indiquaient de manière certaine l'imminence du génocide» (par. 436). Pourtant, la triste vérité est que, en temps de guerre civile, surtout lorsque les lignes de démarcation militaire coïncident dans une large mesure avec des frontières ethniques ou religieuses, il existe toujours un risque élevé et grave que des crimes à motivation ethnique soient commis, y compris le génocide. Ce phénomène est tout simplement inhérent à ce type de guerre.

Ainsi, dans le cadre de cette construction baptisée obligation juridique de prévention, la connaissance du risque imminent de génocide semble constituer une meilleure base d'action. Vu, en particulier, que le risque général de génocide, si fréquent en temps de guerre civile, impose en fait de convertir l'action préventive en prévention des guerres civiles, il s'agit en réalité ici de la prévention primaire de situations conduisant ou risquant de conduire au génocide, c'est-à-dire de la prévention au sens criminologique ou de la défense sociale, et non de la prévention répondant à une obligation juridique.

Enfin, l'argument selon lequel le défendeur n'a démontré «l'existence d'aucune initiative à des fins préventives ... de sa part» n'est pas exempt de difficultés tant sur le plan des faits qu'au regard du droit.

Pour ce qui est des faits, il apparaît que le défendeur a produit des éléments attestant que Milošević avait indiqué à Karadžić que prendre Srebrenica serait une erreur, parce qu'un massacre pouvait fort bien avoir lieu du fait d'événements intervenus plus tôt à Bratunac<sup>120</sup>. En outre, pour reprendre les termes de lord Owen :

«Je n'avais quasiment jamais entendu M. Milošević faire montre d'une telle exaspération, mais aussi d'une telle inquiétude; il craignait que, si les forces serbes de Bosnie entraient dans Srebrenica, il y ait un bain de sang en raison de la terrible animosité entre les deux armées. Les Serbes de Bosnie tenaient le jeune commandant des

<sup>120</sup> Rapport néerlandais concernant Srebrenica, deuxième partie, chap. 2, sect. 5 (avec, en note de bas de page, la mention «information confidentielle n° 43»).



cre near Bratunac in December 1992 in which many Serb civilians had been killed.”<sup>121</sup>

What President Milošević said to Lord Owen, in his capacity as Co-Chairman of the Steering Committee on the Former Yugoslavia, should be understood as a warning of a risk of a massacre in Srebrenica.

The warning, together with the instruction given to the President of Republika Srpska, Karadžić, considering that “every State may only act within the limits permitted by international law” (Judgment, para. 430), seems the only thing the Respondent could do in the circumstances.

It should be noted that in the *Corfu* case Albania was declared responsible because it “neither notified the existence of the minefield, nor warned the British warships of the danger they were approaching” (*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22). If however, the failure to warn was a basis for holding Albania responsible for the event that occurred in its territory, then it is unclear how President Milošević’s warning does not represent fulfilment of the duty to act, as the warning was in fact the only possible preventive action as regards the territory of the other State. In addition, the application of the anticipated duty to prevent *in casu* requires an additional condition of causality i.e., that the alleged failure to act caused the massacre. The condition was neither proved nor implemented in the Judgment.

124. Considering the primary responsibility of the competent organs of the United Nations in the area of genocide prevention, as enshrined in Article VIII of the Convention, the concern expressed by the European Union negotiator, Mr. Bildt, to President Milošević, to which the Judgment particularly draws attention (Judgment, para. 436) hardly has any relevance *in casu* being a pure demonstration of humanitarian concern. As a possible warning by the representative of the organized international community which had a proper factual power and legal capacity to act, moreover, whose military units, on the basis of United Nations Security Council resolution, were under a legal obligation to secure the safe-area of Srebrenica, addressed to the head of State which, according to the finding of the Court (Judgment, para. 413), had no effective control over given territory, having no, in addition, factual power comparable to that possessed by the organized international community, can hardly have an excusable character tacitly suggested by the wording of the formulation. (A qualitatively different conclusion would impose itself only if the authority of the competent international body were delegated to President Milošević on that occasion in due course to act on the territory of

<sup>121</sup> Lord Owen, *Balkan Odyssey*, 1995, pp. 134-135.

forces musulmanes de Srebrenica, Naser Orić, pour responsable d'un massacre commis près de Bratunac en décembre 1992, au cours duquel de nombreux civils serbes avaient été tués.»<sup>121</sup>

Les propos tenus par le président Milošević à lord Owen, qui était alors coprésident du comité directeur de la conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie, doivent être interprétés comme une mise en garde sur le risque de massacre à Srebrenica.

Etant donné que «chaque Etat ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale» (arrêt, par. 430), cette mise en garde ainsi que les instructions données à Karadžić, le président de la Republika Srpska, semblent constituer la seule mesure que le défendeur pouvait prendre dans les circonstances.

Il convient de noter que, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'Albanie fut déclarée responsable parce qu'elle n'avait «ni notifié l'existence du champ de mines ni averti les navires de guerre britanniques du danger vers lequel ils avançaient» (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). Or, si le défaut d'avertissement a servi de base pour déclarer l'Albanie responsable de l'événement intervenu sur son territoire, il est alors difficile de saisir pourquoi l'avertissement formulé par le président Milošević ne satisfait pas au devoir d'agir, puisqu'il s'agissait en fait de la seule mesure de prévention possible à l'égard du territoire de l'autre Etat concerné. En outre, pour appliquer en l'espèce l'obligation de prévention envisagée, une autre condition de causalité devait être remplie, à savoir que le défaut allégué d'agir devait avoir causé le massacre. Cette condition n'a été ni établie ni appliquée dans l'arrêt.

124. Compte tenu de la responsabilité de premier plan qui incombe aux organes compétents des Nations Unies en matière de prévention du génocide, telle qu'elle figure à l'article VIII de la Convention, l'inquiétude exprimée au président Milošević par le négociateur de l'Union européenne, M. Bildt, sur laquelle l'arrêt appelle particulièrement l'attention (par. 436), n'a guère de pertinence en l'espèce, puisqu'elle traduit simplement une inquiétude de caractère humanitaire. Elle ne peut guère, comme le suggère tacitement le libellé de ce passage, se justifier en tant que mise en garde probable que le représentant de la communauté internationale organisée — qui avait le pouvoir voulu dans les faits et la faculté juridique d'agir et dont les unités militaires étaient en outre, sur la base de la résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, tenues de sécuriser la zone de sécurité qu'était Srebrenica — aurait adressée au chef d'Etat qui, d'après la conclusion de la Cour (arrêt, par. 413), n'exerçait pas de contrôle effectif sur le territoire concerné et n'avait d'ailleurs aucun pouvoir de fait comparable à celui que possédait la communauté internationale organisée (une conclusion foncièrement différente ne s'imposerait que si l'autorité de l'organe international compétent

<sup>121</sup> Lord Owen, *Balkan Odyssey*, 1995, p. 134-135.

Bosnia and Herzegovina with the aim of preventing the massacre in Srebrenica.)

125. The argument which was also put forward concerns the Orders of the Court of 8 April 1993, as well as of 13 September 1993, by which the Court indicated provisional measures to the effect that the “FRY was bound by very specific obligations by virtue of the two Orders indicating provisional measures” (Judgment, para. 435).

Two observations can be made regarding the specific finding of the majority.

*Primo*, the binding character of the Order indicating provisional measures was articulated as late as the *LaGrand* case (*I.C.J. Reports 2001*, p. 503, para. 102). Until that case the position of the Order indicating provisional measures as regards its binding force could not have been considered settled. That fact is confirmed by the Order of 13 September 1993 itself. Paragraph 58 of the Order refers to its previous finding in the *Nicaragua* case that: “When the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, it is incumbent on each party to take the Court’s indication seriously into account . . .” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 144, para. 289) and stated “this is particularly so in such a situation as now exists in Bosnia-Herzegovina . . .” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 349).

*Secundo*, the argument is not a proper one, since the Orders strongly suggest that it is in fact about an interim judgment *par excellence*. The Orders open

“practically unlimited, ill-defined and vague requirements for the exercise of responsibility by the Respondent in fulfilment of the Order of the Court, and lay the Respondent open to unjustifiable blame for failing to comply with this interim measure” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, declaration of Judge Tarassov, pp. 26-27).

What is even more striking is that the measures were indicated in the proceedings phase allowing the Court “to entertain a provisional and merely prima facie idea of the case” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, p. 33). The narrow line between such provisional measures and the subject-matter of the case placed the Court in a position of making an estoppel in terms of the alleged facts presented by a party.

avait alors été déléguée au président Milošević en temps voulu pour lui permettre d'intervenir sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine afin de prévenir le massacre de Srebrenica).

125. L'autre argument avancé concerne les ordonnances que la Cour a rendues le 8 avril 1993 ainsi que le 13 septembre 1993, pour indiquer des mesures conservatoires précisant que «la RFY était ... soumise à des obligations très spécifiques du fait des deux ordonnances en indication de mesures conservatoires» (arrêt, par. 435).

Il est possible de formuler deux observations au sujet de cette conclusion particulière de la majorité.

Premièrement, le caractère obligatoire de l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires n'a été exprimé qu'à l'époque de l'affaire *LaGrand* (C.I.J. Recueil 2001, p. 503, par. 102). Avant cette affaire, la force obligatoire de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires ne pouvait pas être tenue pour établie. Ce fait est confirmé par l'ordonnance du 13 septembre 1993 elle-même. Au paragraphe 58 de l'ordonnance, la Cour renvoie à sa conclusion antérieure en l'affaire *Nicaragua*, qui est celle-ci: «lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données...» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 144, par. 289), ajoutant qu'«il en va particulièrement ainsi dans une situation telle qu'elle se présente actuellement en Bosnie-Herzégovine» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 349).

Deuxièmement, cet argument n'est guère justifié, puisque les ordonnances indiquent nettement qu'il s'agit en fait d'une décision provisoire par excellence. Celles-ci prévoient

«des conditions pratiquement illimitées, mal définies et vagues concernant l'exercice de la responsabilité du défendeur dans l'exécution de l'ordonnance de la Cour et l'exposent à des accusations infondées de ne pas de conformer à cette mesure conservatoire» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, déclaration du juge Tarassov, p. 27).

Un fait encore plus remarquable est que les mesures ont été indiquées lors d'une phase de la procédure qui ne permettait à la Cour «d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 33). Ces mesures conservatoires touchaient de si près à l'objet de l'affaire que la Cour risquait de créer un estoppel à l'égard des faits allégués par une partie.

In fact, the Orders, dealing with the events during the civil war in Bosnia and Herzegovina, for the first time used the qualification “genocide”. The word “genocide” appeared in Security Council resolutions for the first time on 16 April 1993 when the Council took note of the Order of 8 April 1993<sup>122</sup>. Even the resolution creating the *ad hoc* Tribunal for the former Yugoslavia of 8 May 1993 did not refer to genocide.

The authority of the Court is obviously tremendous, but it would be appropriate for the Court to strike a balance between its authority and its responsibility in each particular case. Judicial caution and strict observance of its competencies in every phase of the dispute are conducive not only to the desirable but also necessary balance between judicial authority and judicial responsibility. Otherwise, there is a danger of the abuse of the judicial function.

### 2.3. *The duty not to commit genocide*

126. According to the majority view, the duty not to commit is an implied duty, “necessarily implie[d]” by the obligation to prevent (Judgment, para. 166).

The reasoning behind this view is that

“That obligation [to prevent] requires the States parties, *inter alia*, to employ the means at their disposal . . . to prevent persons or groups not directly under their authority from committing an act of genocide or any of the other acts mentioned in Article III. It would be paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law.” (Judgment, para. 166.)

The antecedent question in that regard is whether the duty of a Contracting Party to the Convention, of a criminal law nature, can be imposed by implication?

The answer is if anything negative rather than positive. The interpretation according to which the duty not to commit genocide is necessarily included within the undertaking to prevent, irrespective of the way in which, rightly or wrongly, prevention is perceived, is a demonstration of an impermissibly extensive interpretation of the Convention. Moreover, it runs counter to the very heart of the principle of legality in international criminal law. There is no reason for recourse to an extensive inter-

<sup>122</sup> United Nations doc. S/Res/819, 1993.

En fait, c'est dans ces ordonnances consacrées aux événements intervenus lors de la guerre civile en Bosnie-Herzégovine que fut utilisée pour la première fois la qualification de «génocide». La première apparition du terme «génocide» dans des résolutions du Conseil de sécurité remonte au 16 avril 1993, lorsque le Conseil prit acte de l'ordonnance du 8 avril 1993<sup>122</sup>. La résolution du 8 mai 1993 portant création du tribunal *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie ne faisait pas même mention du génocide.

La Cour jouit évidemment d'une autorité considérable, mais il conviendrait qu'elle trouve un juste milieu entre l'autorité et la responsabilité qui sont les siennes dans chaque affaire. C'est en faisant preuve de prudence judiciaire et en se conformant strictement à sa compétence dans chaque phase du différend qu'elle pourra trouver l'équilibre non seulement désirable, mais aussi nécessaire entre autorité et responsabilité judiciaires. Sinon, il existe un risque d'abus de la fonction judiciaire.

### 2.3. *L'obligation de ne pas commettre de génocide*

126. Pour la majorité, l'obligation de ne pas commettre de génocide est implicite: il s'agit d'une obligation qu'«implique nécessairement» celle de prévenir le génocide (arrêt, par 166).

Le raisonnement qui sous-tend cette thèse est que

«L'obligation [de prévenir le génocide] impose notamment aux Etats parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent ... afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III. Il serait paradoxal que les Etats soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international.» (Arrêt, par. 166.)

A cet égard, la question qu'il convient de se poser préalablement est celle de savoir si l'on peut imposer de manière implicite à une partie contractante à la Convention une obligation pénale.

A l'évidence, la réponse ne peut être que négative. La thèse selon laquelle l'obligation de ne pas commettre le génocide serait nécessairement contenue dans celle de prévenir ce crime et ce, quelle que soit la manière dont est perçue la prévention — à tort ou à raison —, procède d'une interprétation extensive de la Convention que l'on ne peut accepter. Elle est en outre contraire à l'essence même du principe de légalité en droit pénal international. Rien ne justifie le recours à une interprétation

<sup>122</sup> Nations Unies, doc. S/RES/819 (1993).

pretation of the perpetrator of genocide. The provisions of the Convention are quite clear in that regard. The terms used in Articles II-VIII of the Convention are clear on the meaning of the provisions of the Convention (*lex dixit minus quam voluit*), which determine physical persons as the only perpetrators of genocide, so that there are no grounds whatsoever for having recourse to an extensive interpretation.

127. All the more so, as in the case *in concreto*, by extra-textual interpretation ignoring and nullifying the intention of the Contracting Parties clearly expressed in the text of the Convention and confirmed by the *travaux préparatoires*. In this way the interpretation well exceeds the permissible interpretative framework.

The consequence of this would be the imposition of a new obligation upon the Contracting Parties in contradiction with the general principle of international law that the duty of a State cannot be presumed but must be unequivocally established, stressed in particular in the area of international criminal law in the light of the strict requirement of *nulla crimen sine lege*.

It is rather about re-writing the Convention, by importing an extraneous duty alien to the intention of the Contracting Parties, than its interpretation properly speaking.

Reference to the object and purpose of the Convention, coupled with reliance on the principle of effectiveness, does not seem convincing. It is designed in an abstract manner, based merely on particular phrases “prevention of genocide”, detached from the Convention as a whole (see *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture, Advisory Opinion, 1922, P.C.I.J., Series B, No. 2, p. 23*). The principle of effectiveness does not seem to be properly interpreted in that regard either, or is not applicable as its effects are essentially negative and it is not *per se* sufficient as a basis for a proper interpretation of the purpose of the Convention.

128. The majority view is, it appears, based on a certain confusion between the commission of the crime, i.e., the position of the perpetrator of the crime of genocide and responsibility for its commission.

When it is a matter of States or other legal entities, the status of the perpetrator of a crime may be one thing and criminal responsibility for the crime another.

The obligation of a Contracting Party not to commit genocide is, in fact, a determination in negative terms that a State is a possible perpetrator of genocide.

This determination is strange to say the least. Because it does not take into account what is known as *genus proximus* of any crime, including the crime of genocide.

Any crime is essentially a physical act or omission accompanied by a guilty mind and as such cannot be committed by entities like States, hav-

extensive pour ce qui concerne l'auteur du génocide. Les dispositions de la Convention sont très claires à cet égard. Les termes employés aux articles II à VIII ne laissent aucun doute quant au sens des dispositions de ce texte (*lex dixit minus quam voluit*), suivant lesquelles seules des personnes physiques peuvent commettre un génocide. En conséquence, rien, absolument rien, ne justifie de recourir à une interprétation extensive.

127. Il est encore moins justifié, concrètement, en l'espèce, de recourir à une interprétation extratextuelle qui ignore et invalide l'intention des parties contractantes clairement exprimée dans le texte de la Convention et confirmée par les travaux préparatoires. De ce point de vue, l'interprétation dépasse très nettement le cadre autorisé.

Une telle interprétation aurait pour conséquence d'imposer une obligation nouvelle aux parties contractantes et ce, en contradiction avec le principe général du droit international selon lequel une obligation incombant à un Etat ne peut être présumée et doit avoir été établie de manière non équivoque, principe sur lequel il est particulièrement mis l'accent en droit pénal international compte tenu des exigences strictes qui entourent la règle *nullum crimen sine lege*.

Il s'agit donc là d'une réécriture de la Convention par incorporation d'une obligation nouvelle, étrangère à l'intention des parties contractantes, et non d'une interprétation *stricto sensu*.

La référence à l'objet et au but de la Convention et la confiance dans le principe de l'effet utile ne semblent guère convaincantes. Elle est énoncée de manière abstraite, par quelques mots — «prévention du génocide» — qui sont détachés du reste de la Convention (voir *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture, avis consultatif, 1922, C.P.J.I. série B n° 2, p. 23*). Le principe de l'effet utile semble, en outre, ne pas être correctement interprété à cet égard non plus, ou n'être pas applicable, car ses effets sont essentiellement négatifs et il ne suffit pas *per se* comme fondement à une interprétation correcte du but de la convention.

128. L'opinion de la majorité semble résulter d'une certaine confusion entre la perpétration du crime — c'est-à-dire la situation dans laquelle se trouve l'auteur du crime de génocide — et la responsabilité découlant de cet acte.

Lorsque des Etats ou d'autres entités juridiques sont en cause, le statut de l'auteur du crime et la responsabilité pénale découlant de sa perpétration peuvent être deux choses distinctes.

Le fait qu'une partie contractante ait pour obligation de ne pas commettre de génocide signifierait, en réalité, *implicitement* qu'un Etat peut être l'auteur d'un génocide.

Cette thèse est pour le moins étrange. En effet, elle ne tient pas compte de ce que l'on appelle le *genus proximus* qui caractérise tout crime, y compris le crime de génocide.

Un crime, quel qu'il soit, est avant tout un acte physique ou une omission présentant un élément moral, qui — en tant que tel — ne peut être



ing neither body capable of undertaking physical, corporal acts nor its own will. It is an axiomatic matter that also produces real consequences in the criminal law area.

That a State, like any other legal entity, can be held liable in terms of criminal law for crimes committed by physical persons, is another matter. The criminal responsibility of legal persons is, however, fictional in contrast to the real criminal responsibility of natural persons. It is established as a legal fiction (*fictio legalis*) in the form of a specific legal norm.

A modern offshoot of this legal fiction, developed as far back as canonic and mediaeval law under the influence of Bartolus, is municipal corporate criminal liability based either on the identification of acts of certain natural persons with corporate acts or imputation as a form of vicarious liability.

It seems that, for the majority view, corporate criminal responsibility has served as a basis for analogy. If so, this approach is completely erroneous. Analogy, as a form of interpretation, has only minor application in criminal law, even under the condition that it remain *intra legem* i.e., only if a new rule is not created, which is exactly the case *in concreto*.

But far more important is another aspect. Corporate criminal responsibility, as a legal fiction, is established in national criminal laws by a specific legal rule. Such a legal rule is not known to the Genocide Convention or to positive international law, either.

However, this does not mean that the criminal responsibility of States or international organizations will not in future have a place in positive international law. But the Court “as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 23-24, para. 53; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 192, para. 45).

129. As regards the responsibility of a State for the commission of genocide, the majority view is not free from legal difficulties either. They are of two kinds.

*Primo*, if a State as a person is capable of committing genocide, then the *criminal responsibility* of the State as a perpetrator is a natural and inevitable consequence. The Judgment, however, speaks only of the “responsibility” or the “international responsibility” of a State in that regard, which is certainly not irrelevant in the context of the meaning of the expression “responsibility of a State”.

*Secundo*, the basis for the responsibility of a State for genocide committed is determined in an unclear and contradictory manner.

commis par des entités telles que des Etats, lesquels ne possèdent ni attributs physiques leur permettant d'accomplir des actes physiques ou matériels, ni volonté propre. Bien qu'il s'agisse là d'une évidence, cela a de réelles implications en droit pénal.

Le fait qu'un Etat, comme toute autre entité juridique, puisse être tenu pour responsable au regard du droit pénal à raison de crimes commis par des personnes physiques est fort différent. La responsabilité pénale des personnes morales est, toutefois, une fiction par rapport à la responsabilité pénale bien réelle des personnes physiques. Elle est établie comme une fiction juridique (*fictio legalis*) par une règle spéciale.

L'une des versions modernes de cette fiction juridique, dont les origines remontent au droit canonique et médiéval élaboré sous l'influence de Bartolus, est, en droit national, la responsabilité pénale des personnes morales qui consiste à considérer certains actes commis par des personnes physiques comme étant commis par la personne morale en question, ou à recourir à l'imputation comme forme de responsabilité par procuration.

Il semblerait que la majorité se soit inspirée de la responsabilité pénale des personnes morales et qu'elle ait procédé par analogie. Si tel est le cas, l'approche est totalement erronée. En tant que méthode d'interprétation, l'analogie n'a qu'un champ d'application limité en droit pénal, et ce même lorsqu'elle reste *intra legem*, c'est-à-dire qu'elle ne crée pas de règle nouvelle, ce qui est pourtant le cas en l'espèce.

Un autre aspect est toutefois bien plus important. La responsabilité pénale des personnes morales, en tant que fiction juridique, est établie en droit pénal interne par des règles juridiques spéciales. Or, aussi bien la convention sur le génocide que le droit international positif ignorent de telles règles.

Cela ne signifie cependant pas que la responsabilité pénale des Etats ou des organisations internationales n'aura pas, un jour, sa place en droit international positif. Néanmoins, la Cour « en tant que tribunal, ne saurait rendre de décisions *sub specie legis ferendae*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté » (affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 23-24, par. 53; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 192, par. 45).

129. S'agissant de la responsabilité d'un Etat à raison de la perpétration d'un génocide, l'opinion de la majorité de la Cour ne laisse pas non plus de susciter des difficultés juridiques. Celles-ci sont de deux ordres.

Premièrement, si un Etat peut, au même titre qu'une personne, commettre un génocide, alors la *responsabilité pénale* de l'Etat en tant qu'auteur de ce crime est une conséquence naturelle et inévitable. L'arrêt n'évoque cependant que la « responsabilité » ou la « responsabilité internationale » d'un Etat à cet égard, ce qui n'est certainement pas sans pertinence s'agissant du sens de l'expression « responsabilité d'un Etat ».

Deuxièmement, le fondement de la responsabilité d'un Etat pour génocide est défini de manière peu claire et contradictoire.

If, *arguendo*, a State is a potential perpetrator of genocide, then its criminal responsibility is original and genuine.

According to the majority, however,

“if an organ of the State, or a person or group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of the Convention, the international responsibility of that State is incurred” (Judgment, para. 179).

The responsibility of a State is, consequently, based on acts of the organs of the State or a personality or group *which have committed* the prohibited acts listed in Article III of the Convention and which are *legally attributable to the State*. Attribution as a legal operation seems unnecessary if the responsibility of the State for genocide is original and genuine, as implied by the determination of the State as a possible perpetrator.

#### 2.4. *The duty to punish*

130. Some elements of the reasoning of the majority as regards compliance with the duty to punish by the Respondent, are formulated in a manner which, with respect to the standards of judicial reasoning, coincides in too high a degree with the demands of some international political institutions and some States addressed to the Respondent. It acted, *in concreto*, as a principal judicial organ in the formal rather than the substantive sense<sup>123</sup>.

That high degree of coincidence relating primarily to the findings of the Court with the political demands addressed to the Respondent is conspicuous in particular in paragraph 449 of the Judgment.

Instituting a proper proceeding against persons accused of genocide is one thing, but the duty to punish such persons is quite another. It is particularly striking that the majority passed in silence over this difference affecting the very substance of the fundamental principle of presumption of innocence.

Furthermore, the question is posed whether the Respondent “failed to punish” at all having in mind the assumed international obligations as regards persons indicted by the ICTY.

It is a matter of public knowledge that Presidents Izetbegović, Milošević and Tudjman, at the meeting held in Rome from 17 to 18 February 1996, convened by the then European Union President, S. Agnelli, at which, in addition to the three presidents, also participated United States Assistant Secretary of State R. Holbrooke, High Representative C. Bildt, IFOR Commander Admiral L. Smith, Commander of the United States forces General Joulwan and others, undertook to:

<sup>123</sup> On the difference, see Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, I, p. 107.

Supposons, aux fins de l'argumentation, qu'un Etat puisse être l'auteur d'un génocide; dans ce cas, sa responsabilité pénale est originelle et réelle. La majorité estime cependant que

«si un organe de l'Etat ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes sont juridiquement attribuables à l'Etat en question commet l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée» (arrêt, par. 179).

Dès lors, la responsabilité de l'Etat est fondée sur des actes commis par les organes de cet Etat, ou par une personne ou un groupe *ayant commis* l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, lesquels sont *juridiquement attribuables à l'Etat*. L'opération juridique d'attribution ne semble cependant pas nécessaire si la responsabilité de l'Etat pour génocide est originelle et réelle, comme l'implique le fait de définir l'Etat comme un auteur potentiel de ce crime.

#### 2.4. *L'obligation de punir*

130. Certains éléments du raisonnement de la majorité, quand il s'agit du respect par le défendeur de l'obligation de punir, sont formulés d'une manière qui, au regard des critères du raisonnement juridique, ressemble par trop aux demandes adressées au défendeur par certaines institutions politiques internationales et certains Etats. En l'espèce, c'est sur un plan formel et non sur le fond<sup>123</sup> que la Cour a agi en tant que principal organe judiciaire.

Cette forte ressemblance, qui vaut principalement pour les conclusions de la Cour et les demandes d'ordre politique adressées au défendeur, est particulièrement manifeste au paragraphe 449 de l'arrêt.

Engager une procédure appropriée à l'encontre d'une personne accusée de génocide est une chose, l'obligation de punir cette personne en est une autre. Il est particulièrement frappant que la majorité ait passé sous silence cette distinction qui touche à l'essence même du principe fondamental de la présomption d'innocence.

Se pose en outre la question de savoir si le défendeur a manqué à son «obligation de punir», au sens des obligations internationales s'agissant des personnes poursuivies par le TPIY.

Comme chacun sait, lors de la réunion tenue à Rome les 17 et 18 février 1996 à l'initiative du président de l'Union européenne de l'époque, S. Agnelli — réunion à laquelle ont participé également le secrétaire d'Etat adjoint des Etats-Unis d'Amérique, M. Holbrooke, le haut représentant, M. Bildt, le commandant de l'IFOR, l'amiral Smith, le commandant des forces américaines, le général Joulwan, parmi d'autres personnalités — les présidents Izetbegović, Milošević et Tudjman convinrent que

<sup>123</sup> Sur cette distinction, voir Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, I, p. 107.

“Persons other than those already indicted by the International Tribunal, may be arrested and detained for serious violations of international humanitarian law only pursuant to previously issued order, warrant or indictment that has been reviewed and deemed consistent with international legal standards by the International Tribunal. Procedures will be developed for expeditious decision by the Tribunal and will be effective immediately upon such action.”<sup>124</sup>

Consequently, the Respondent was not in a legal position to sentence anyone for genocide so far, nor did the Applicant, either. In October 2004, Prosecutor Carla del Ponte completed scrutinizing the applications submitted in Bosnia and Herzegovina and, within the framework of the completion strategy of the ICTY, handed to the Government of BiH to be prosecuted or in which criminal proceedings can be instituted<sup>125</sup>.

To charge the Respondent with lack of co-operation with the ICTY on the basis of the fact that one of the indicted persons has not been arrested, and in the absence of credible evidence that he is on the Respondent’s territory, runs counter to the principle that negative facts are not subject to being proved in the judicial proceedings. In particular, if it is borne in mind that the Respondent, either by arresting or by handing over the indicted individuals who gave themselves up voluntarily, clearly demonstrated its attitude to the matter. I am of the opinion that a State that delivered to the ICTY in the described way 37 indicted individuals, including almost the complete political and military leadership, could hardly be accused of lack of co-operation in terms of a proper judicial reasoning.

A kind of formulation resembling those contained in the *communiqués* of international institutions could be also found in a part of the *dispositif* relating to the particular question. It is stated therein, *inter alia*, that the Respondent shall immediately take effective steps in order “to transfer individuals accused of genocide and any of the other acts prescribed by Article III of the Convention”, although it is a matter of public knowledge that these persons have not been arrested.

In addition, there is the question as to whether the ICTY can be considered an “international penal tribunal” within the meaning of Article VI of the Convention.

The enthusiastic “definitely — yes” is accompanied by a not very convincing explanation:

“The notion of an ‘international penal tribunal’ within the mean-

<sup>124</sup> Rome communiqué, Sect. 5, on “Cooperation on War Crimes and Respect for Human Rights”, <http://www.barns-dle.demon.co.uk/bosnia/mostar.html>.

<sup>125</sup> <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>.

«les personnes autres que celles qui sont déjà accusées par le Tribunal ne peuvent être arrêtées ou détenues pour des violations graves du droit international humanitaire qu'en vertu d'une décision, d'un mandat ou d'un acte d'accusation émis précédemment qui a fait l'objet d'un examen et a été jugé conforme aux règles de droit international par le Tribunal. Des procédures permettant au Tribunal de se prononcer rapidement seront élaborées et seront immédiatement mises en mouvement dès que de tels cas se présenteront.»<sup>124</sup>

Dès lors, ni le défendeur ni le demandeur n'étaient juridiquement en mesure de condamner qui que ce soit pour génocide. En octobre 2004, le procureur général, Carla del Ponte, acheva son examen des plaintes déposées en Bosnie-Herzégovine et, dans le cadre de la fermeture progressive du TPIY, les remit au Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine pour qu'il y soit donné suite et pour que des poursuites pénales<sup>125</sup> soient engagées.

Accuser le défendeur de ne pas avoir coopéré avec le TPIY au motif que l'une des personnes mises en accusation n'a pas été arrêtée, et ce en l'absence d'éléments de preuve crédibles attestant que l'intéressé se trouve sur le territoire du défendeur, est contraire au principe selon lequel les faits négatifs n'ont pas à être prouvés dans le cadre d'une procédure judiciaire. Cela est d'autant plus vrai si l'on se souvient que le défendeur, en arrêtant ou en extradant les individus mis en accusation qui se sont rendus volontairement, a clairement démontré sa position à cet égard. J'estime qu'un Etat qui a ainsi livré au TPIY trente-sept personnes mises en accusation, dont la quasi-totalité des membres des autorités politiques et militaires, peut difficilement être accusé de ne pas avoir coopéré d'un strict point de vue juridique.

Un autre exemple de formulation semblable à celles contenues dans les communiqués émanant d'institutions internationales figure dans la partie du dispositif qui se rapporte précisément à cette question. Il y est notamment indiqué que le défendeur doit prendre immédiatement des mesures effectives pour «*transférer* les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque de ces autres actes [prohibés par l'article III de la Convention]» (les italiques sont de moi), alors même qu'il est de notoriété publique que ces personnes n'ont pas été arrêtées.

Se pose également la question de savoir si le TPIY peut être considéré comme un «tribunal pénal international» au sens de l'article VI de la Convention.

La réponse enthousiaste consistant à dire «oui, assurément» repose sur une explication qui n'est pas très convaincante:

«La notion de «cour criminelle internationale» au sens de l'ar-

<sup>124</sup> Rome communiqué, Sect. 5, «Cooperation on War Crimes and Respect for Human Rights», <http://www.barns-dle.demon.co.uk/bosnia/mostar.html>.

<sup>125</sup> <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>.

ing of Article VI *must at least cover all international criminal courts* created after the adoption of the Convention . . . of potentially universal scope, and competent to try the perpetrators of genocide or any of the other acts enumerated in Article III. *The nature of the legal instrument by which such a court is established is without importance in this respect.*" (Judgment, para. 445; emphasis added).

Having no intention to concern ourselves with the issue substantively, we cannot help asking how it is possible that "[t]he nature of the legal instrument [is] . . . without importance" without a previous assessment of whether the Security Council resolution is a legal instrument *stricto sensu* or something else, or that "Article VI must at least cover all international criminal courts created . . ." without the qualification that the "creation" should be in accordance with international law.

In fact, any interpretation conducive, directly or indirectly, to the legitimization or de-legitimization of the ICTY probably does not accord with the judicial caution dictated by the specific circumstances of the establishment of the ICTY on the one hand, and the contentious nature of the present proceedings on the other.

And, if the intention of the Court was to address the issue substantively in the sense of whether the ICTY is a legally established and competent international criminal court in the terms of Article VI of the Convention or is a judicial body based on selective and vindictive justice, then the Court should have evaluated all the relevant arguments *pro et contra* in order to arrive at the proper conclusion.

For the issue of the legality of the ICTY has even now not been solved in a judicially meritorious way. The only judicial pronouncement on the matter — that of the ICTY itself in the *Tadić* case<sup>126</sup> — can hardly be taken as meritorious in the light of the fundamental principle of *nemo iudex in causa sua*.

### 3. Responsibility issue

#### 3.1. The Convention and the issue of responsibility

131. The wording "responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III" is abstract and broad in its vagueness, particularly in terms of the Convention on Criminal Law.

<sup>126</sup> *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 August 1995, paras. 1-40; *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, paras. 26-48.

ticle VI doit s'entendre au moins de toute juridiction pénale internationale créée après l'adoption de la Convention ... à vocation potentiellement universelle et compétente pour juger les auteurs d'un génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. *Peu importe, à cet égard, la nature de l'instrument juridique en vertu duquel cette juridiction est créée.*» (Arrêt, par. 445; les italiques sont de moi.)

Bien que n'ayant nullement l'intention de m'intéresser à cette question de manière approfondie, je me demande comment il est possible d'affirmer que «la nature de l'instrument juridique en vertu duquel cette juridiction est créée [importe peu]», sans qu'il ait été préalablement établi que les résolutions du Conseil de sécurité sont ou non des instruments juridiques *stricto sensu* ou autre chose, ou que «l'article VI doit s'entendre au moins de toute juridiction pénale internationale créée», sans qu'il soit précisé que cette «création» doit avoir eu lieu conformément au droit international.

En réalité, toute interprétation portant directement ou indirectement légitimation ou, à l'inverse, absence de légitimation du TPIY n'est certainement pas compatible avec la prudence judiciaire qu'imposent, d'une part, les circonstances particulières dans lesquelles ce tribunal a été créé et, d'autre part, le caractère contentieux de la présente espèce.

En outre, si l'intention de la Cour était de se pencher sur le fond de la question, c'est-à-dire de chercher à savoir si le TPIY avait été établi de manière juridiquement valable et était compétent aux termes de l'article VI de la Convention ou d'un organe judiciaire qui serait le fruit d'une justice sélective et militante, elle aurait dû examiner tous les arguments pertinents *pro et contra* afin de parvenir à la bonne conclusion.

En effet, la question de la licéité du TPIY n'a pas même à ce jour été jamais tranchée au terme d'une procédure judiciaire irréprochable. La seule décision judiciaire sur cette question — à savoir celle rendue par le TPIY lui-même dans l'affaire *Tadić*<sup>126</sup> — ne peut guère être considérée comme irréprochable à la lumière du principe fondamental *nemo iudex in causa sua*.

### 3. La question de la responsabilité

#### 3.1. La Convention et la question de la responsabilité

131. L'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» est abstraite et son caractère vague la rend fort englobante, notamment au regard de la convention sur le droit pénal.

<sup>126</sup> *Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense*, 10 août 1995, par. 1-40; *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, par. 26-48.



In international law the term “responsibility”<sup>127</sup> may, and is indeed, used *lato sensu* and *stricto sensu*.

Perceived *lato sensu*, responsibility takes several forms:

- (i) Responsibility in the ordinary sense, meaning that the author of an act bears its consequences. As an illustration, one may mention the position of Judge Anzilotti in the *Polish Agrarian Reform* case (Interim Protection) when saying that “a government should bear the consequences of the wording of a document for which it is responsible” (*Order of 29 July 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 58, p. 182; emphasis added*)
- (ii) Moral or political responsibility. It implies that the author of an act has a moral or political obligation to repair prejudicial consequences that the act has produced to other persons. *Exempli causa*, the German–United States Mixed Claims Commission (1922) held that “Germany’s responsibility for all loss and damage suffered as a consequence of the war — [is] a *moral responsibility*” (Administrative Decision No. II (1923), para. 5, p. 15. Emphasis of the Commission; also, *Russian Indemnity* case (1912), 1 HCR, p. 547).
- (iii) Responsibility in legal terms. This meaning could be taken as signifying responsibility *stricto sensu*. But “responsibility in legal terms” or “legal responsibility” is rather a general expression than a precise qualification. It includes two ontologically different forms — civil and criminal responsibility that must be specified in each particular case.

As regards the expression “responsibility of a State for genocide” used in Article IX, it is unclear whether it relates to responsibility *lato sensu* or *stricto sensu*; *a fortiori*, if one has in mind a significant difference between the English and the French versions of the text of Article IX being “equally authentic” under Article X of the Convention. While in the English version of the text of Article IX it is said, *inter alia*, “responsibility of a State for genocide”, in the French text the expression “responsabilité d’un Etat *en matière de génocide*” has been used (emphasis added). The latter expression is much closer to the *lato sensu* than to the *stricto sensu* use of the term “responsibility”.

In particular, if it is borne in mind that reference to State responsibility and jurisdiction of the International Court of Justice was made in order to strengthen the effectiveness of the Convention. For, it was considered that in time of peace it is virtually impossible to exercise any effective international or national jurisdiction over rulers or heads of State (*Offi-*

<sup>127</sup> Bin Cheng, *op. cit.*

En droit international, le terme «responsabilité»<sup>127</sup> peut être utilisé *lato sensu* et *stricto sensu*, ce qui est d'ailleurs le cas.

Considérée *lato sensu*, la responsabilité revêt diverses formes :

- i) La responsabilité au sens courant, c'est-à-dire que l'auteur d'un acte en assume les conséquences. A titre d'exemple, l'on peut citer la position du juge Anzilotti dans l'affaire relative à la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande* (mesures conservatoires) lorsqu'il indiqua qu'«un gouvernement [doit] supporte[r] les conséquences de la rédaction peu claire d'un document *qui émane de lui*» (C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 182; les italiques sont de moi).
- ii) La responsabilité morale ou politique. Cela implique que l'auteur d'un acte a une obligation morale et politique de réparer les conséquences de son acte qui ont porté préjudice à d'autres personnes. Ainsi la commission mixte des réclamations Etats-Unis-Allemagne (1922) a-t-elle jugé que «la responsabilité de l'Allemagne pour l'ensemble des pertes et dommages subis du fait de la guerre [était] une *responsabilité morale*» [traduction du Greffe] (décision administrative n° II (1923), par. 5, p. 15; les italiques sont dans l'original; voir également l'affaire des *Indemnités russes* (1912), HCR, vol. 1, p. 547).
- iii) La responsabilité d'un point de vue juridique. Cela pourrait être interprété comme désignant la responsabilité *stricto sensu*. Toutefois, la «responsabilité d'un point de vue juridique», ou «responsabilité juridique», est plus une expression générale qu'une qualification précise. Elle regroupe deux formes intrinsèquement différentes de responsabilité — la responsabilité civile et la responsabilité pénale, lesquelles doivent être précisées au cas par cas.

S'agissant de l'expression «responsabilité d'un Etat en matière de génocide» employée à l'article IX, le fait qu'elle ait trait à la responsabilité *lato sensu* ou *stricto sensu* n'est pas clair. Tel est, à fortiori, le cas si l'on estime qu'existe une différence significative entre les versions anglaise et française de l'article IX, lesquelles font «également foi» aux termes de l'article X de la Convention. Alors que la version anglaise du texte de l'article IX parle, notamment, de «responsibility of a State for genocide», dans le texte français, l'expression est «responsabilité d'un Etat *en matière de génocide*» (les italiques sont de moi). Cette dernière formule est bien plus proche du sens général du terme «responsabilité» que de son sens strict.

Cela est d'autant plus vrai si l'on garde à l'esprit le fait que la référence à la responsabilité de l'Etat et à la compétence de la Cour internationale de Justice avait pour but de renforcer l'efficacité de la Convention. L'on estimait en effet qu'en temps de paix il était quasiment impossible que s'exerce une compétence nationale ou internationale effective à l'égard de

<sup>127</sup> B. Cheng, *op. cit.*

*cial Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 103rd meeting, p. 430, and 104th meeting, pp. 436, 444).

Hence, the term “responsibility” may be understood also in the sense of “obligation”, so that Article IX would give the

“International Court of Justice jurisdiction for disputes arising between States parties about the ‘interpretation, application and fulfilment’ of the various obligations that arise with respect to the specific obligations set out in the Convention, that is, prosecution, extradition and enactment of domestic legislation”<sup>128</sup>.

132. The substantive provisions of the Convention established individual responsibility for genocide exclusively, either directly or indirectly.

A direct reference to individual criminal responsibility is made in Articles IV, V, VI and VII. The *travaux préparatoires*, especially those relating to Articles IV and VI (of particular significance for this particular issue) confirm the plain and natural meaning of the Articles referred to in that regard. In the discussions in the Sixth Committee on Article IV, the United Kingdom submitted an amendment<sup>129</sup> aimed at establishing State responsibility for genocide. The amendment submitted by Belgium<sup>130</sup> was along the same lines. The amendments were rejected for reasons summarized by the Special Rapporteur, Mr. Ruhashyankiko, as follows:

“international practice since the Second World War has constantly applied the principle of individual criminal responsibility for crimes of international law, including those of genocide”<sup>131</sup>.

An indirect way of expressing the same ideas is found in the provisions of Articles I, II and III. The notion of a “crime under international law”, contained in Article I of the Convention is related, in positive international law — apart from projects *de lege ferenda* — to actions or omissions of the individual exclusively. Articles II and III, dealing specifically with the legal determination of the crime of genocide and punishable acts under the Convention respectively, express, by their style and content, the understanding that a State, as an abstract legal personality without a

<sup>128</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 434.

<sup>129</sup> United Nations doc. A/C.6/236 and Corr.1.

<sup>130</sup> United Nations doc. 6/SR95.

<sup>131</sup> Mr. N. Ruhashyankiko, Special Rapporteur, *op. cit.*, p. 36, para. 151. Also, the draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, Report of the ILC on the work of its Thirty-sixth Session, 7 May to 27 July 1984, doc. A/39/10, *YILC* (1984), II, Part Two, p. 11, para. 32.

dirigeants ou de chefs d'Etat (*Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie*, 103<sup>e</sup> séance, p. 430, et 104<sup>e</sup> séance, p. 436 et 444).

Ainsi, le terme «responsabilité» peut également être compris comme signifiant «obligation», de sorte que l'article IX conférerait à

««la Cour internationale de Justice compétence à l'égard de différends entre Etats parties» au sujet de «l'interprétation, l'application et l'exécution» de diverses obligations nées d'obligations spécifiques énoncées dans la Convention, à savoir la poursuite, l'extradition et l'adoption de mesures législatives»<sup>128</sup>.

132. Les dispositions de fond de la Convention établissent exclusivement la responsabilité individuelle pour génocide, de manière directe ou indirecte.

Les articles IV, V, VI et VII font directement référence à la responsabilité pénale individuelle. Les travaux préparatoires, notamment ceux des articles IV et VI (qui revêtent une importance particulière pour l'examen de la question à l'étude), confirment le sens clair et naturel des articles auxquels il est fait référence à cet égard. Lors de débats menés au sein de la Sixième Commission au sujet de l'article IV, le Royaume-Uni a présenté un amendement<sup>129</sup> qui avait pour objet d'établir la responsabilité étatique pour génocide. L'amendement présenté par la Belgique<sup>130</sup> allait dans le même sens. Ces amendements ont été rejetés pour des raisons résumées par le rapporteur spécial, M. Ruhashyankiko, de la manière suivante:

«la pratique internationale d'après la seconde guerre mondiale a fait constamment application du principe de la responsabilité pénale individuelle en matière de crimes de droit international parmi lesquels se place le génocide»<sup>131</sup>.

Une expression indirecte des mêmes idées figure dans les dispositions des articles I, II et III. La notion de «crime du droit des gens», énoncée à l'article premier de la Convention, renvoie en droit international positif — à l'exception des projets *de lege ferenda* — à des actes ou omissions commis exclusivement par des individus. Les articles II et III, lesquels traitent spécifiquement de la définition juridique du crime de génocide et des actes punissables en vertu de la Convention, respectivement, et expriment par leur formulation et leur contenu l'idée qu'un Etat, en tant

<sup>128</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 434.

<sup>129</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/236 et corr.1.

<sup>130</sup> Nations Unies, doc. A/SR95.

<sup>131</sup> M. N. Ruhashyankiko, rapporteur spécial, *op. cit.*, p. 36, par. 151. Voir également le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-sixième session (7 mai-27 juillet 1984) (doc. A/39/10, *Annuaire de la Commission du droit international* (1984), II, 2<sup>e</sup> partie, p. 11, par. 32).

physical body and its own genuine will, cannot be responsible in terms of criminal law (*societas delinquere non potest*).

It appears that none of the substantive provisions of the Convention provides for any form of responsibility in legal terms for genocide except the criminal responsibility of the individual.

133. The majority view does not challenge the determination that the text of the Convention does not by itself establish the responsibility of a State. It is pointed out that, *inter alia*,

“It is true that the concepts used in paragraphs (b) to (e) of Article III . . . refer to well known categories of criminal law and, as such, appear particularly well adapted to the exercise of penal sanctions against individuals.” (Judgment, para. 167.)

The responsibility of a State for genocide is found, however, in Article IX of the Convention. It is effected by the duty of a Contracting Party “not to commit genocide” in the area of the rules of the responsibility of States as designed in the ILC Articles expressing present customary international law (Judgment, para. 414), although the position of the ILC seems clear in that regard — the Genocide Convention did not envisage State crime or the criminal responsibility of States in its Article IX<sup>132</sup>.

Is Article IX capable of establishing the responsibility of a State for genocide? The text of Article IX stipulates:

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

134. Article IX of the Convention is, by its nature, a standard compromissory clause. As such, its purpose is to determine the jurisdiction of the Court within the co-ordinates of the interpretation, application or fulfilment of the substantive provisions of the Convention. As Manley Hudson correctly concludes:

“The article goes further, however, in ‘including’ among such disputes ‘those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in Article III’. As no other provision in the Convention deals expressly with State responsibility, it is difficult to see how a dispute concerning such responsibility can be *included* among disputes relating to the interpretation or application or fulfilment of the Convention. In view of the undertaking of the

<sup>132</sup> Report of the ILC on the work of its Fiftieth Session, 20 April-12 June 1998, 27 July-14 August 1998, United Nations doc. A/53/10 and Corr.1, para. 249.

que personne juridique abstraite, sans attributs physiques ni volonté propre, ne peut être responsable en droit pénal (*societas delinquere non potest*).

Ainsi, aucune des dispositions de fond de la Convention ne prévoit d'autre forme de responsabilité juridique pour génocide que la responsabilité pénale individuelle.

133. La majorité ne conteste pas l'idée que le texte de la Convention n'établit pas, en soi, la responsabilité de l'Etat. Il est notamment souligné ceci :

«Il est vrai que les notions utilisées dans les *litt. b) à e)* de l'article III ... renvoient à des catégories bien connues du droit pénal, et paraissent, à ce titre, spécialement adaptées à l'exercice de la répression pénale contre des individus.» (Arrêt, par. 167.)

Cependant, la responsabilité d'un Etat pour génocide figure à l'article IX de la Convention. Elle découle de l'obligation imposée aux parties contractantes «de ne pas commettre de génocide» dans le cadre des règles de la responsabilité des Etats telles qu'énoncées dans les articles de la CDI, lesquels expriment l'état du droit international coutumier actuel (par. 414), et ce bien que la position de la CDI — la convention sur le génocide n'envisageait pas le crime d'Etat ou la responsabilité pénale des Etats dans son article IX — semble claire à cet égard<sup>132</sup>.

L'article IX permet-il d'établir la responsabilité d'un Etat pour génocide? Cet article dispose :

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

134. L'article IX de la Convention est, par nature, une clause compromissoire classique. En tant que tel, son objet est d'établir la compétence de la Cour pour ce qui concerne l'interprétation, l'application ou le respect des dispositions de fond de la Convention. Ainsi que Manley Hudson le dit très bien en conclusion :

«L'article va plus loin cependant en déclarant «compris» 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». Comme aucune autre disposition de la Convention ne traite expressément de la responsabilité de l'Etat, on voit mal comment un différend dont cette responsabilité ferait l'objet pourrait être «compris» parmi les différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à

<sup>132</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session, 20 avril-2 juin 1998, 27 juillet-14 août 1998, Nations Unies, doc. A/53/10 et corr.1, par. 249.

parties in Article I to prevent genocide, it is conceivable that a dispute as to state responsibility may be a dispute as to fulfilment of the Convention. Yet read as a whole, the Convention refers to the punishment of individuals only; the punishment of a State is not adumbrated in any way, and it is excluded from Article V by which the parties undertake to enact punitive legislation. Hence the 'responsibility of a State' referred to in Article IX is not criminal liability."<sup>133</sup>

Jurisdictional clauses are not capable of modifying or revising substantive law. The principle expressing cogent legal considerations is particularly valid as regards the *species* of conventions which the Genocide Convention belongs to.

The substantive provisions of the Convention belong to *corpus juris cogentis* and, as a consequence, can be modified "only by a subsequent norm of general international law having the same character" (Art. 53 of the Convention on the Law of Treaties). It is obvious that the rule contained in Article IX is not a "norm of general international law having the same character" but in fact the rule of *jus dispositivum* from which the Contracting Parties can derogate on the basis of discretion. If Article IX could modify the legal situation established by the substantive provisions of the Convention, that would, in the optic of the dichotomy *jus cogens/jus dispositivum*, be tantamount to saying that at least some particular rules of *jus dispositivum* character possess the capacity to modify the established *jus cogens* regime. Furthermore, as a matter of practical consequences, it would follow that a Contracting Party which has made reservation in regard to Article IX could be relieved of responsibility that Article IX allegedly imports into the substantive provisions of the Convention.

135. If, *arguendo*, we hold that the drafters of the Convention, using the term "responsibility" in Article IX, had in mind responsibility in legal terms, then it may be taken as certain that they did not contemplate criminal responsibility of a State.

The Convention does not specifically provide for civil responsibility of a State for genocide.

The text of the Convention, in its operative part, not only does not contain a specific provision in that regard, but the corresponding general qualifications, such as "civil responsibility" or indications as "reparation" or "compensation" and the like are also lacking. It is true that mention has been made of "civil responsibility" in the *travaux préparatoires* of Article IX, but this fact has a limited meaning considering the con-

<sup>133</sup> Hudson, "The Twenty-ninth Year of the World Court", 45 *American Journal of International Law (AJIL)*, 1951, cited in M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, Vol. 11, p. 857.

l'exécution de la Convention. Comme les Parties s'engagent à l'article premier à prévenir le génocide, on peut concevoir qu'un différend relatif à la responsabilité d'un Etat soit un différend relatif à l'exécution de la Convention. Pourtant, si on la considère dans son ensemble, celle-ci ne vise que le châtement des individus; elle n'entrevoit pas du tout la répression des Etats, exclue d'ailleurs à l'article V, où les Parties s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires. La «responsabilité d'un Etat» dont il est question à l'article IX n'est donc pas la responsabilité pénale.»<sup>133</sup>

Les clauses attributives de compétence ne sauraient modifier ni emporter révision du droit matériel. Ce principe, qui exprime des considérations juridiques primordiales, est tout particulièrement pertinent pour le *type* de conventions auquel appartient la convention sur le génocide.

Comme les dispositions de fond de la Convention appartiennent au *corpus juris cogentis*, elles ne peuvent être modifiées «que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère» (article 53 de la convention sur le droit des traités). De toute évidence, la règle énoncée dans l'article IX n'est pas une «norme du droit international général ayant le même caractère», c'est une règle du *jus dispositivum* à laquelle les parties contractantes peuvent déroger de manière discrétionnaire. Si l'article IX était susceptible de modifier la situation juridique établie par les dispositions de fond de la Convention, cela reviendrait, du point de vue de la dichotomie *jus cogens/jus dispositivum*, à dire qu'au moins certaines règles relevant du *jus dispositivum* sont susceptibles de modifier le régime établi du *jus cogens*. En outre, il s'ensuivrait, d'un point de vue pratique, qu'une partie contractante ayant formulé une réserve à l'article IX serait libérée de la responsabilité que ledit article IX ajouterait aux dispositions de fond de la Convention.

135. A supposer, aux seules fins de l'argumentation, que les rédacteurs de la Convention, lorsqu'ils ont employé le terme «responsabilité» à l'article IX, aient eu à l'esprit la responsabilité d'un point de vue juridique, l'on pourrait alors affirmer avec certitude qu'ils n'envisageaient pas la responsabilité pénale de l'Etat.

La Convention ne prévoit pas spécifiquement la responsabilité civile de l'Etat pour génocide.

Non seulement le texte de la Convention ne contient pas, dans son dispositif, de dispositions spécifiques à cet égard, mais les termes généraux correspondants, tels que «responsabilité civile», ou les précisions concernant la «réparation» ou la «compensation» et les autres notions du même ordre, font également défaut. Il est vrai qu'il a été fait mention de la «responsabilité civile» dans les travaux préparatoires de l'article IX,

<sup>133</sup> Hudson, «The Twenty-ninth Year of the World Court», 45 *American Journal of International Law (AJIL)*, 1951, cité dans M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 1968, vol. 11, p. 857.



firmatory and supportive role of *travaux* in the interpretation of treaties.

Hence, it transpires that the Convention contemplates *sui generis* responsibility more close to responsibility *lato sensu* than *stricto sensu*. It is also supported both by the nature of international criminal law and Article VIII of the Convention as the only Article dealing with suppression and prevention of genocide at the international level. Having in mind that the crime of genocide, as contrary not only to moral law but also to the spirit and aims of the United Nations Charter, constitutes a threat to the international peace and security, the competent political organs of the United Nations, the Security Council in particular, have the obligation to act *proprio motu* in case of suspected genocide.

Consequently, it can be said that responsibility of a State for genocide is primarily of moral and political nature, as well as with respect to other international crimes such as apartheid or aggression, combined with punitive measures undertaken by the competent organs of the United Nations, as a form of collective reaction of decentralized inter-State society. Such a form of responsibility of a State for genocide, reminiscent partly of collective or corporate responsibility, results from the nature of the relatively unorganized, *de facto* character of the international community, on the one hand, and the embryonic phase in which international criminal law finds itself, on the other.

As a matter of principle with respect to the substantive law reasoning, such a perception of responsibility of a State for genocide does not preclude responsibility of a State in terms of civil responsibility. That responsibility, although not primary in relation to international crimes, has its *rationale* in the fact that the perpetration of a criminal offence also bears civil law consequences. Justifiable from the standpoint of substantive law, civil responsibility of State for genocide is highly doubtful from a jurisdictional point of view at least in a case when jurisdiction of the Court is based on Article IX of the Convention as its compromissory clause.

136. As regards the jurisdictional aspect of the matter, the question arises of the applicability of those rules in the light of the principle of *lex specialis derogat legi generali*.

Any treaty in force, serving as a basis of the jurisdiction of the Court, represents the applicable law *in casu* by and for itself. Being a *jus specialis*, any such treaty excludes the application of the rules of general international law. It is to be presumed that the parties to the Convention were aware of the existing general rules on State responsibility and decided to treat the matter in the manner embodied in the Convention. Had they had a different intention, they would have referred, in accordance with the standard practice applied in international conventions, to the rules of general international law either in the form of incorporation or in the form of *renvoi*.

The principle of *jus specialis* is recognized as a general rule of State

mais cela ne présente qu'un intérêt limité dans la mesure où ils n'ont qu'un caractère de confirmation et un rôle de soutien dans le cadre de l'interprétation des traités.

Ainsi, on peut dire que la Convention envisage la responsabilité *sui generis* d'une manière plus proche de la responsabilité *lato sensu* que *stricto sensu*. Cela est également confirmé par la nature du droit international pénal et par le fait que l'article VIII de la Convention soit le seul article traitant de la suppression et de la prévention du génocide sur le plan international. Avoir à l'esprit que le crime de génocide, qui contrevient non seulement au droit moral mais aussi à l'esprit et aux buts de la Charte des Nations Unies, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales, et que les organes politiques compétents des Nations Unies, en particulier le Conseil de sécurité, ont l'obligation d'agir *proprio motu* lorsqu'un génocide est suspecté.

Dès lors, on peut dire que la responsabilité d'un Etat pour génocide est essentiellement morale et politique, comme dans le cas d'autres crimes internationaux tels que l'apartheid ou l'agression, qu'elle s'articule avec des mesures de répression décidées par les organes compétents des Nations Unies comme une forme de réaction collective d'une société interétatique décentralisée. Une telle forme de responsabilité de l'Etat pour génocide — laquelle rappelle pour partie la responsabilité collective ou la responsabilité des personnes morales — s'explique par la nature relativement inorganisée, le caractère *de facto* de la communauté internationale, et l'état embryonnaire dans lequel se trouve encore le droit pénal international.

En principe, s'agissant de la logique du droit matériel, une telle conception de la responsabilité de l'Etat pour génocide n'exclut pas la responsabilité civile de l'Etat. Cette responsabilité, bien qu'elle ne soit pas primaire pour ce qui est des crimes internationaux, tire son fondement de ce que la perpétration d'un crime a également des conséquences civiles. Justifiée du point de vue du droit matériel, la responsabilité civile de l'Etat pour génocide est très douteuse d'un point de vue juridictionnel, à tout le moins lorsque la compétence de la Cour est fondée sur l'article IX de la Convention en tant que clause compromissoire.

136. Quand on s'interroge sur la compétence, se pose la question de savoir si ces règles sont applicables quand il est tenu compte du principe *lex specialis derogat legi generali*.

Tout traité en vigueur qui fonde la compétence de la Cour constitue, par lui-même et en soi, le droit applicable à l'espèce. Relevant du *jus specialis*, un traité de cette nature exclut l'application des règles du droit international général. Il convient de présumer que les parties à la Convention connaissaient les règles générales qui existent en matière de responsabilité des Etats et ont décidé d'examiner la question conformément à la Convention. Si leur intention avait été différente, elles se seraient référées — conformément à la pratique habituellement observée en matière de conventions internationales — aux règles du droit international général, par incorporation ou renvoi.

Le principe du *jus specialis* est reconnu comme une règle générale de la

responsibility. Article 55 of the Articles on State Responsibility stipulates:

“These Articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.”<sup>134</sup>

In the case at hand, special rules of international law are, most certainly, the substantive rules of the Genocide Convention.

The condition for the application of *jus specialis* is, of course, a conflict between the provisions having a special character and the rules of general international law. The conflict emerges in the event of any inconsistency or difference, either in positive or negative terms, between these two kinds of rules. And, *in concreto*, it does exist, because the Genocide Convention does not address issues of civil responsibility of a State for genocide.

Bearing that in mind, it appears, as pointed out by the Special Rapporteur in his First Report on State Responsibility, that “the parties to it did not undertake to have accepted the Court’s compulsory jurisdiction on this question”<sup>135</sup>.

Only on the basis of the distinction between the responsibility of States taken *in absolute* and as regards the jurisdiction of the Court, can one find a *rationale* for the *dicta* of the Court, when it finds lack of jurisdiction to entertain the claims, according to which:

“There is a fundamental distinction between the acceptance by a State of the Court’s jurisdiction and the compatibility of particular acts with international law . . .

Whether or not States accept the jurisdiction of the Court, they remain in all cases responsible for acts attributable to them that violate the rights of other States.” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 456, paras. 55-56; *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2000*, p. 33, para. 51; *Legality of Use of Force* cases, for example *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2004*, p. 328, para. 128.)

However, the Court comes to the conclusion that it is without jurisdiction to entertain the claims made as regards responsibility. As stated in the *Legality of Use of Force* Judgment, the Court “can make no finding, nor any observation whatever, on the question . . . of any international responsibility incurred”.

<sup>134</sup> *YILC*, 2001, Vol. II, Part 2.

<sup>135</sup> First Report on State Responsibility by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, United Nations doc. A/CN.4/490/Add.2, para. 43.

responsabilité de l'Etat. L'article 55 des articles sur la responsabilité de l'Etat dispose que :

«Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illégitime ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régis par des règles spéciales de droit international.»<sup>134</sup>

Aux fins de la présente affaire, les règles spéciales de droit international sont, sans nul doute, les règles de fond de la convention sur le génocide.

Le principe du *jus specialis* s'applique, évidemment, en cas de conflit entre des dispositions ayant un caractère spécial et les règles du droit international général. Un tel conflit naît d'une incohérence ou différence, positive ou négative, entre ces deux catégories de règles. Un tel conflit existe bien en l'espèce, dans la mesure où la convention sur le génocide ne traite pas des questions de responsabilité civile d'un Etat pour génocide.

Ainsi, comme l'a souligné le rapporteur spécial dans son premier rapport sur la responsabilité des Etats, «les parties à la Convention n'ont pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour à cet égard»<sup>135</sup>.

Ce n'est qu'en établissant une distinction entre la responsabilité des Etats *dans l'absolu*, et quand il s'agit de la juridiction de la Cour, que l'on trouve un fondement au raisonnement de cette dernière lorsqu'elle se déclare incompétente pour connaître des demandes au motif que

«[i]l existe une distinction fondamentale entre l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international...

Que les Etats acceptent ou non la juridiction de la Cour, ils demeurent en tout état de cause responsables des actes portant atteinte aux droits d'autres Etats qui leur seraient imputables.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 456, par. 55-56; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 33, par. 51; affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 328, par. 128.)

Cependant, lorsque la Cour parvient à la conclusion qu'elle n'est pas compétente pour connaître des demandes formulées en matière de responsabilité, elle ne peut, ainsi qu'il est indiqué dans l'arrêt relatif à la *Licéité de l'emploi de la force*, «se prononcer ni formuler de commentaire sur [la question de] la responsabilité internationale qui pourrait en découler».

<sup>134</sup> ACIDI, 2001, vol. II, partie 2.

<sup>135</sup> Premier rapport sur la responsabilité des Etats, présenté par le rapporteur spécial, M. James Crawford, Nations Unies, doc. A/CN.4/490/Add.2, par. 43.

137. As regards the substantive aspect of the matter, it is doubtful whether the general rules on State responsibility as it stands are objectively capable of dealing with issues of international crimes.

It is true that international delicts and international crimes possess certain similarities. Both share the characteristic of illegality. In that regard, both notions belong to the *genus* of illegal acts, acts which are in conflict with relevant rules of international law. They differ in other respects making up two distinct *species* of acts within the said *genus*.

The general rules on State responsibility, as regards responsibility for the damage caused, have been created in the manner of *jus aequum*. Hence, civil responsibility, in contrast to criminal responsibility, can arise even *sine delicto*. It derives from the violation of the subjective law of the injured State.

Criminal responsibility, for its part, implies responsibility for the criminal offence committed, by which the values of the international community as a whole are protected, public interests expressed in the rules of objective law as such — treated as a *jus strictum*.

The difference in the legal nature between international delicts on the one hand, and international crimes on the other, gives rise to differences in sanctions. In the case of civil responsibility, the sanction essentially consists in restoring the situation that would have existed if the subjective right of the damaged State had not been violated. In contrast to this, the sanction in the case of international crimes, being essentially a legal damage to the objective legal order, consists in the punishment of the perpetrator.

As civil and criminal responsibility are ontologically different, criminal responsibility cannot be transposed into a civil one and vice versa. The attempts at transposition are conducive either to the penalization of civil responsibility or the depenalization of criminal law — two equally unsatisfactory outcomes. As regards genocide such an effort amounts either to a “civil genocide” tort deprived of substance within the context of Article II of the Convention or to little more than an excursion into the field of the criminal responsibility of a State which is non-existent in the primary rules. It seems, however, that the majority of the Court embarked precisely on that path. Articles 1 and 2 of the ILC Draft Articles on State Responsibility, signifying as they do a new approach to the notion of responsibility by moving the classical notions of fault and damage towards the absolute responsibility concept, *prima facie* provide fertile ground for such transposition. But it turns out that it is only an illusion because of the standard regarding the breach which has to be applied as a necessary condition for the existence of an internationally wrongful act attributable to a State. As stated in the commentary to Article 2:

137. En ce qui concerne le volet relatif au fond, l'on peut douter que les règles générales qui régissent la responsabilité de l'Etat puissent en l'état actuel des choses avoir objectivement trait aux crimes internationaux.

Il est vrai que les délits et les crimes internationaux présentent certaines similitudes. Ils ont pour trait commun d'être illicites. En ce sens, ces deux notions appartiennent à la catégorie des «actes illicites», c'est-à-dire des actes contraires aux règles pertinentes du droit international. Ils diffèrent toutefois sur d'autres plans, constituant ainsi deux sous-catégories distinctes d'actes au sein de ladite catégorie.

Les règles générales en matière de responsabilité de l'Etat, quand il s'agit de la responsabilité à raison du préjudice causé, ont été créées comme *jus aequum*. Ainsi, contrairement à la responsabilité pénale, la responsabilité civile peut exister *sine delicto*. Elle découle de la violation du droit subjectif de l'Etat lésé.

La responsabilité pénale est, quant à elle, une responsabilité à raison de la perpétration d'une infraction pénale, responsabilité qui a pour fonction de protéger les valeurs de la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que l'intérêt général exprimé dans les règles du droit objectif en tant que tel; elle est considérée comme *jus strictum*.

Du fait de leur différence de nature juridique, les délits et les crimes internationaux donnent lieu à des sanctions différentes. En matière de responsabilité civile, la sanction est essentiellement le rétablissement de la situation qui aurait existé si le droit subjectif de l'Etat lésé n'avait pas été violé. Par opposition, la sanction d'un crime international — qui constitue principalement un préjudice à l'ordre juridique objectif — consiste à punir l'auteur.

Ces responsabilités étant intrinsèquement différentes, la responsabilité pénale ne peut pas être transformée en responsabilité civile ni vice versa. Les tentatives de transposition aboutissent soit à la pénalisation de la responsabilité civile, soit à la dépenalisation du droit pénal — deux résultats tout aussi peu satisfaisants l'un que l'autre. Dans le cas du génocide, une telle tentative reviendrait soit à créer un «délict civil de génocide», vidé de sa substance dans le cadre de l'article II de la Convention, soit à une timide incursion dans le domaine de la responsabilité pénale de l'Etat, laquelle n'est pas prévue dans les règles primaires. Il semble toutefois que la Cour se soit précisément engagée majoritairement dans cette voie. Les articles premier et 2 de la CDI sur la responsabilité des Etats constituent *prima facie* un terrain fertile pour procéder à une telle transposition, dans la mesure où ils laissent transparaître une nouvelle approche de la notion de responsabilité par un glissement des notions classiques de faute et de dommage vers un concept de responsabilité absolue. Mais il ne s'agit là que d'une illusion, et ce en raison du critère de la violation qui doit être appliqué comme condition nécessaire à l'existence d'un acte internationalement illicite attribuable à un Etat. Ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire de l'article 2:

“Whether there has been a breach of a rule may depend on the intention or knowledge of relevant State organs or agents and in that sense may be ‘subjective’. For example Article II of the Genocide Convention states that: ‘In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such . . .’ In other cases, the standard for breach of an obligation may be ‘objective’, in the sense that the advertence or otherwise of relevant State organs or agents may be irrelevant.”<sup>136</sup>

The rules of responsibility, as secondary rules, provide the framework indicating the consequences of a breach, while the determination of the content of an obligation, including the standard for a breach, is reserved for the primary rules. As such, secondary rules cannot modify or derogate from primary rules, which *per se* deprives of substantive effects any attempt at the transposition of criminal law rules into the State responsibility complex.

### III. *The Legal Determination of the Srebrenica Massacre*

The tragic massacre in Srebrenica is the object of two ICTY Judgments in the *Krstić* and the *Blagojević* cases. In the legal determination of the Srebrenica massacre the Court relies on both judgments equally although the latter is appealable.

#### 1. *The components of the genocidal intent*

It appears that none of the components distinguishable within the genocidal intent was satisfied in the *Krstić* Judgment.

##### 1.1. *Level of intent*

138. Both Chambers of the ICTY — the Trial Chamber as well as the Appeals Chamber — perceived, in the *Krstić* case, alleged genocidal intent in terms of “knowledge” or “awareness”.

For instance, the Trial Chamber found that “the Bosnian Serb forces *had to be aware* of the catastrophic impact that the disappearance of two or three generations of men would have on the survival”<sup>137</sup>. Or,

“The Bosnian Serb forces *knew*, by the time they decided to kill all

<sup>136</sup> J. Crawford (ed.), *The ILC’s Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, 2003, pp. 81-82, para. 3.

<sup>137</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 595; emphasis added.

«Le fait qu'il y ait ou non manquement à une règle peut dépendre de l'intention des organes ou agents habilités de l'Etat ou de la connaissance qu'ils ont; en ce sens, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une violation peut être «subjectif». Ainsi, l'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose: «Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel...» Dans d'autres cas, le critère de violation d'une obligation peut être «objectif», en ce sens que le fait que les organes ou agents habilités de l'Etat en aient été conscients ou non peut être sans objet.»<sup>136</sup>

Les règles relatives à la responsabilité, en tant que règles secondaires, constituent le cadre des conséquences d'une violation, tandis que la détermination du contenu d'une obligation, y compris le critère de violation, est réservée aux règles primaires. En tant que telles, les règles secondaires ne peuvent pas modifier ou déroger aux règles primaires, ce qui *per se* revient à priver de réels effets toute tentative de transposition des règles du droit pénal dans le domaine de la responsabilité des Etats.

### III. La qualification juridique du massacre de Srebrenica

Deux décisions rendues par le TPIY, dans les affaires *Krstić* et *Blagojević*, portent sur le tragique massacre de Srebrenica. Pour qualifier juridiquement celui-ci, la Cour s'appuie de la même manière sur ces deux décisions bien que la seconde ne soit pas définitive.

#### 1. Les éléments de l'intention génocidaire

Il s'avère qu'aucun des éléments particuliers de l'intention génocidaire n'est réuni dans la décision *Krstić*.

##### 1.1. Le degré d'intention

138. Les deux chambres du TPIY — la chambre de première instance ainsi que la chambre d'appel — ont, dans l'affaire *Krstić*, considéré l'intention génocidaire alléguée sous l'angle de la «connaissance» et de la «conscience».

Par exemple, la chambre de première instance a jugé que «les forces des Serbes de Bosnie *avaient nécessairement conscience* de l'effet catastrophique qu'aurait la disparition de deux ou trois générations d'hommes sur la survie...»<sup>137</sup> ou que,

«[a]u moment où elles ont décidé de tuer tous les hommes en âge de

<sup>136</sup> *Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, introduction, texte et commentaires*, J. Crawford (dir. publ.), 2003, p. 99, par. 3.

<sup>137</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595; les italiques sont de moi.



of the military aged men, that the combination of those killings with the forcible transfer of the women, children and elderly would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica.”<sup>138</sup>

For its part, the Appeals Chamber held “that the Bosnian Serb forces *were aware* of these consequences when they decided to systematically eliminate the captured Muslim men”<sup>139</sup>, and, further:

“The finding that some members of the VRS Main Staff devised the killing of the male prisoners *with full knowledge of the detrimental consequences* it would have for the physical survival of the Bosnian Muslim community in Srebrenica further supports the Trial Chamber’s conclusion that the instigators of that operation *had the requisite genocidal intent*.”<sup>140</sup>

In the *Blagojević* case, the Trial Chamber essentially divorced special intent from acts of genocide, thus destroying the organic unity of the subjective and objective element in the being of the crime of genocide. Having found that

“a distinction should be made between the nature of the listed ‘acts’ (of genocide) and the ‘intent’ with which they are done in the sense that “while listed acts indeed must take a physical and biological form, the same is not required for the intent”<sup>141</sup>,

the Trial Chamber in effect excludes from acts relevant in that case the intent to destroy a protected group. For, “with the exceptions of the acts listed in Article 4 (2) and (d), “the Statute itself does not require an intent to cause physical or biological destruction of the group in whole or in part”<sup>142</sup>.

139. However, “knowledge” or “awareness” is one thing, and “special intent” another. “Knowledge” or “awareness” as the passive, intellectual element of intent in fact constitute *dolus generalis*. In contrast, special intent means *dolus specialis*<sup>143</sup>, and such a meaning is made plain in the *chapeau* to Article 4 (2) of the ICTY Statute. While *dolus generalis* requires that the perpetrator “means to cause” certain consequences or is aware that it will occur in the ordinary course of events (Article 30 (2) (b) of the ICC Statute), *dolus specialis* requires that the perpetrator clearly intends the result or clearly seeks to produce the act charged. So the dif-

<sup>138</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 595; emphasis added.

<sup>139</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 29; emphasis added.

<sup>140</sup> *Ibid.*; emphasis added.

<sup>141</sup> ICTY, *Prosecutor v. Blagojević*, Trial Judgment, para. 659.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, Appeals Judgment, para. 51.

porter les armes, les forces des Serbes de Bosnie *savaient* déjà que ces meurtres, conjugués au transfert forcé des femmes, des enfants et des personnes âgées, entraîneraient inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica». <sup>138</sup>

La chambre d'appel a, quant à elle, estimé que «les forces serbes de Bosnie *avaient conscience* de ces conséquences lorsqu'elles ont décidé de procéder à l'élimination systématique des hommes musulmans faits prisonniers» <sup>139</sup>; elle a indiqué en outre :

«La conclusion selon laquelle des membres de l'état-major principal de la VRS ont formé le projet de tuer les hommes faits prisonniers *alors qu'ils avaient pleinement conscience des conséquences préjudiciables* que cela aurait pour la survie physique de la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica étaye la conclusion de la chambre de première instance selon laquelle les instigateurs de l'opération *avaient l'intention génocidaire requise.*» <sup>140</sup>

Dans l'affaire *Blagojević*, la chambre de première instance a, au fond, séparé l'intention spécifique des actes de génocide, détruisant ainsi l'unité organique entre l'élément objectif et l'élément subjectif qui constitue l'essence du crime de génocide. Ayant conclu qu'il conviendrait de faire une

«distinction entre la nature des «actes» [de génocide] énumérés et «l'intention» avec laquelle ils sont commis», au sens où, «tandis que les actes énumérés doivent effectivement prendre une forme physique ou biologique, cette condition ne s'applique pas à l'intention» <sup>141</sup>,

la chambre de première instance écarte en fait, dans les actes pertinents de cette affaire, l'intention de détruire un groupe protégé car, à l'exception des actes énumérés aux alinéas *c)* et *d)* du paragraphe 2 de l'article 4, «le Statut n'exige pas [l'intention d'entraîner la destruction physique ou biologique du groupe, en tout ou en partie]» <sup>142</sup>.

139. Toutefois, la «connaissance» ou la «conscience» est une chose et l'«intention spécifique» en est une autre. La «connaissance» ou la «conscience», en tant qu'élément intellectuel passif de l'intention, constitue en réalité un *dolus generalis*. En revanche, l'intention spécifique entraîne un *dolus specialis* <sup>143</sup>, sens qui ressort clairement du chapeau du paragraphe 2 de l'article 4 du Statut du TPIY. Tandis que le *dolus generalis* exige que l'auteur «entend[e] causer» certaine conséquence ou soit conscient que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements (Statut de la CPI, art. 30, par. 2 *b)*), le *dolus specialis* nécessite que l'auteur ait claire-

<sup>138</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595; les italiques sont de moi.

<sup>139</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 29; les italiques sont de moi.

<sup>140</sup> *Ibid.*; les italiques sont de moi.

<sup>141</sup> TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 659.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> TPIY, *Le procureur c. Jelisić*, arrêt, par. 51.

ference lies in the active volitional element which is overriding in the special intent as the subjective constructive element of the crime of genocide.

As regards the protective group, “[m]ere knowledge of the victims’ membership in a distinct group on the part of perpetrators is not sufficient to establish an intention to destroy the group as such”<sup>144</sup>. Even if the perpetrators knew that executing the men would have a lasting impact, it does not necessarily mean that such knowledge formed the basis of the perpetrators’ intent, especially when considered in conjunction with conscious steps taken to preserve the rest of the community<sup>145</sup> relating to the transfer of women, children and the old.

### 1.2. Type of destruction

140. Destruction, as perceived by the ICTY in the *Krstić* and the *Blagojević* cases is a destruction in social terms rather than in physical or biological terms as legally relevant forms of destruction under the Genocide Convention.

In the *Krstić* case the Trial Chamber found, *inter alia*, that the destruction of a sizeable number of military aged men “would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica”<sup>146</sup>, since “their spouses are unable to remarry and, consequently, to have new children”<sup>147</sup>. Such a conclusion, reflecting the idea of social destruction, seems highly doubtful from the legal point of view. Within the context described, the possible procreative implications, even under the assumption that the killings of men have been committed with the intent to produce such implications, could hardly be qualified as genocidal. It seems obvious that such procreative implications, if they had taken place, could not have as direct cause the killings of men, but the inability of spouses of killed men “to remarry and . . . to have new children” due to “the patriarchal character of the Bosnian Muslim society in Srebrenica”<sup>148</sup>. Such a construction is not appropriate for the so-called objective imputation (*imputatio facti*), since it implies deliberate interference of the victim as well as of its decision-making into the causal course (*Selbstverantwortung*). What is more, it represents a free decision of the victim itself.

<sup>144</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 561.

<sup>145</sup> K. Southwick, “Srebrenica as Genocide? The *Krstić* Decision and the Language of the Unspeakable”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2005, p. 7.

<sup>146</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 595.

<sup>147</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 28.

<sup>148</sup> *Ibid.*

ment cherché le résultat ou ait nettement cherché à provoquer l'acte incriminé. La différence réside donc dans l'élément actif de volonté, lequel est primordial dans l'intention spécifique en tant qu'il constitue l'élément subjectif constitutif du crime de génocide.

En ce qui concerne le groupe protégé, «[l]a simple connaissance que les auteurs des crimes pouvaient avoir de l'appartenance des victimes à un groupe distinct ne permet pas d'établir l'intention de détruire le groupe comme tel»<sup>144</sup>. Même si les auteurs des crimes savaient qu'exécuter les hommes aurait des conséquences à long terme, cela ne signifie pas nécessairement que cette connaissance fondait leur intention, en particulier lorsqu'il est tenu compte du fait que, parallèlement, des mesures concernant le transfert des femmes, des enfants et des personnes âgées ont été prises délibérément afin de protéger le reste de la communauté<sup>145</sup>.

### 1.2. Le type de destruction

140. La destruction, telle que la considère le TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević*, est une destruction au sens social plutôt que physique ou biologique, qui en sont les formes juridiquement pertinentes au regard de la convention sur le génocide.

Dans l'affaire *Krstić*, la chambre de première instance a jugé notamment que la destruction d'un nombre considérable d'hommes en âge de porter les armes «entraînerait inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica»<sup>146</sup>, puisque «leurs épouses ne seront pas en mesure de se remarier et donc d'avoir d'autres enfants»<sup>147</sup>. Une telle conclusion, qui exprime l'idée de destruction sociale, paraît extrêmement incertaine du point de vue juridique. Dans le contexte décrit, les conséquences possibles sur la descendance de la communauté musulmane, à supposer même que les meurtres d'hommes aient été commis avec l'intention de produire de telles conséquences, pourraient difficilement être qualifiées de génocide. Il semble évident que ces conséquences, si elles survenaient, ne sauraient avoir comme cause directe le meurtre des hommes mais l'impossibilité pour leurs épouses de «se remarier et ... d'avoir d'autres enfants» étant donné le «caractère patriarcal de la société des Musulmans de Srebrenica»<sup>148</sup>. Cette interprétation ne convient pas à ce qu'il est convenu d'appeler l'imputation objective (*imputatio facti*), car elle suggère une intervention délibérée de la victime ainsi qu'une prise de décision de sa part dans le lien de causalité (*Selbstverantwortung*). Plus encore, elle signifie qu'il y a eu libre décision de la part de la victime elle-même.

<sup>144</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 561.

<sup>145</sup> K. Southwick, «Srebrenica as Genocide? The Krstić Decision and the Language of the Unspeakable», *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2005, p. 7.

<sup>146</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

<sup>147</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28.

<sup>148</sup> *Ibid.*

The perception of destruction in social terms is even more emphasized in the *Blagojević* case. The Trial Chamber applied “a broader notion of the term “destroy”, encompassing also “acts which may fall short of causing death” (*Blagojević*, Trial Chamber Judgment, para. 662), an interpretation which does not fit in the understanding of destruction in terms of the Genocide Convention (see paras. 84 *et seq.* above). In that sense, the Trial Chamber finds support in the Judgment of the Federal Constitutional Court of Germany, which held *expressis verbis* that

“the statutory definition of genocide defends a supra-individual object of legal protection, i.e. social existence of the group (and that) the intent to destroy the group . . . extends beyond physical and biological extermination . . . The text of the law does not therefore compel the interpretation that the culprit’s intent must be to exterminate physically at least a substantial number of members of the group.”<sup>149</sup>

Thus perceived the term “destruction” “in the genocide definition can encompass the forcible transfer of population”<sup>150</sup>.

### 1.3. Targeted group

141. In the *Krstić* case, the Prosecution referred, in its final arguments, to “Bosnian Muslims of Eastern Bosnia” as the targeted group. The Trial Chamber did not accept such a qualification finding that the protected group “within the meaning of Article 4 of the Statute, must be defined, in the present case, as the Bosnian Muslims”<sup>151</sup>. In the correct exposition of the idea underlying the provision of Article II of the Genocide Convention, the Trial Chamber held that “[t]he Bosnian Muslims of Srebrenica or the Bosnian Muslims of Eastern Bosnia constitute a part of the protected group under Article 4 (of the Statute literally reproducing Article II of the Genocide Convention — M.K.)”<sup>152</sup>. It should be noted, however, that the Chambers also found that

“no national, ethnical, racial or religious characteristic makes it possible to differentiate the Bosnian Muslims residing in Srebrenica at the time of the 1995 offensive, from the other Bosnian Muslims. The only distinctive criterion would be their geographical location, *not a criterion contemplated by the Convention.*”<sup>153</sup>

The Trial Chamber determined Bosnian Muslims in general terms as the protected group without seeking national, ethnic, religious or racial basis for its qualification of a distinct and separate entity. For, the Trial

<sup>149</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 28; ICTY, *Prosecutor v. Blagojević*, Trial Judgment, para. 664.

<sup>150</sup> *Ibid.*, para. 665.

<sup>151</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 560.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*, para. 559; emphasis added.

L'affaire *Blagojević* insiste même davantage sur la conception sociale de la destruction. La chambre de première instance a appliqué «une notion élargie du verbe «détruire», s'étendant également à des «actes qui peuvent ne pas causer la mort» (par. 662), une interprétation qui ne correspond pas à l'interprétation de la destruction au regard de la convention sur le génocide (voir ci-après, par. 84 et suiv.). En ce sens, la chambre de première instance trouve un soutien dans la décision du tribunal constitutionnel fédéral allemand, qui a jugé *expressis verbis* que:

«la définition légale du génocide protège un sujet de droit supra-individuel, à savoir l'existence sociale du groupe [et que] l'intention de détruire le groupe ... va au-delà de l'extermination physique et biologique... Le texte de la loi n'impose donc pas d'interpréter l'intention du coupable comme devant être d'exterminer physiquement à tout le moins une partie substantielle du groupe.»<sup>149</sup>

Interprété de cette façon, le terme de «destruction» «peut, dans la définition du génocide, couvrir le transfert forcé de population»<sup>150</sup>.

### 1.3. Le groupe visé

141. Dans l'affaire *Krstić*, l'accusation, dans son réquisitoire, a dit que les «Musulmans de Bosnie orientale» étaient le groupe visé. La chambre de première instance n'a pas retenu cette définition, jugeant que le groupe protégé, «au sens de l'article 4 du Statut, [était] en l'espèce celui des Musulmans de Bosnie»<sup>151</sup>. Dans un exposé exact de l'idée sous-tendant la disposition de l'article II de la convention sur le génocide, la chambre a jugé que: «[l]es Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale constituaient une partie du groupe protégé aux termes de l'article 4 du Statut» (lequel reproduit textuellement l'article II de la convention sur le génocide)<sup>152</sup>. Il faut cependant noter que la chambre a également jugé que:

«aucune caractéristique nationale, ethnique, raciale ou religieuse ne permet de distinguer les Musulmans de Bosnie habitant à Srebrenica lors de l'offensive de 1995 des autres Musulmans de Bosnie. Leur seul trait distinctif serait la localisation géographique, *laquelle ne figure pas au nombre des critères envisagés par la Convention.*»<sup>153</sup>

La chambre de première instance a défini les Musulmans de Bosnie en termes généraux comme étant le groupe protégé, sans rechercher de base nationale, ethnique, religieuse ou raciale pour le qualifier d'entité dis-

<sup>149</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28; TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 664.

<sup>150</sup> TPIY, *Le procureur c. Blagojević*, jugement, par. 665.

<sup>151</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 560.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*, par. 559; les italiques sont de moi.

Chamber interpreted *travaux préparatoires* of the Convention in the sense

“that setting out such a list was designed more to describe a single phenomenon, roughly corresponding to what was recognized, before the Second World War, as ‘national minorities’, rather than to refer to several distinct prototypes of human groups”<sup>154</sup>.

The interpretation should be understood in the sense that it is sufficient if it is a group recognizable in its generic substance and that it is not necessary to “differentiate each of the named groups on the basis of scientifically objective criteria . . . inconsistent with the object and purpose of the Convention”<sup>155</sup>. The establishment of scientifically objective criteria is in itself desirable and can only contribute to sound administration of justice on the matter, in particular in relation to the element of genocidal intent. Moreover, in certain cases it is not an unattainable goal, as also demonstrated by the jurisprudence of the ICTR<sup>156</sup>. The search for “scientifically objective criteria” could, however, run counter to the object and purpose of the Convention if it were to leave without protection a human group not distinguishable on the basis of national, ethnic, religious or racial criteria taken individually, but which, in a general and generic sense, satisfies the conditions to be taken as a distinct and separate group in the light of the Genocide Convention.

#### 1.4. In whole or in part

142. The word “part” in the frame of Article II of the Convention does not mean any part of the protected group, but a qualified part. If a part of a group were to be understood as *any* part, “the intent underlying the *actus reus* and the *mens rea* specific to the crime of genocide would overlap, so that the genocidal intent, which constitutes the distinguishing feature of genocide, would disappear”<sup>157</sup>.

Within “Bosnian Muslims” as the protected group under the Convention, the Trial Chamber identified the “Bosnian Muslims of Srebrenica” or the “Bosnian Muslims of Eastern Bosnia” as a part of the protected group<sup>158</sup>.

Can the “Bosnian Muslims of Srebrenica or the Bosnian Muslims of Eastern Bosnia” be considered as a substantial part of Bosnian Muslims?

<sup>154</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 556.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgment, paras. 510-516.

<sup>157</sup> C. Tournaye, “Genocidal Intent before the ICTY”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, April 2003, p. 459.

<sup>158</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 560.

tincte et particulière. Ainsi, suivant l'interprétation des travaux préparatoires de la Convention réalisée par la chambre de première instance, il ressort que

«cette énumération visait davantage à décrire un seul et même phénomène, correspondant en gros à ce qu'il était convenu d'appeler, avant la seconde guerre mondiale, les «minorités nationales», qu'à renvoyer à différents types distincts de groupes humains»<sup>154</sup>.

Il faut comprendre l'interprétation au sens où il suffit qu'il s'agisse d'un groupe reconnaissable par son contenu générique, sans qu'il soit nécessaire «de chercher à distinguer chacun des groupes énumérés à partir de critères scientifiquement objectifs ... ce qui serait contraire à l'objet et au but de la Convention»<sup>155</sup>. La mise en place de critères scientifiquement objectifs est souhaitable en soi et ne peut que favoriser une administration saine de la justice, en particulier en ce qui concerne l'élément relatif à l'intention génocidaire. En outre, dans certains cas, il ne s'agit pas d'un objectif inaccessible, comme la jurisprudence du TPIR l'a également démontré<sup>156</sup>. La recherche de «critères scientifiquement objectifs» pourrait cependant aller à l'encontre de l'objet et du but de la Convention s'il s'agissait de laisser sans protection un groupe d'individus qui ne pourrait être identifié sur la base de critères de nationalité, d'appartenance ethnique, de religion ou de race, pris individuellement, mais qui, au sens général et générique, remplirait les conditions pour être considéré comme un groupe distinct et séparé au sens de la convention sur le génocide.

#### 1.4. En tout ou en partie

142. L'expression «en partie» dans le cadre de l'article II de la Convention ne signifie pas une quelconque partie du groupe protégé, mais une partie déterminée. S'il fallait entendre une partie d'un groupe comme *une partie quelconque*, «l'intention qui fonde l'*actus reus* et la *mens rea* spécifique au crime de génocide se chevaucheraient, faisant ainsi disparaître l'intention génocidaire qui constitue la caractéristique particulière de ce crime»<sup>157</sup>.

Parmi les «Musulmans de Bosnie» en tant que groupe protégé en vertu de la Convention, la chambre de première instance a défini les «Musulmans de Bosnie de Srebrenica» ou «les Musulmans de Bosnie orientale» comme une partie du groupe protégé<sup>158</sup>.

Les «Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale» peuvent-ils être considérés comme une partie substantielle des

<sup>154</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 556.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, jugement, par. 510-516.

<sup>157</sup> C. Tournaye, «Genocidal Intent before the ICTY», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, avril 2003, p. 459.

<sup>158</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 560.



As a preliminary remark it can be said that, contrary to the diction of the formulation, the expressions “Bosnian Muslims of Srebrenica” and “Bosnian Muslims of Eastern Bosnia” cannot be perceived as synonymous. Although the Muslim population in Srebrenica considerably increased in numbers in the relevant period, it was numerically far from the Muslim population of Eastern Bosnia, which numbered over 170,000.

Bearing in mind that in the critical period some 40,000 Bosnian Muslims were concentrated in Srebrenica, and if we would accept as proven that some 5,000-7,000 people were massacred, then, according to quantitative criterion, they could hardly represent a “substantial part” of the community. Besides, the Trial Chamber, in fact, qualified the targeted group in precise terms as “Bosnian Muslims in Srebrenica or Bosnian Muslims of Eastern Bosnia . . .”.

According to the data from the last census in Bosnia and Herzegovina, in 1991, there were, in Eastern Bosnia, over 170,000 Muslims (26,316 in Gorazde, 18,699 in Vlasenica, 21,564 in Bratunac, 4,007 in Cajnice, 30,314 in Bijeljina, 48,208 in Zvornik, 13,438 in Visegrad, 4,140 in Bosanski Brod and 2,248 in Bosanski Samac).

As regards the question whether the “Bosnian Muslims” of Srebrenica or the “Bosnian Muslims of Eastern Bosnia” could be qualified, according to the quantitative criterion, as a substantial part of the Bosnian Muslims and the protected group under the Convention, one should keep in mind that the Muslim community in Bosnia and Herzegovina, on the basis of data from the last census in Bosnia and Herzegovina in 1991, numbered over 1,900,000<sup>159</sup>.

Regarding the qualitative criterion, the Judgment does not give any specific characterization of leadership who were massacred. It is not clear what leadership is in question — political, military, or intellectual.

It comes out from the dictum of the Trial Chamber, as well as its general reasoning, that the leadership, in fact, consists of the military aged men. For, the military leadership as well, as it is well known, headed by the commander of the division Naser Oric, left the town a couple of days before its fall.

In Srebrenica, in the relevant period, there were about 40,000 Bosnian Muslims, including the members of the Bosnia and Herzegovina Army. In view of quantitative criteria of the determination of a substantial part of a protected group, it seems obvious that, compared to more than one million and hundred thousand Bosnian Muslims, the Bosnian Muslims located in Srebrenica could not have constituted its substantial part. The same conclusion imposes itself also in the case of the application of the alternative, qualitative criterion, because the political and intellectual elite of the Bosnian Muslims was located in Sarajevo.

<sup>159</sup> See [www.FZS.ba](http://www.FZS.ba).

Musulmans de Bosnie? A titre de remarque préliminaire, on peut dire que, contrairement à la manière dont elles sont formulées, les expressions «Musulmans de Bosnie de Srebrenica» et «Musulmans de Bosnie orientale» ne peuvent être considérées comme synonymes. Même si la population musulmane de Srebrenica a considérablement progressé au cours de la période considérée, elle était loin d'atteindre, en nombre, la population musulmane de Bosnie orientale qui comptait plus de 170 000 personnes.

En tenant compte du fait que quelque 40 000 Musulmans de Bosnie ont été concentrés à Srebrenica au cours de la période critique et si l'on acceptait comme prouvé que quelque 5000 à 7000 personnes ont été massacrées, ils pourraient alors difficilement, suivant un critère quantitatif, représenter une «partie substantielle» de la communauté. Au demeurant, la chambre de première instance a en réalité défini le groupe visé en termes précis comme «les Musulmans de Bosnie de Srebrenica ou les Musulmans de Bosnie orientale».

Suivant les chiffres issus du dernier recensement réalisé en Bosnie-Herzégovine en 1991, il y avait en Bosnie orientale plus de 170 000 Musulmans (26 316 à Gorazde, 18 699 à Vlasenica, 21 564 à Bratunac, 4007 à Cajnice, 30 314 à Bijeljina, 48 208 à Zvornik, 13 438 à Visegrad, 4140 à Bosanski Brod et 2248 à Bosanski Samac).

Pour savoir si les «Musulmans de Bosnie» de Srebrenica ou les «Musulmans de Bosnie orientale» pouvaient être qualifiés, suivant le critère quantitatif, de partie substantielle des Musulmans de Bosnie en tant que groupe protégé en vertu de la Convention, on doit tenir compte du fait que, sur la base des chiffres du dernier recensement réalisé en Bosnie-Herzégovine en 1991, la communauté musulmane de Bosnie-Herzégovine comptait plus de 1 900 000 personnes<sup>159</sup>.

Pour ce qui est du critère qualitatif, le jugement ne précise pas quelle élite a été massacrée. L'élite dont il s'agit — élite politique, militaire ou intellectuelle — n'apparaît pas clairement.

Il ressort du *dictum* de la chambre de première instance, ainsi que de son raisonnement, que l'élite est, en fait, composée d'hommes en âge de porter les armes. Ainsi, l'élite militaire, dirigée par le commandant de division Naser Oric, a également, comme tout le monde le sait, quitté la ville quelques jours avant qu'elle ne tombe.

Il y avait, à Srebrenica, pendant la période considérée, environ 40 000 Musulmans de Bosnie, dont les membres de l'armée de Bosnie-Herzégovine. Compte tenu des critères quantitatifs pour définir une partie substantielle d'un groupe protégé, il semble évident que, comparés à plus d'un million et quelques centaines de milliers de Musulmans de Bosnie, ceux qui se trouvaient à Srebrenica ne pouvaient constituer une partie substantielle de ce groupe. La même conclusion s'impose également dans le cas de l'application de l'autre critère, le critère qualitatif, parce que les élites politique et intellectuelle des Musulmans de Bosnie se trouvaient à Sarajevo.

<sup>159</sup> Voir [www.FZS.ba](http://www.FZS.ba).

143. The number of massacred military aged men in Srebrenica was never precisely determined. Moreover, that number might be significantly smaller than the number used by the Tribunal in the *Krstić* case.

Namely, the Tribunal equalized the missing and the killed military aged men in Srebrenica. Such an equalization does not look questionable only from the legal standard accepted in the jurisprudence of the Tribunal (para. 88 above) but also in the light of some indications not considered at all either by the ICTY or by the Court *exempli causa*. If one compares the Final voters' register of the Srebrenica municipality, prepared by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), and the List of identified bodies of the people buried in the Memorial Complex "Srebrenica — Potocare" (The "Srebrenica Potocare Memorial and Mezaje", Srebrenica, September 2003); Order of burials at JKP "City Cemeteries", Visoko<sup>160</sup> it comes out that over a third of names are present in both documents.

In addition, a number of soldiers of the Bosnia and Herzegovina Army buried in the Memorial Complex "Srebrenica-Potocare" were, according to the Army's documents, killed in battles before the events in Srebrenica. For instance, the suggestion and justification of the Command of the 28th division of the Bosnia and Herzegovina Army<sup>161</sup>.

144. However, in regard to the special intent, the Trial Chamber introduced another notion of "part" of the protected group based on geographical area criteria. The Trial Chamber held that:

"the intent to destroy a group, even if only in part, means seeking to destroy *a distinct part of the group* as opposed to an accumulation of isolated individuals within it. Although the perpetrators of genocide need not seek to destroy the entire group protected by the Convention, they must view the part of the group they wish to destroy as a distinct entity which must be eliminated as such . . . the *killing of all members of the part of a group* located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide if carried out with the intent to destroy the part of the group as such located in this small geographical area."<sup>162</sup>

Such an interpretation could be considered expansionist i.e., in relation

<sup>160</sup> See [www.gradska.groblja.co.br/srebrenica.html](http://www.gradska.groblja.co.br/srebrenica.html).

<sup>161</sup> No. classified 04-16/95 of 30 March 1995, for the award of the order "Golden Lily", Addendum in the "Guide of the Chronicle of the Bosnia and Herzegovina Army"; M. Ivanisevic, "Srebrenica, July 1995, Looking for the Truth in the Press".

<sup>162</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 590; emphasis added.

143. Le nombre d'hommes en âge de porter les armes massacrés à Srebrenica n'a jamais été déterminé avec précision. En outre, il est possible que ce chiffre soit nettement plus faible que celui que le Tribunal cite dans l'affaire *Krstić*.

En l'occurrence, le Tribunal a assimilé les hommes en âge de combattre qui ont été portés disparus et ceux qui ont été tués à Srebrenica. Une telle assimilation n'est pas seulement contestable du point de vue des normes juridiques acceptées dans la jurisprudence du Tribunal (voir par. 88 ci-dessus), mais également, au regard de certains éléments que, notamment, ni le TPIY ni la Cour n'ont examinés. Si l'on compare la liste électorale définitive de la municipalité de Srebrenica, établie par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), et la liste des corps identifiés des personnes inhumées au mémorial de «Srebrenica — Potocare» (The «Srebrenica Potocare Memorial and Mezaje», Srebrenica, septembre 2003) et les ordres d'inhumation au JKP «cimetières municipaux», Visoko<sup>160</sup>, il ressort que plus d'un tiers des noms figurent dans les deux documents.

En outre, un certain nombre de soldats de l'armée de Bosnie-Herzégovine inhumés au mémorial de «Srebrenica — Potocare» ont, d'après les archives de l'armée, été tués lors de combats qui se sont déroulés avant les événements de Srebrenica. Voir, par exemple, la proposition et la justification du commandement de la 28<sup>e</sup> division de l'armée de Bosnie-Herzégovine<sup>161</sup>.

144. Toutefois, concernant l'intention spécifique, la chambre de première instance a introduit une autre notion de «partie» du groupe protégé fondée sur des critères de zone géographique. La chambre de première instance a jugé que

«l'intention de détruire un groupe, fût-ce en partie, implique la volonté de détruire *une fraction distincte du groupe*, et non une multitude d'individus isolés appartenant au groupe. S'il n'est pas nécessaire que les auteurs d'actes de génocide aient eu l'intention de détruire la totalité du groupe protégé par la Convention, il est en revanche impératif qu'ils aient considéré la partie du groupe qu'ils souhaitaient détruire comme une entité distincte devant être éliminée, comme telle ... *le massacre de tous les membres de la fraction d'un groupe* présente dans une zone géographique restreinte peut, en dépit d'un nombre inférieur de victimes, recevoir la qualification de génocide s'il a été perpétré avec l'intention de détruire la fraction en question comme telle.»<sup>162</sup>

Une telle interprétation pourrait être considérée comme large par rap-

<sup>160</sup> Voir [www.gradska.groblja.co.br.srebrenica.html](http://www.gradska.groblja.co.br.srebrenica.html).

<sup>161</sup> Document classé n° 04-16/95 du 30 mars 1995, pour la remise de l'ordre du «Lys d'or», figurant dans le «Guide of the Chronicle of the Bosnia and Herzegovina Army»; M. Ivanisevic, «Srebrenica, July 1995, Looking for the Truth in the Press».

<sup>162</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 590; les italiques sont de moi.

to the determination made in Article II of the Genocide Convention, going far beyond its actual meaning.

Moreover, it seems that the Trial Chamber intentionally went beyond the scope of the Convention because it held that “[t]he only distinctive criterion would be their geographical location, not a criterion contemplated by the Convention.”<sup>163</sup>

Reduction of the “targeted part” to the municipalities could have a distorting effect as held by the Trial Chamber in the *Brdjanin* case<sup>164</sup> primarily because the intention to destroy a group in part means seeking to destroy a “distinct part” of the group. It is, however, difficult to see how the Bosnian Muslims in Srebrenica constitute a distinct part as opposed to the Bosnian Muslims as a whole. In terms of the Convention, a national, ethnic, or religious group is not an entity comprised of distinct parts, but a distinct entity by itself. The protection provided by the Convention to the group in part is, in fact, protection of the group in its entirety. In that regard, recognition of the part of a group on the basis of its geographical location as a distinct part of the group would diminish the effectiveness of the protection that the group enjoys as a whole. If, however, parts of a group differ in respect of the characteristics which constitute *genus proximus* of the group (for instance, the Sunnites and the Shiites among the Muslims), it is possible to speak about sub-groups which make up an aggregation in contrast to homogeneous groups to which Bosnian Muslims most certainly also belong.

In effect, such interpretation amounts to a transformation of a part of the group into a “sub-group”, being Bosnian Muslims in Srebrenica, on the basis of its alleged perception as a distinct entity by the perpetrators. Consequently, the intent to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica, as a “sub-group”, constitutes an intent to destroy a substantial part of the Bosnian Muslim group.

Moreover, the Trial Chamber used the substantial criteria twice successively, with the result that: “The genocidal intent proved in the *Krstić* case is an intent to destroy *a substantial part of a substantial part*”<sup>165</sup>, not, as required, a substantial part of the protected group. Namely, in addition to the qualification of the Bosnian Muslims in Srebrenica as a substantial part of the Bosnian Muslims as the protected group, the Trial Chamber held that the intent to destroy the military aged men within the sub-group means an intent to destroy a substantial part of this sub-group, not only from a quantitative viewpoint (Trial Judgment, para. 594) but also from a qualitative one (Trial Judgment, para. 595). In fact the

<sup>163</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 559.

<sup>164</sup> ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, Trial Judgment, para. 966.

<sup>165</sup> Tournaye, *op. cit.*, p. 460; emphasis added.

port à la définition énoncée à l'article II de la convention sur le génocide, allant bien au-delà de sa signification réelle.

En outre, il semble que la chambre de première instance soit volontairement allée au-delà de la portée de la Convention parce qu'elle a jugé que «[l]eur seul trait distinctif serait la localisation géographique, laquelle ne figure pas au nombre des critères envisagés par la Convention»<sup>163</sup>.

Réduire la «partie visée» aux municipalités pourrait avoir un effet déformant, comme l'a dit la chambre de première instance dans l'affaire *Brdjanin*<sup>164</sup>, essentiellement parce que l'intention de détruire un groupe en partie signifie chercher à détruire une «fraction distincte» du groupe. Il est cependant difficile de comprendre comment les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica constituent une fraction distincte par rapport aux Musulmans de Bosnie dans leur ensemble. Au regard de la Convention, un groupe national, ethnique ou religieux n'est pas une entité composée de fractions distinctes mais une entité distincte en soi. Lorsque la Convention protège le groupe en partie elle protège, en réalité, le groupe dans son intégralité. A cet égard, reconnaître qu'une fraction d'un groupe est distincte sur la base de sa localisation géographique diminuerait l'efficacité de la protection dont le groupe bénéficie dans son ensemble. Si, toutefois, des fractions d'un groupe se distinguent relativement aux caractéristiques qui constituent le *genus proximus* du groupe (par exemple, les Sunnites et les Chiites parmi les Musulmans), il est possible de parler de sous-groupes constituant un regroupement par opposition aux groupes homogènes auxquels très certainement les Musulmans de Bosnie appartiennent également.

En fait, une telle interprétation revient à transformer une partie du groupe en un «sous-groupe», les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica, sur la base de la perception qu'en auraient eue les auteurs des crimes, à savoir celle d'une entité distincte. L'intention de détruire les Musulmans de Bosnie de Srebrenica, en tant que «sous-groupe», constitue donc une intention de détruire une partie substantielle du groupe des Musulmans de Bosnie.

En outre, la chambre de première instance a utilisé le critère du caractère substantiel à deux reprises successivement de telle sorte que: «[l]'intention génocidaire démontrée dans l'affaire *Krstić* est une intention de détruire *une partie substantielle d'une partie substantielle*»<sup>165</sup>, et non, comme il est exigé, une partie substantielle du groupe protégé. A savoir que, en plus de qualifier les Musulmans de Bosnie de Srebrenica de partie substantielle du groupe protégé des Musulmans de Bosnie, la chambre de première instance a jugé que l'intention de détruire les hommes en âge de porter les armes à l'intérieur du sous-groupe signifiait une intention de détruire une partie substantielle de ce sous-groupe, du point

<sup>163</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 559.

<sup>164</sup> TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, jugement, par. 966.

<sup>165</sup> Tournaye, *op. cit.*, p. 460; les italiques sont de moi.

determination of a group “in part” as able-bodied, military aged Muslim men of Srebrenica is based on triple qualification — the sex of victims (men only), their age (only or mostly military aged) and their geographical origin — Srebrenica and surrounding areas<sup>166</sup>. The term itself therefore well exceeds the meaning of the “group in part” as contemplated by Article II of the Trial Chamber itself<sup>167</sup>.

### 1.5. *The inference of intent to destroy*

145. The Trial Chamber drew the inference of genocidal intent from three different sources.

*Primo*, the “massacre by the VRS of all men of military age from that community”<sup>168</sup>, which is determined as “a selective genocide”<sup>169</sup>. Separately from the issue of the basis of the conclusion according to which “all men of military age” were massacred<sup>170</sup> in order to analyse the concrete aspect of the intent to destroy, the question of whether the military aged men were massacred exclusively on national, ethnic, or religious grounds, is of decisive importance.

The answer to this question is given by the Judgment itself, which

<sup>166</sup> G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, p. 222.

<sup>167</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 559.

<sup>168</sup> *Ibid.*, para. 594; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 26.

<sup>169</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 593.

<sup>170</sup> The conclusion is seemingly in contradiction with the established facts. For instance, the Trial Chamber found that the artillery attacks were launched against “the column of Bosnian Muslim men marching toward Tuzla” (*Krstić*, Trial Judgment, para. 546) and that during “the fatal week of 11 to 16 July, negotiations were undertaken between the Bosnian Muslim and Bosnian Serbs sides” and, as its result, (a group of 3,000) “a portion of the Bosnian Muslim column was eventually let through to government-held territory” (*ibid.*). The final finding of the Trial Chamber is that “[o]verall, ... as many as 8,000 to 10,000 men from the Muslim column of 10,000 to 15,000 men were eventually reported as missing” (*ibid.*; emphasis added). It should be mentioned that the overwhelming majority is still considered as “missing” although the law in force in Bosnia and Herzegovina envisaged the period of two years from the disappearance of the persons during wartime in order to proclaim them as dead. There are bases for reasonable doubt that all persons who are accounted as missing are dead. Ibrahim Mustafic, the Muslim representative in the Bosnian and Federal Parliaments, founder of the SDA in Srebrenica, suggested in the Bosnian Parliament the establishment of a special committee whose task would be to search for the survivors from the enclave, but without reaction in the Parliament. He says that the

“present attitude of the authorities towards those people is enough to convince me that the authorities expected that the number of the survivors would be smaller; it seems that the number of the survivors is too high for their calculations. They made me say this: ‘It seems you are afraid of living Srebrenica inhabitants.’” (*Slobodna Bosna*, Sarajevo, 14 July 1996.)

de vue non seulement quantitatif (jugement, par. 594), mais également qualitatif (jugement, par. 595). En fait, la qualification de «groupe ... en partie», appliquée aux hommes musulmans de Srebrenica en âge de se battre et physiquement capables de le faire, est fondée sur un triple critère, à savoir le sexe des victimes (uniquement des hommes), leur âge (seulement ou principalement ceux en âge de porter les armes) et leur origine géographique (Srebrenica et ses environs)<sup>166</sup>. La qualification en soi excède donc de loin le sens du «groupe ... en partie» de l'article II de la Convention tel qu'il est envisagé par la chambre elle-même<sup>167</sup>.

### 1.5. Comment conclure à l'intention de détruire

145. La chambre de première instance a conclu à l'intention génocidaire à partir de trois sources différentes.

Premièrement, «le massacre par la VRS de l'ensemble des hommes de cette communauté en âge de combattre»<sup>168</sup> est qualifié de «génocide sélectif»<sup>169</sup>. Mise à part la question du bien-fondé de la conclusion selon laquelle «l'ensemble des hommes ... en âge de combattre» a été massacré<sup>170</sup>, et afin d'analyser l'aspect concret de l'intention de détruire, la question de savoir si les hommes en âge de porter les armes ont été massacrés exclusivement pour des raisons de nationalité, d'appartenance ethnique ou de religion revêt une importance cruciale.

La réponse à cette question est donnée par l'arrêt lui-même, qui

<sup>166</sup> G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, 2005, p. 222.

<sup>167</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 559.

<sup>168</sup> *Ibid.*, par. 594; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 26.

<sup>169</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 593.

<sup>170</sup> La conclusion contredit apparemment les faits établis. Par exemple, la chambre de première instance a jugé que les attaques d'artillerie visaient «une colonne d'hommes musulmans de Bosnie marchant sur Tuzla» (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 546) et que, «pendant la semaine fatale du 11 au 16 juillet ... ils ont abouti à l'ouverture de négociations entre les camps musulmans de Bosnie et serbes de Bosnie, et une partie [un groupe de 3000 hommes] de la colonne d'hommes musulmans de Bosnie a finalement pu passer en territoire sous contrôle gouvernemental» (*ibid.*). La conclusion finale de la chambre de première instance est que : «sur les 10 000 à 15 000 Musulmans de Bosnie que comptait la colonne, 8000 à 10 000 hommes ont finalement été portés disparus» (*ibid.*; les italiques sont de moi). Il faut mentionner que l'écrasante majorité est encore considérée comme «portés disparus», bien que le droit en vigueur en Bosnie-Herzégovine prévoit une période de deux ans à compter de la disparition des personnes en temps de guerre pour pouvoir les déclarer décédées. Il est raisonnablement permis de douter que toutes les personnes portées disparues soient mortes. Ibrahim Mustafic, le représentant musulman au sein du Parlement fédéral et de celui de Bosnie, qui a fondé le SDA à Srebrenica, a suggéré au Parlement de Bosnie de mettre en place une commission spéciale chargée de rechercher les survivants de l'enclave, sans obtenir de réaction du Parlement. Il indique que :

«l'attitude actuelle des autorités à l'égard de ces personnes suffit à me convaincre que les autorités s'attendaient à ce qu'il y ait moins de survivants; il semble que le nombre de survivants soit trop élevé pour leurs calculs. Ils me font dire ceci : «[i] semble que vous ayez peur des habitants de Srebrenica qui sont en vie»» (*Slobodna Bosna*, Sarajevo, 14 juillet 1996).



refers to “the conclusion that the extermination of those men was not driven *solely* by a military rationale”<sup>171</sup>.

It appears that the Trial Chamber excluded the exclusively military rationale as motivation for the massacre on the basis of two circumstances:

- (a) that no distinction was made between the men of military status and civilians; and
- (b) that non-military-aged were among the massacred.

There are, however, arguments which can put those circumstances into perspective. As regards the differentiating between men of military status and civilians, the Srebrenica Report mentions, *inter alia*, the reference by the members of Dutchbat to “a conflict where the distinction between civilians and soldiers was often unclear”<sup>172</sup>. Such a situation may be understood if one bears in mind the particular concept of defence in the SFRY — the so-called all-people defence. In that concept, the armed forces consisted, besides the regular army, of the territorial defence which included not only military aged men who were not in the regular army, but persons who were outside that range. The Judgment does not give details of the non-military aged men massacred. As regards boys (Appeals Chamber, para. 27), that probably means the elder minors, in contrast to “children” who were displaced. The practice in many countries, however, includes them in conscripts, for instance, in the United States of America at the age of 16. The Trial Chamber relied in its disqualification of the military rationale also on the evidence that “some of the victims were severely handicapped and, for that reason, unlikely to have been combatants”<sup>173</sup>. However, only one case of that kind is mentioned (*ibid.*).

Moreover, it seems that the Tribunal’s reasoning allows the interpretation that the persons who were found to be outside the range of military age as well, represent a simple, in contrast to a serious, military threat. Indeed, the Appeals Chamber found:

“Although the younger and older men *could still be capable of bearing arms*, the Trial Chamber was entitled to conclude that they did not present *a serious military threat . . .*” (Appeals Judgment, para. 27; emphasis added).

<sup>171</sup> Appeals Chamber, para. 26.

<sup>172</sup> Part 2, Chap. 8, Sect. 10, p. 4.

<sup>173</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 75.

indique que «l'extermination de ces hommes n'était pas motivée *uniquement* par des considérations militaires»<sup>171</sup>.

Il apparaît que la chambre de première instance a exclu que des considérations exclusivement militaires aient été à l'origine du massacre et, à cette fin, s'est fondée sur deux éléments :

- a) aucune distinction n'a été faite entre les militaires et les civils; et
- b) des hommes n'ayant pas l'âge de combattre figuraient parmi les personnes massacrées.

Divers arguments semblent cependant pouvoir relativiser cette conclusion. En ce qui concerne la distinction entre les militaires et les civils, le rapport de Srebrenica cite notamment le fait que des membres du bataillon néerlandais ont parlé de «conflit dans lequel la distinction entre civils et soldats était souvent floue»<sup>172</sup>. Il est possible de comprendre une telle situation si l'on tient compte du concept particulier de défense en RFSY, à savoir la défense dite populaire. Les forces armées y étaient constituées de l'armée régulière et de la défense territoriale, qui comprenait non seulement des hommes en âge de combattre qui ne faisaient pas partie de l'armée régulière, mais également des personnes qui n'entraient pas dans cette catégorie. Le jugement ne fournit aucune information concernant les hommes qui n'étaient pas en âge de porter les armes et qui ont été massacrés. En ce qui concerne les jeunes gens (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 27), il s'agit probablement de grands mineurs, à la différence des «enfants», lesquels ont été déplacés. En pratique, cependant, ces mineurs relèvent bien de la catégorie des appelés dans de nombreux pays (par exemple, à partir de l'âge de seize ans aux Etats-Unis d'Amérique). Pour écarter les considérations militaires, la chambre de première instance s'est également appuyée sur la preuve que «certaines victimes étaient des personnes gravement handicapées, et qu'il ne pouvait donc s'agir de combattants»<sup>173</sup>. Toutefois, on ne trouve mention que d'un seul cas de cette nature (*ibid.*).

En outre, il semble que le raisonnement du Tribunal permette de conclure que les personnes pour lesquelles il a été estimé qu'elles n'entraient pas dans la catégorie des hommes en âge de combattre ne représentaient, elles aussi, qu'une menace militaire légère et non une menace sérieuse. La chambre d'appel a en effet jugé que :

«[s]il est possible que les jeunes et les vieillards *aient été à même de porter les armes*, la chambre de première instance était fondée à conclure qu'ils ne représentaient pas *une menace militaire sérieuse...*» (TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 27; les italiques sont de moi.)

<sup>171</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 26.

<sup>172</sup> Deuxième partie, chap. 8, sect. 10, p. 4.

<sup>173</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 75.

*Secundo*, procreative implications of killings of men of the Srebrenica Muslim community.

*Tertio*, the transfer of women, children and elderly people within their (Bosnian Serb) control to other areas of Muslim-controlled Bosnia. Although “forcible transfer does not constitute in and of itself a genocidal act”<sup>174</sup>, it does not prevent a Trial Chamber from relying on it as evidence of the intentions of the VRS Main Staff.

146. It appears obvious that the intention to destroy Bosnian Muslims in Srebrenica as such is not the only reasonable inference which may be made from the evidence presented. In a case where an inference needs to be drawn it must be the only reasonable inference available in the evidence. *In concreto*, the genocidal intent of the perpetrator of the massacre is not just the only reasonable inference, but to judge by the basis of the Trial Chamber’s conclusion that “the extermination . . . was not driven solely by a military rationale”<sup>175</sup>, and on the basis of the accompanying arguments, it could hardly satisfy even a more flexible standard of proof than proof beyond reasonable doubt. The contention “that the intent in killing the men and boys of military age was to eliminate the community as a whole . . . seems an enormous deduction to make on the basis that men and boys of military age were massacred”<sup>176</sup>.

The approach of the Trial Chamber to the inference in the *Krstić* case, is at odds with the jurisprudence of the Tribunal in the *Jelisić* case (Trial Judgment, paras. 107-108), and the *Brdjanin* case. In that last case, the Trial Chamber concluded, in a way which can be considered a textbook example of the demonstration of the intrinsic requirement of inference that

“The Bosnian Serb forces controlled the territory of the ARK, as shown by the fact that they were capable of mastering the logistic resources to forcibly displace tens of thousands of Bosnian Muslims . . ., resources which, had such been the intent, could have been employed in the destruction of all Bosnian Muslims . . . of the ARK”,

and, therefore,

“the victims of the underlying acts in Article 4 (2) to (c) particularly in camps and detention facilities, were predominantly, although not only, military aged men. This additional factor could militate

<sup>174</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 33.

<sup>175</sup> *Ibid.*, para. 26.

<sup>176</sup> W. Schabas, “Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?”, 25 *Fordham International Law Journal*, 2001, p. 46.

Deuxièmement, les conséquences des meurtres d'hommes de la communauté musulmane de Srebrenica sur la postérité de celle-ci.

Troisièmement, le transfert de femmes, d'enfants et de personnes âgées qui se trouvaient à l'intérieur de leur zone de contrôle (celle des Serbes de Bosnie) vers d'autres régions de la Bosnie sous contrôle musulman. Même si «le transfert forcé ne constitue pas par lui-même un acte génocidaire»<sup>174</sup>, cela n'empêche pas la chambre de première instance de s'en servir comme d'un élément de preuve des intentions de l'état-major de la VRS.

146. Il apparaît évident que l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie à Srebrenica en tant que tels n'est pas la seule conclusion raisonnable qu'il soit possible de tirer des éléments de preuve disponibles. Dans le cas où il faut énoncer une conclusion, il faut que ce soit la seule conclusion raisonnable possible au vu des éléments de preuve. Concrètement, l'intention génocidaire de l'auteur du massacre n'est pas la seule déduction raisonnable; or, à en juger par la conclusion de la chambre de première instance, «l'extermination ... n'était pas motivée uniquement par des considérations militaires»<sup>175</sup> et, compte tenu des arguments avancés, voilà une conclusion dont on peut difficilement dire qu'elle répondrait même à un critère plus souple que celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. «Il semble assez démesuré de conclure qu'en tuant les hommes et les garçons en âge de porter les armes l'intention était d'éliminer la communauté dans son intégralité,... en se fondant sur le fait que des hommes et des jeunes gens en âge de porter les armes ont été massacrés.»<sup>176</sup>

La manière dont la chambre de première instance est parvenue à sa conclusion dans l'affaire *Krstić* diverge nettement des décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Jelisić* (jugement, par. 107-108) et *Brdjanin*. Dans cette dernière affaire, la chambre de première instance, d'une manière qui peut être considérée comme un exemple classique de démonstration de la condition intrinsèque d'une déduction, a conclu que

«les forces des Serbes de Bosnie contrôlaient le territoire de la région autonome de Krajina (RAK), comme l'a démontré le fait qu'elles étaient en mesure de gérer les ressources logistiques pour déplacer par la force des dizaines de milliers de Musulmans de Bosnie..., ressources qui, si telle avait été l'intention, auraient pu être utilisées pour détruire tous les Musulmans de Bosnie ... de la RAK»,

et que, par conséquent,

«les victimes des actes énumérés à l'article 4 2) jusqu'à l'alinéa c), en particulier dans les camps et centres de détention, étaient essentiellement des hommes en âge de combattre mais pas seulement. Cet élé-

<sup>174</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

<sup>175</sup> TPIY, *ibid.*, par. 26.

<sup>176</sup> W. Schabas, «Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001, p. 46.

further against the conclusion that the existence of genocidal intent is the only reasonable inference that may be drawn from the evidence.”<sup>177</sup>

147. The Tribunal’s conclusion according to which the killings of men in Srebrenica bear serious procreative implications for the Bosnian Muslim community, since that destruction “would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica”<sup>178</sup> through the fact that “their spouses are unable to remarry and, consequently, to have new children”<sup>179</sup> seems highly doubtful from the legal standpoint.

It might also be said that “the physical disappearance of the Bosnian Muslim population at Srebrenica”<sup>180</sup> by itself does not and can not mean physical destruction. This is independently of the legal arguments, that is, as witnessed by the undeniable fact of life — that the Bosnian Muslim community in Srebrenica reconstituted itself after the conclusion of the Dayton Agreement.

148. As regards the transfer of women, children and older persons, the evidence of the transfer cannot serve as a proper basis for the inference of genocidal intent, since, according to the finding of the Tribunal itself, it “does not constitute in and of itself a genocidal act”<sup>181</sup>. True, the Trial Chamber treated the transfer as supporting its finding that “some members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica”<sup>182</sup>. On this point, the general approach of the Tribunal seems expansionist in comparison with the spirit and text of the Genocide Convention. The factual basis for the inference of genocidal intent should, in principle, consist of physical acts which are capable, objectively, of producing genocidal effects. The physical acts which do not have this capacity, such as, *exempli causa* the act of transfer, may only support the inference of genocidal intent already made or confirm its existence. Otherwise, the evidence of transfer should be implicitly treated as evidence of the destruction of the targeted parts of the protected group, which would in fact mean admitting — although by the back door — forcible transfer as an underlying act under Article II of the Genocide Convention. *In concreto*, and bearing in mind the killings of predominantly military aged men in Srebrenica, this does not permit the inference of genocidal intent as the only reasonable inference, relying on the evidence of transfer which transcends the permitted limits of supportive evidence tending to cure its evidential shortcomings

<sup>177</sup> ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, Trial Judgment, paras. 978-979.

<sup>178</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 595.

<sup>179</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 28.

<sup>180</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 595.

<sup>181</sup> ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, para. 519; ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 33.

<sup>182</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Judgment, para. 33.

ment supplémentaire pourrait jouer encore contre la conclusion selon laquelle l'existence de l'intention génocidaire est la seule déduction raisonnable pouvant être tirée des éléments de preuve soumis.»<sup>177</sup>

147. La conclusion du Tribunal, selon laquelle les meurtres d'hommes à Srebrenica ont de graves conséquences pour la postérité de la communauté musulmane de Bosnie, puisque cette destruction «entraînerai[t] inévitablement la disparition physique de la population musulmane de Bosnie à Srebrenica»<sup>178</sup> en empêchant leurs épouses de se remarier et donc d'avoir d'autres enfants<sup>179</sup>, paraît extrêmement incertaine du point de vue juridique.

On pourrait également dire que «la disparition physique de la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica»<sup>180</sup> ne signifie pas et ne peut pas signifier, en soi, la destruction physique. Indépendamment des arguments de caractère juridique, l'indéniable réalité témoigne de ce que la communauté musulmane de Bosnie à Srebrenica s'est reconstituée après la conclusion de l'accord de Dayton.

148. En ce qui concerne le transfert des femmes, enfants et personnes âgées, la preuve du transfert ne peut servir de véritable substrat pour déduire l'intention génocidaire, puisque, suivant la conclusion du Tribunal lui-même, ce transfert «ne constitue pas en soi un acte génocidaire»<sup>181</sup>. En effet, la chambre de première instance a utilisé le transfert pour étayer sa conclusion, qui est que «des membres de l'état-major principal de la VRS avaient l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie vivant à Srebrenica»<sup>182</sup>. Sur ce point, le Tribunal semble avoir une conception large comparée à l'esprit et à la lettre de la convention sur le génocide. Le substrat factuel permettant de déduire l'intention génocidaire devrait, en principe, consister en actes matériels susceptibles, objectivement, de produire des effets génocidaires. Les actes matériels qui ne peuvent avoir de tels effets, comme l'acte de transfert, ne peuvent qu'étayer la conclusion de l'intention génocidaire qui a déjà été adoptée ou confirmer son existence. Dans le cas contraire, la preuve du transfert serait traitée implicitement comme une preuve de la destruction des parties visées du groupe protégé, ce qui reviendrait en fait, bien que de manière déguisée, à considérer le transfert forcé comme un acte sous-jacent au regard de l'article II de la convention sur le génocide. Concrètement, et en tenant compte de ce que les meurtres, à Srebrenica, ont concerné essentiellement des hommes en âge de porter les armes, il n'est pas permis de conclure à l'intention génocidaire comme la seule déduc-

<sup>177</sup> TPIY, *Le procureur c. Brdjanin*, chambre de première instance, par. 978-979.

<sup>178</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

<sup>179</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 28.

<sup>180</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 595.

<sup>181</sup> TPIY, *Le procureur c. Stakić*, jugement, par. 519; TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

<sup>182</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, arrêt, par. 33.

for the purpose of inferring genocidal intent or, even, as a substitute for it.

Physical acts which *per se* are not capable of producing genocidal effects, even if motivated by the intent to destroy a protected group, legally represent no more than an improper attempt distinguishable from the attempt to commit genocide in terms of Article III of the Convention and which may be understood as “action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person’s intentions”<sup>183</sup>.

149. These means may not be placed on a par with the act of “serious bodily or mental harm” in the sense of Article II of the Convention. Being different by their very nature — some of them including the *actus reus* of the crimes against humanity (inhuman treatment, deportation) while others are distinct international offences (torture, rape) — they are methods which may produce “serious bodily or mental harm” rather than an act in the normative sense. In that respect, “serious bodily or mental harm” appears as a result of the methods or means applied, and not as an act *per se*. In other words, it should be viewed “on the bases of intent and the possibility of implementing this intent by the harm done”<sup>184</sup>.

150. The construction of genocide as regards the Srebrenica massacre made by the ICTY in the *Krstić* and the *Blagojević* cases (the latter Judgment being appealable), is based on erroneous reasoning.

In the case of Srebrenica it has not been proved that there existed a genocidal plan, either local or regional, that would be considered effected by the committed massacre. Therefore, the Trial Chambers attempted to find alleged genocidal intent in the form of inference from the facts presented.

It appears, however, that the procedure of inference has not been followed *lege artis*, by respecting inherent requirements which inference as such necessarily implies. The substratum from which special intent may be inferred must satisfy with respect to its components the relevant standards, both quantitative and qualitative.

As far as qualitative conditions are concerned, the inferential substratum must consist of acts capable in objective terms of producing genocidal effects or being constitutive of genocide.

It seems obvious, even in the jurisprudence of the Tribunal, that transfer of women, children and elderly *per se* does not possess such genocidal

<sup>183</sup> Article 25 (3) (f) of the Statute of the ICC.

<sup>184</sup> N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.

tion raisonnable en s'appuyant sur la preuve du transfert, laquelle transcenderait les limites permises pour être considérée comme corroborante en cherchant à remédier à une valeur probante insuffisante aux fins de déduire l'intention génocidaire ou même de s'y substituer.

Les actes matériels qui, en soi, ne sont pas en mesure de produire des effets génocidaires, même s'ils sont motivés par une intention de détruire un groupe protégé, ne représentent juridiquement rien de plus qu'une tentative manquée que l'on peut distinguer de celle de commettre un génocide prévue à l'article III de la Convention, à savoir «des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de [l]a volonté [de l'individu qui agit]»<sup>183</sup>.

149. Ces moyens ne peuvent pas être assimilés à une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» au sens de l'article II de la Convention. Différents par leur nature même — certains d'entre eux comprennent l'*actus reus* des crimes contre l'humanité (traitement inhumain, déportation) tandis que d'autres sont des crimes internationaux distincts (torture, viol) —, ces moyens, même s'ils peuvent produire une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale», ne constituent pas un acte répondant à la définition de la Convention. A cet égard, une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale» apparaît comme un résultat des méthodes ou des moyens appliqués et non comme un acte en soi. C'est-à-dire qu'on devrait le considérer «sur les bases de l'intention et de la possibilité d'appliquer cette intention au dommage causé»<sup>184</sup>.

150. L'interprétation du génocide en ce qui concerne le massacre de Srebrenica, que le TPIY a exposée dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* (le dernier jugement n'étant pas définitif), est fondée sur un raisonnement erroné.

Dans le cas de Srebrenica, l'existence d'un plan de génocide, que ce soit à l'échelle locale ou à l'échelle régionale, dont le massacre une fois commis constituerait la mise en œuvre, n'a pas été démontrée. Par conséquent, les chambres de première instance ont tenté de retenir l'intention génocidaire alléguée en la déduisant des faits présentés.

Il apparaît cependant que le processus de déduction n'a pas été appliqué *lege artis*, à savoir qu'il n'a pas respecté les conditions intrinsèques que l'exercice de déduction proprement dit impose nécessairement. Le substrat à partir duquel il est possible de déduire l'intention spécifique doit respecter intrinsèquement les normes applicables tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

En ce qui concerne les conditions qualitatives, le substrat doit consister en actes en mesure de produire, au sens objectif, des effets génocidaires ou d'être constitutifs de génocide.

Il semble évident, même dans la jurisprudence du Tribunal, que le transfert des femmes, des enfants et des personnes âgées n'a pas en soi

<sup>183</sup> Article 25 (par. 3, al. f)) du Statut de la CPI.

<sup>184</sup> N. Robinson, *op. cit.*, p. 18.



capacity. In fact, the transfer has served to the Trial Chamber as a subsidiary source for inference of genocidal intent, as the result of the fact that “killings” as primary source of inference have not been sufficient and credible source in that regard. Namely, it appears that both the scope and the object of killing allow only the interpretation expressed in the *Krstić* case that “selective genocide” took place, a notion which, in the light of the requirements established in Article II of the Convention, represents no more than *contradictio in adjecto*.

“Selective genocide”, being essentially non-genocide, has been turned into genocide by means of construction of the genocidal intent from sources other than killings, i.e., those consisting of acts which are not constitutive of genocide.

Thus constructed, genocidal intent is then taken as determinable as regards the nature of acts like forced displacement and the loss suffered by survivors (*Krstić*, Trial Judgment, para. 543; *Blagojević*, Trial Judgment, paras. 644, 654), which the majority takes as “the *actus reus* of causing serious bodily or mental harm”, as defined in Article II (*b*) of the Convention (Judgment, para. 290).

Such a procedure may be considered as impermissible. Deduction of genocidal intent from acts which *per se* cannot have genocidal effects and, as such, cannot be considered as acts in terms of Article II of the Convention, inevitably leads to the watering down of the notion of genocide as established by the Convention<sup>185</sup>.

Acts incapable of producing genocidal effects may have only confirmatory or supportive effects in relation to the already established genocidal intent.

As regards the Srebrenica massacre, the ICTY has, in effect, by inferring alleged genocidal intent from an improper substratum, transformed possible confirmatory or supportive effects of inference from such a substratum into constitutive effects. In a word, the ICTY resorted to a construction instead of inference of genocidal intent.

Even if, hypothetically, genocidal intent in Srebrenica were proved, it would be possible to speak rather of an attempt to commit genocide than of genocide itself.

It appears that the Trial Chamber proceeded from the distinction that is untenable as regards the nature of ethnic cleansing. Even though it holds *expressis verbis* that ethnic cleansing cannot be equated with genocide, it uses it as a substratum for inference of genocidal intent.

<sup>185</sup> William A. Schabas, “Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 25 *Fordham International Law Journal* (2001), pp. 45-46.

cette capacité génocidaire. En réalité, le transfert a été utilisé comme source d'information subsidiaire par la chambre de première instance pour déduire l'intention génocidaire, compte tenu du fait que les «meurtres», en tant que source primaire d'une telle conclusion, n'étaient pas une source suffisante et qu'ils ne constituaient pas non plus une source crédible à cet égard. En l'occurrence, il semble que tant l'étendue que l'objet des meurtres ne peuvent donner lieu qu'à l'interprétation énoncée dans l'affaire *Krstić*, à savoir celle du «génocide sélectif», notion qui, au vu des conditions de l'article II de la Convention, ne représente rien d'autre qu'une *contradictio in adjecto*.

«Le génocide sélectif», qui est par nature non génocidaire, l'est devenu par le biais de l'interprétation de l'intention génocidaire à partir d'autres sources que celle des meurtres, c'est-à-dire d'actes qui ne sont pas constitutifs de ce crime.

Suivant cette interprétation, l'intention génocidaire est alors considérée comme démontrable en ce qui concerne la nature d'actes comme le déplacement forcé et les pertes subies par les survivants (*Krstić*, jugement de première instance, par. 543; *Blagojević*, jugement de première instance, par. 644, 654), actes que la majorité considère comme «l'élément matériel d'atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale» au sens du *litt. b)* de l'article II de la Convention (par. 290 de l'arrêt).

Un tel processus ne saurait être admis. Déduire une intention génocidaire d'actes qui ne peuvent avoir en soi des effets génocidaires et qui, comme tels, ne peuvent être considérés comme des actes au sens de l'article II de la Convention, conduit inévitablement à affaiblir la notion de génocide telle qu'elle est établie par la Convention<sup>185</sup>.

Des actes incapables de produire des effets génocidaires ne peuvent que corroborer ou étayer une intention génocidaire déjà établie.

En ce qui concerne le massacre de Srebrenica, le TPIY a, en quelque sorte, en déduisant l'intention génocidaire alléguée à partir d'un substrat erroné, transformé d'éventuels effets corroborant ou étayant la déduction tirée à partir d'un tel substrat en effets constituant cette déduction. Bref, le TPIY a eu recours à l'interprétation au lieu de déduire l'intention génocidaire.

Même si, par hypothèse, l'intention génocidaire avait été prouvée à Srebrenica, il serait possible de parler plutôt de tentative de commettre un génocide plutôt que de génocide proprement dit.

Il s'avère que la chambre de première instance a procédé à partir d'une distinction insoutenable au regard de la nature du nettoyage ethnique. Même si elle a jugé *expressis verbis* que le nettoyage ethnique ne saurait être comparé au génocide, elle l'utilise comme substrat pour déduire l'intention génocidaire.

<sup>185</sup> William A. Schabas, «Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Fordham International Law Journal*, vol. 25, 2001, p. 45-46.

1.6. *The true legal meaning of the Judgments of the ICTY in the Blagojević and Krstić cases*

151. General Krstić was sentenced for complicity in genocide.

By its very nature, complicity in genocide is an accessory offence. Complicity as such is not a cause of consequences, and of acts committed after them, but just a condition, or one of the conditions for them.

The Genocide Convention draws a clear distinction between genocide and complicity in genocide. That distinction is strictly made in Articles III, IV, V, VI, VII and VIII by the use of the formula “genocide and . . . other acts enumerated in Article III”. The expression “acts of genocide” occurs only in Article VIII, indicating that the expression refers to the five subparagraphs of Article II, and not to the “other acts” defined in Article III<sup>186</sup>. Being of a qualitative nature, the distinction between genocide and complicity in genocide implies that they are mutually exclusive.

In the absence of a perpetrator of genocide as the principal crime, General Krstić was, in fact, condemned for complicity in the act of killing and not of genocide as such.

True, the act of killing is one of the acts determined by Article II of the Convention as constituting the *actus reus* of genocide in the normative sense, but an act which constitutes a crime of extermination or a war crime.

152. False in that the sense of the criminal law is one thing, and that of international crime is another.

The perception that equates a criminal wrong with a crime essentially reduces the notion of crime to illegality as an objective element of crime.

However, the notion of crime is based on a symbiosis of two elements — objective, in terms of illegality of a concrete act or omission, and subjective, in terms of individualized, personalized guilt. The notion of crime thus exists as the result of a linkage of wrong and individualized guilt. Such a concept of crime is common heritage in modern criminal laws on which is also based the very categorization of criminal law. In the matter of international criminal law, for instance, without a subjective element in various forms that a guilty mind may assume, it is not possible to draw a proper distinction between genocide, crime against humanity and war crime. Even in crimes of strict liability a subjective element is necessary applied in the form of absolute presumption of guilt.

International crime implies an accumulation of several components, one of them being a perpetrator of a crime. As the ICTY repeatedly stated:

“In order to establish individual criminal responsibility for planning, instigating, ordering and otherwise aiding and abetting in the

<sup>186</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 155.

1.6. *Le véritable sens juridique des décisions du TPIY dans les affaires Blagojević et Krstić*

151. Le général Krstić a été condamné pour complicité de génocide.

De par sa nature même, la complicité dans le génocide est un crime accessoire. La complicité en tant que telle ne produit pas de conséquences ni d'actes leur faisant suite, c'est juste une condition ou l'une des conditions qui les favorise.

La convention sur le génocide établit une nette distinction entre le génocide et la complicité dans le génocide. Cette distinction est faite de manière stricte aux articles III, IV, V, VI, VII et VIII, avec la formule «le génocide et ... autres actes énumérés à l'article III». L'expression «actes de génocide» n'apparaît qu'à l'article VIII, indiquant que l'expression renvoie aux cinq alinéas de l'article II et non aux «autres actes» définis à l'article III<sup>186</sup>. De nature qualitative, la distinction entre génocide et complicité dans le génocide implique que ces deux notions s'excluent mutuellement.

En l'absence d'un auteur de génocide en tant que crime principal, le général Krstić a en réalité été condamné pour complicité de meurtres et non de génocide comme tel.

En effet, le meurtre est l'un des actes définis à l'article II de la Convention comme constituant l'*actus reus* du génocide au sens normatif, mais c'est un acte qui constitue un crime d'extermination ou bien un crime de guerre.

152. Un acte répréhensible au sens du droit pénal existe en tant que tel, le crime international est autre chose.

L'analyse qui assimile l'acte répréhensible à un crime réduit essentiellement la notion de crime à l'illicéité en tant qu'élément objectif du crime.

Quoi qu'il en soit, la notion de crime est fondée sur l'association de deux éléments — l'un, objectif, consistant dans l'illicéité d'un acte concret ou d'une omission, et l'autre, subjectif, constitué par la culpabilité personnalisée et personnalisée. La notion de crime existe donc comme le résultat d'un lien entre acte illicite et culpabilité personnalisée. Une telle notion constitue un patrimoine commun dans la législation moderne en matière pénale et fonde également les catégories proprement dites du droit pénal. En matière de droit pénal international, par exemple, sans un élément subjectif sous les différentes formes que peut prendre une intention criminelle, il n'est pas possible de faire une véritable distinction entre le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Même en ce qui concerne les crimes relevant de la responsabilité objective, il existe nécessairement un élément subjectif sous la forme d'une présomption absolue de culpabilité.

Le crime international implique une accumulation de plusieurs éléments, parmi lesquels l'existence d'un auteur du crime. Comme le TPIY l'a souvent indiqué:

«Afin d'établir la responsabilité pénale individuelle pour avoir planifié, incité à commettre, ordonné ou de toute autre manière aidé et

<sup>186</sup> W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 155.

planning and preparation of a crime, referred to in Articles 2 to 5 of the Statute, *proof is required that the crime in question has actually been committed by the principal offender(s).*<sup>187</sup>

The concrete finding of the Tribunal is *a fortiori* valid for crimes characterized by special intent, such as genocide. Without the perpetrator as a person with a mind guilty of the destruction of an ethnic, national, religious or racial group, it is legally impossible to talk about genocide as committed crime.

The guilt is a subjective element without which there is no crime in the legal sense. The very act is not *per se* sufficient to constitute a crime; it is merely a strong indication of its existence.

As a criminal act does not exist without a perpetrator, so the guilt, as indispensable element of a crime, does not exist in legal terms as abstract, non-individualized guilt. That is the substance of the notion of individual criminal responsibility. As a rule, the physical act, violating criminal law norms, transcends into a crime by fulfilment of the subjective requirement, i.e., the guilty mind of a perpetrator. Without guilt properly established in regard to the person or group of persons, it represents criminal wrong (*Unrecht; illicite criminel*) only.

153. General Krstić was convicted as part of a “joint criminal enterprise”. In the absence of a genocidal plan until the days immediately preceding the killing, as the Trial Chamber found, General Krstić “could only surmise that the original objective of ethnic cleansing by forcible transfer had turned into a lethal plan to destroy the male population of Srebrenica”<sup>188</sup>.

Some observations seem to be of crucial importance here.

The notion of “joint criminal enterprise” being based on the natural and foreseeable consequences of the particular act, by its nature belongs to a negligence-type offence hardly reconcilable with the most serious crimes, especially genocide characterized essentially by special intent. As such joint criminal enterprise “is a form of anti-social behaviour judged by a different yardstick than those who commit crimes with malice and premeditation”<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgment, para. 473; ICTY, *Prosecutor v. Blaskić*, Trial Judgment, para. 278; ICTY, *Prosecutor v. Kordić*, Trial Judgment, para. 386; ICTY, *Prosecutor v. Stakić*, Trial Judgment, para. 445; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Appeals Judgment, para. 229; ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Judgment, para. 164; ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Judgment, para. 235; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević*, Trial Judgment, para. 70; ICTY, *Prosecutor v. Naletilić*, Trial Judgment, para. 63; ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Trial Judgment, para. 161; emphasis added.

<sup>188</sup> ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, Trial Judgment, para. 622.

<sup>189</sup> W. Schabas, “*Mens rea* and the ICTY”, 37 *New England Law Review*, 2003, p. 1033.

encouragé la planification et la préparation d'un crime visé aux articles 2 à 5 du Statut, *il faut prouver que le crime en question a effectivement été commis par l'auteur principal (ou les auteurs principaux).*<sup>187</sup>

La conclusion concrète du Tribunal est à fortiori valable pour les crimes caractérisés par une intention spécifique comme le génocide. Sans auteur en tant que personne ayant l'intention criminelle de détruire un groupe ethnique, national, religieux ou racial, il est tout simplement impossible juridiquement de parler de génocide comme d'un crime commis.

La culpabilité est un élément subjectif sans lequel il n'existe pas de crime au sens juridique. L'acte même n'est pas en soi suffisant pour constituer un crime; il s'agit juste d'une solide indication de son existence.

De même qu'un acte criminel n'existe pas en l'absence d'un auteur, la culpabilité, comme élément indispensable d'un crime, n'existe pas juridiquement en tant que culpabilité abstraite, non personnifiée. Elle est la substance de la notion de responsabilité pénale individuelle. L'acte matériel, qui viole une norme juridique pénale, se transforme, en principe, en crime lorsque la condition subjective est remplie, à savoir l'intention criminelle d'un auteur, mais si la culpabilité n'est pas véritablement établie à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, il ne représente qu'un acte répréhensible au sens du droit pénal (*Unrecht*, acte illicite).

153. Le général Krstić a été déclaré coupable de participation à une «entreprise criminelle commune». L'absence de plan visant à perpétrer un génocide jusqu'aux jours qui ont immédiatement précédé le massacre n'a pas empêché la chambre de première instance de juger que le général Krstić «se doutait forcément que l'objectif originel de nettoyage ethnique par le transfert forcé s'était mué en un projet meurtrier, celui d'en finir une fois pour toutes avec la population masculine de Srebrenica»<sup>188</sup>.

Formuler quelques observations semble, sur ce point, d'une importance cruciale.

Comme la notion d'«entreprise criminelle commune» est fondée sur les conséquences naturelles et prévisibles d'un acte particulier, elle relève de par sa nature de la catégorie des infractions de négligence difficilement conciliable avec les crimes les plus graves, en particulier le génocide, essentiellement caractérisé par son intention spécifique. En tant que telle, «[i]l s'agit plutôt d'une forme de comportement antisocial jugé d'après un critère différent de ceux qui caractérisent les crimes avec intention criminelle et préméditation»<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> TPIR, *Le procureur c. Akayesu*, jugement, par. 473; TPIY, *Le procureur c. Blaskić*, jugement, par. 278; TPIY, *Le procureur c. Kordić*, jugement, par. 386; TPIY, *Le procureur c. Stakić*, jugement, par. 445; TPIY, *Le procureur c. Tadić*, arrêt, par. 229; TPIY, *Le procureur c. Aleksovski*, arrêt, par. 164; TPIY, *Le procureur c. Furundžija*, jugement, par. 235; TPIY, *Le procureur c. Vasiljević*, jugement, par. 70; TPIY, *Le procureur c. Nalčević*, jugement, par. 63; TPIY, *Le procureur c. Simić*, jugement, par. 161; les italiennes sont de moi.

<sup>188</sup> TPIY, *Le procureur c. Krstić*, jugement, par. 622.

<sup>189</sup> W. Schabas, «*Mens rea and the ICTY*», *New England Law Review*, vol. 37, 2003, p. 1033.

What is more important *in casu*, the notion of “joint criminal enterprise” obviously does not belong to the law of genocide established by the Convention. The punishable acts other than genocide enumerated exhaustively in Article III of the Genocide Convention do not comprise a “joint criminal enterprise”. All of them expressing the requirement in the *chapeau* of Article II rest on a subjective standard of the assessment of *mens rea*. In contrast, the “joint criminal enterprise” implies rather an objective standard framed in terms of reasonableness more appropriate to vicarious civil responsibility than to criminal liability. Moreover, it is not enumerated as a form of participation in Article 7 (1) of the ICTY Statute, being, in fact, a creation of judges of the ICTY<sup>190</sup> perhaps disregarding the principle *nullum crimen nulla poena sine lege*. Its effects amount to an expansion of the *mens rea* element of the crime of genocide with dangerous consequences.

As emphasized by the Trial Chamber (Judges May, Bennouna and Robins) in the *Kordić* Judgment:

“Stretching notions of individual *mens rea* too thin may lead to the imposition of criminal liability on individuals for what is actually guilt by association, a result that is at odds with the driving principles behind the creation of this International Tribunal.”<sup>191</sup>

The dangers of “guilt by association” were diagnosed by the Tribunal in its first Annual Report. The Tribunal held that it may lead to “collective responsibility” as a primitive and archaic concept meaning that the “whole group will be held guilty of massacres, torture, rape, ethnic cleansing, the wanton destruction of cities and villages”. And history shows “that clinging to feelings of ‘collective responsibility’ easily degenerates into resentment, hatred and frustration and inevitably leads to further violence and new crimes”<sup>192</sup>.

(Signed) Milenko KREĆA.

<sup>190</sup> ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Judgment, paras. 199-226; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Trial Judgment, para. 190.

<sup>191</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kordić*, Trial Judgment, para. 219.

<sup>192</sup> Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991, *Official Records of the General Assembly/Security Council, Forty-ninth Session/Forty-ninth Year*, United Nations doc. A/49/342-S/1994/1007, para. 16.

Le plus important en l'espèce est que la notion d'«entreprise criminelle commune» n'appartient manifestement pas au droit du génocide établi par la Convention. L'«entreprise criminelle commune» ne figure pas parmi les actes punissables, autres que le génocide, qui sont énumérés de manière exhaustive à l'article III de la Convention sur le génocide. La totalité de ces actes exprimant la condition énoncée dans l'intitulé de l'article II est basée sur un critère subjectif de l'appréciation de la *mens rea*. Par opposition, l'«entreprise criminelle commune» implique plutôt un critère objectif formulé en fonction du caractère raisonnable mieux adapté à la responsabilité civile du fait d'autrui qu'à la responsabilité pénale. En outre, elle ne figure pas, comme forme de participation, au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut du TPIY, étant, en fait, une création des juges du TPIY<sup>190</sup> peut-être au mépris du principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. Ses effets reviennent à élargir la *mens rea* du crime de génocide, avec de dangereuses conséquences.

Comme l'a souligné la chambre de première instance (les juges May, Bennouna et Robins) dans le jugement qu'elle a rendu en l'affaire *Kordić*:

«Une conception trop large de la notion de *mens rea* pourrait mener à imputer à des individus une pleine responsabilité pénale pour ce qui ne relève en réalité que d'une «culpabilité par association», ce qui est contraire aux principes fondateurs de ce Tribunal international.»<sup>191</sup>

Les dangers de la «culpabilité par association» ont été présentés par le Tribunal dans son premier rapport annuel. Le Tribunal a estimé qu'elle pouvait conduire à une «responsabilité collective» sous forme de concept primitif et archaïque signifiant qu'«on tiendra des groupes entiers pour coupables d'avoir massacré, torturé et violé, d'avoir procédé au nettoyage ethnique et d'avoir détruit aveuglément villes et villages». Et l'histoire montre que, «si l'on s'accroche à ces idées de «responsabilité collective», cela dégénère facilement en rancune, en haine et en frustration et conduit inévitablement à un regain de violences et de crimes»<sup>192</sup>.

(Signé) Milenko KREĆA.

<sup>190</sup> TPIY, *Le procureur c. Furundžija*, jugement, par. 199-226; TPIY, *Le procureur c. Tadić*, jugement, par. 190.

<sup>191</sup> TPIY, *Le procureur c. Kordić*, jugement, par. 219.

<sup>192</sup> Rapport du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, *GAOR/SCOR*, quarante-neuvième session, Nations Unies, doc. A/49/342-S/1994/1007, 1994, par. 16.