

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MAHIU

1. *Le déroulement de la procédure et ses incidences — Le comportement du défendeur et l'accès à la Cour — Chronologie des événements — Analyse de la conduite du défendeur — Les déclarations unilatérales du défendeur et leurs implications sur ses obligations conventionnelles et son statut aux Nations Unies — Le problème de l'acquiescement et de l'estoppel — Les incidences du comportement du défendeur et la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.*

2. *La responsabilité des Etats au regard de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — Contenu et portée des travaux préparatoires — Le problème de l'inclusion de la responsabilité des Etats pour actes de génocide — La reconnaissance d'une responsabilité civile des Etats — Le lien entre la convention sur le génocide et les règles du droit international de la responsabilité.*

3. *Le problème des preuves en matière de génocide — La charge de la preuve — Les critères qu'il convient de retenir — L'apport de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et particulièrement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie — Les pouvoirs de la Cour — Article 49 du Statut et article 62 du Règlement — Critique de la position de la Cour qui refuse de mettre en œuvre les pouvoirs dont elle dispose en matière de preuve.*

4. *L'intention dans le crime de génocide — Définition de l'élément intentionnel — Détruire en tout en partie un groupe comme tel — Détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux — Destruction totale ou partielle des Musulmans de Bosnie-Herzégovine — Définition positive ou négative du groupe — Pertinence de l'application au cas d'espèce — Preuve et déduction de l'intention génocidaire — Intention des auteurs des actes de génocide — Intention génocidaire ou connaissance d'une telle intention pour les complices — La politique de nettoyage ethnique et ses liens avec le génocide — L'apport de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux.*

5. *L'imputabilité de la responsabilité du crime de génocide au défendeur — La responsabilité du défendeur pour les actes commis par ses organes de jure — La responsabilité du défendeur pour les actes de la Republika Srpska considérés comme organes de facto du défendeur — La responsabilité du défendeur pour les actes de la Republika Srpska en raison du contrôle exercé sur eux par le défendeur — La responsabilité du défendeur pour incitation et entente en vue de commettre un génocide — La responsabilité du défendeur pour complicité de génocide.*

TABLE DES MATIERES

	Page
Introduction	2
I. Le déroulement de la procédure et ses incidences	4
A. L'incidence du comportement du défendeur et l'accès à la Cour	5
1. Chronologie	5
2. Analyse de la conduite du défendeur	7
a) <i>Les implications de la déclaration unilatérale de la RFY se considérant Membre de l'Organisation des Nations Unies en tant que continuateur de l'ex-RFSY</i>	7
b) <i>Le problème de l'acquiescement et de l'estoppel</i>	7

B. L'incidence du comportement du défendeur et la convention sur le génocide	10
1. Chronologie.....	10
2. Analyse de la conduite du défendeur	10
II. La responsabilité des Etats au regard de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	18
A. L'examen des travaux préparatoires de la convention sur le génocide	20
B. La nature de la responsabilité des Etats.....	22
III. Le problème des preuves	24
IV. Le problème de l'intention dans le crime de génocide	31
A. L'élément intentionnel	32
1. Détruire en tout ou en partie un groupe comme tel.....	34
2. Un groupe national, ethnique, racial ou religieux	35
B. La déduction de l'intention génocidaire.....	37
1. La preuve de l'élément intentionnel.....	37
2. Le nettoyage ethnique	38
3. La jurisprudence du TPIY	40
V. Le problème de l'imputabilité au défendeur de la responsabilité pour actes de génocide	42
A. La responsabilité du défendeur pour les actes commis par ses organes <i>de jure</i>	42
B. La responsabilité du défendeur pour les actes des organes de la Republika Srpska	45
1. Les organes de la Republika Srpska considérés comme des organes <i>de facto</i> du défendeur.....	45
2. Le contrôle exercé par le défendeur sur les organes de la Republika Srpska.....	50
C. La responsabilité du défendeur pour les autres actes liés au génocide.....	52
D. L'aide ou l'assistance du défendeur pour la commission du génocide	54

*

* *

INTRODUCTION

1. Par-delà le terrible drame qu'elle représente — puisque les Parties en cause admettent qu'environ 100 000 personnes ont péri dans des conditions généralement très cruelles auxquelles s'ajoutent des séquelles physiques et psychologiques d'une ampleur indicible — l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* est sans doute l'affaire la plus importante, la plus complexe et la plus difficile soumise à la Cour internationale de Justice. Elle s'est déjà singularisée sur le plan procédural, car cela fait maintenant quatorze ans que l'affaire est devant la Cour et les débats sur le fond n'ont cessé d'être retardés par un combat de procédure sans égal ; toutes les ressources possibles et imaginables ont été mises en œuvre et exploitées au-delà même de ce que le Statut de la Cour pouvait légitimement offrir ; il apparaît donc opportun de revenir sur le

déroulement de la procédure et le comportement du défendeur. Elle se singularise également par le volume des écritures, des plaidoiries et des témoignages. Elle se singularise surtout par le fait que c'est la première fois que la Cour est saisie pour se prononcer sur l'accusation de génocide et ses conséquences, le génocide étant considéré comme le plus terrible des crimes que l'on puisse imputer aussi bien à un individu qu'à un Etat comme en l'espèce. Cette affaire permet à la Cour de mettre en œuvre la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et d'en interpréter la plupart des dispositions dont certaines ont suscité d'importants débats sur la signification et la portée qu'il convenait de leur donner¹. Au demeurant, c'est en évoquant le génocide dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* que la Cour est sortie de ses hésitations et réserves à l'égard du *jus cogens*, en déclarant expressément que la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 31-32, par. 64).

2. L'importance, la complexité et la difficulté concernent aussi et surtout le fond de l'affaire comme le montre d'ailleurs la longueur de l'arrêt de la Cour dont la plupart des développements pourraient appeler des observations afin d'exprimer l'accord ou le désaccord concernant tel ou tel aspect des constats faits, du raisonnement adopté et des conclusions auxquelles elle est parvenue. Il ne m'a pas semblé opportun ou pertinent d'aller dans ce sens ; à mon humble avis, l'opinion d'un juge, même si elle est dissidente, n'a pas pour objet de s'engager dans des développements substantiels excessivement longs, de procéder à un réexamen et à une réévaluation de chacun des points abordés par la Cour et de reconstruire en quelque sorte un autre arrêt ; il s'agit plutôt de mettre l'accent sur quelques points fondamentaux de la démarche de la Cour pour indiquer les motifs de fait et de droit qui font que l'on peut adhérer ou ne pas adhérer à tout ou partie de son argumentation et de ses conclusions. Il me semble notamment que cette affaire de génocide, par la nouveauté et la singularité des problèmes posés devant la Cour, a révélé non seulement des insuffisances dans la démarche retenue mais peut-être aussi les limites de l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. Alors même que la Cour s'estime pleinement apte à trancher toutes les questions difficiles et complexes entourant une allégation de crime de génocide, elle n'a pas entendu se donner réellement les moyens d'accomplir cette mission. La présente opinion a essentiellement pour but, d'une part, de faire état de la manière dont je vois certains aspects des problèmes évoqués par la Cour même lorsque je ne suis pas en désaccord avec les solutions retenues, d'autre part, d'indiquer et d'expliquer, avec tout le respect que je dois à la Cour, les points de désaccord sur l'approche qu'elle a retenue dans l'accomplissement de sa fonction judiciaire et sur les principales conclusions auxquelles elle est parvenue.

3. Ainsi que je l'ai précisé précédemment, il ne s'agit pas de répondre à toutes les questions que peut légitimement soulever chacun des points traités par la Cour, ni même à la majorité d'entre elles ; la présente opinion se limitera à quelques points saillants qui me paraissent constituer le cœur du problème. Il est vrai, cependant, que beaucoup de questions sont liées plus ou moins fortement l'une à l'autre et que la réponse à l'une d'entre elles induit souvent une réponse, explicite ou implicite, à l'autre ; il peut y avoir de ce fait une économie de moyens dans l'exposé des développements qui suivent et qui concernent respectivement le déroulement de la procédure, la responsabilité des Etats au regard de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le problème des preuves, le problème de l'intention dans le crime de génocide et le problème de l'imputabilité au défendeur du crime de génocide et des actes connexes.

¹ La Cour dément ainsi l'opinion d'un auteur qui a affirmé un peu trop hâtivement ce qui suit : «The Genocide Convention is unnecessary when applicable and inapplicable when necessary» (G. Schwarzenbeger, *International Law*, Vol. 1, 3rd edition, 1957, p. 143).

I. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE ET SES INCIDENCES

4. Bien qu'il appartienne au défendeur de mettre en œuvre toutes les ressources possibles que lui offrent le Statut et le Règlement de la Cour pour faire valoir son point de vue, il me semble utile, dans cette affaire, de revenir sur le déroulement de la procédure car ce déroulement a entraîné la Cour à se prononcer à plusieurs reprises sur sa compétence, après qu'elle se soit reconnue compétente onze années auparavant, en 1996. Dans la mesure où le déroulement de cette procédure a été dominé par les initiatives du défendeur, il est instructif de rappeler son comportement avec toutes les implications qui ont pu en résulter.

5. De 1992 jusqu'à 2000, la République fédérative de Yougoslavie (ci-après RFY) affirmait être le seul Etat «continuateur» de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY), et elle a constamment soutenu être liée par tous les engagements internationaux pris par l'ex-RFSY. Elle se considérait Membre de l'Organisation des Nations Unies, et donc partie au Statut de la Cour et elle n'a d'ailleurs pas manqué d'utiliser le droit d'accès à la Cour que lui confère le Statut. Etat défendeur dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la RFY a contesté la compétence de la Cour mais sur d'autres bases que l'article IX de la convention sur le génocide ; non seulement elle a pris part à la procédure en faisant des demandes en indication de mesures conservatoires en réponses aux demandes déposées par la Bosnie-Herzégovine en 1993 et en soulevant des exceptions préliminaires en 1995, mais elle a déposé des demandes reconventionnelles en 1997. La RFY fut également Etat requérant devant la Cour ; en effet, le 29 avril 1999, elle a introduit dix requêtes à l'encontre des Etats membres de l'OTAN. Enfin, la RFY est défenderesse dans une affaire pendante devant la Cour depuis sa mise en cause par une requête de la Croatie du 2 juillet 1999, pour violation de la convention sur le génocide.

6. En septembre 2000 M. Kostunica remporte les élections présidentielles, et l'opposition démocratique opère un changement de régime en Serbie-et-Monténégro. Le nouveau Gouvernement de la Serbie-et-Monténégro décide alors de changer sa position en ce qui concerne la continuité automatique de la personnalité juridique de l'ex-RFSY, le maintien de la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies, de partie au Statut de la Cour et de partie à la convention sur le génocide. Par conséquent, il a présenté une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies à titre de nouveau Membre, huit ans après les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale l'incitant à le faire. La RFY fut admise à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000. Depuis, elle adopte devant la Cour une attitude complètement différente de celle tenue jusqu'à cette date, en disant avoir découvert *a posteriori* qu'avant le 1^{er} novembre 2000 elle n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies et, par conséquent, qu'elle n'était pas partie au Statut de la Cour, ni partie à la convention sur le génocide. Ainsi, le 23 avril 2001, le défendeur a formé une demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires (établissant la compétence de la Cour sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide), au motif qu'après son admission à l'Organisation des Nations Unies, le 1^{er} novembre 2000, il s'était révélé sans équivoque qu'elle n'était pas partie au Statut de la Cour ni à la convention sur le génocide avant cette date. Le 4 mai 2001 elle a présenté une Initiative à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence dans la présente affaire, où elle se fonde sur les mêmes arguments pour contester la compétence de la Cour. De même dans les plaidoiries orales de 2006, la Serbie-et-Monténégro défend la position qu'elle «n'était pas partie au Statut et n'avait pas qualité pour ester devant la Cour lorsque la requête a été introduite ... le défendeur n'a jamais été lié par l'article IX de la convention sur le génocide. La Serbie-et-Monténégro n'a pas consenti à la compétence de votre éminente Cour en l'espèce.» (CR 2006/12, p. 41.)

7. Rappelons que l'Etat, personne morale, ne voit pas son identité atteinte par la substitution dans la personne et l'orientation de ses gouvernants. Et bien évidemment, le prétoire de la Cour n'est pas ouvert à des gouvernements mais à des Etats. D'autre part, le droit international attache des conséquences juridiques à certaines manifestations de la volonté unilatérale des Etats. Ainsi, la reconnaissance de situation, la notification, l'acquiescement, le comportement d'un Etat dans un procès, sont autant de sources d'obligations pour les Etats dont elles émanent. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice a attaché à plusieurs reprises des conséquences juridiques au comportement des Etats. (*Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J. Recueil 1960*, p. 213, «le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence»); *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), C.I.J. Recueil 1962*, p. 32 («que la Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte».) Si la Cour a déjà eu l'occasion de dire qu'«[i]l est assurément insolite que l'Etat qui a introduit une demande en présentant une requête vienne contester la juridiction de la Cour à laquelle il s'est volontairement adressé» (*Or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire, (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 28.), la Serbie-et-Monténégro est allée bien plus loin et a adopté des positions qui contredisent ce qu'elle avait antérieurement admis, explicitement ou tacitement, dans la présente affaire. Ce changement d'attitude de la Serbie-et-Monténégro concernant la compétence de la Cour, à travers la remise en cause de son appartenance l'Organisation des Nations Unies et de ses obligations vis-à-vis de la convention sur le génocide, soulève de multiples problèmes qui méritent que l'on s'y arrête.

A. L'incidence du comportement du défendeur et l'accès à la Cour

1. Chronologie

8. La RFY a constamment soutenu qu'elle était l'Etat continuateur de l'ex-RFSY et donc Membre de l'Organisation des Nations Unies, situation fort bien décrite par la Serbie-et-Monténégro au cours des plaidoiries de 2006 :

«La position adoptée par l'ancien gouvernement de la RFY a été en substance la suivante : Nous avons gardé le cap. Nous sommes Membre fondateur de l'Organisation des Nations Unies. Nous avons conservé la qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies et de partie aux conventions internationales en assurant la continuité de la personnalité juridique de l'ex-Yougoslavie. Nous sommes toujours le même Etat dont d'autres ont tenté de se séparer (ou se sont séparés). Notre admission à l'Organisation des Nations Unies n'est donc pas en cause, et il est inutile de vérifier si nous remplissons les conditions énoncées à l'article 4 de la Charte, puisque nous n'avons jamais cessé d'être Membre de l'Organisation. En raison du principe de continuité, nous sommes restés Membres de l'Organisation des Nations Unies et avons conservé la qualité de partie aux traités auxquels la RFSY était partie.» (CR 2006/12, p. 53, par. 1.33.)

9. Lors de la proclamation de la République fédérale de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle :

«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.»

L'intention ainsi exprimée par la RFY de respecter les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies (Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I). Dans la présente instance, elle n'a cessé de prendre des initiatives nombreuses et répétées attestant de sa pleine participation. Ainsi :

- le 1^{er} avril 1992 et le 10 août 1993, dans ses observations écrites sur les mesures conservatoires demandées par la Bosnie-Herzégovine, la RFY formule à son tour des demandes en indication de mesures conservatoires ;
- le 26 juin 1995, la RFY soulève des exceptions préliminaires concernant la recevabilité de la requête et la compétence de la Cour, mais aucune de ces exceptions ne concerne la question de l'accès à la Cour, l'acceptation de la RFY de la compétence de la Cour ou son appartenance à la convention sur le génocide ;
- le 23 juillet 1997 la RFY dépose son contre-mémoire dans lequel elle formule des demandes reconventionnelles ;
- le 26 avril 1999, la RFY fait une déclaration reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour ;
- le 29 avril 1999, la RFY dépose des requêtes introductives d'instance contre dix Etats membres de l'OTAN. Dans toutes ces requêtes elle a choisi de fonder la compétence de la Cour sur l'article IX de la convention sur le génocide. Et elle a précisé dans sa demande en indication de mesures conservatoires qu'elle est bien Membre des Nations Unies ;
- le 20 avril 2001, la RFY retire ses demandes reconventionnelles à l'encontre de la Bosnie-Herzégovine.

10. Toutefois, à côté de ces actes de procédure, d'autres initiatives beaucoup plus problématiques vont intervenir. Ainsi, en juin 1999, le membre serbe de la présidence collégiale de Bosnie-Herzégovine, profitant de l'exercice provisoire par rotation de la fonction de président de la présidence de Bosnie-Herzégovine², informe la Cour de deux décisions : la désignation d'un coagent, par une lettre du 9 juin 1999, et l'intention de la Bosnie-Herzégovine de se désister de l'instance contre la RFY, par une lettre du 10 juin 1999 ; ces deux lettres sont adressées à la Cour sans passer par le premier agent qui représentait jusque là la Bosnie-Herzégovine, lequel informe la Cour, le 14 juin 1999, qu'aucune mesure de désistement n'a été prise ; le 15 juin, la RFY s'empresse d'accepter le désistement tandis que le même premier agent de la Bosnie-Herzégovine intervient à nouveau, le 21 juin 1999, pour répéter qu'il n'y a pas eu de désistement. L'affaire rebondit le 3 septembre 1999, lorsque la RFY indique à la Cour qu'elle a convenu avec le président serbe de la Bosnie-Herzégovine de mettre fin à la procédure. Le 15 septembre 1999, le nouveau président de la Bosnie-Herzégovine dénonce devant la Cour les manœuvres conjointes de la RFY et du président serbe de la Bosnie-Herzégovine en indiquant qu'il n'y avait eu ni désistement ni désignation d'un coagent dans cette affaire.

² La présidence de Bosnie-Herzégovine est collégiale avec trois membres (un bosniaque, un croate et un serbe) président à tour de rôle.

2. Analyse de la conduite du défendeur

a) *Les implications de la déclaration unilatérale de la RFY se considérant Membre de l'Organisation des Nations Unies en tant que continuateur de l'ex-RFSY*

11. Le rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les actes unilatéraux des Etats a proposé à la discussion un projet d'article ainsi libellé pour définir l'acte unilatéral :

«[U]ne manifestation de volonté non équivoque de l'Etat formulée dans l'intention de produire des effets juridiques dans ses relations avec un ou plusieurs Etats, ou une ou plusieurs organisations internationales, et dont ledit ou lesdits Etats ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance.»³

Il est généralement admis que la conduite diplomatique engage l'Etat, et la Cour reconnaît que certaines déclarations fixent l'attitude d'un Etat de telle sorte qu'il ne peut plus la modifier de façon discrétionnaire. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a pris la position suivante :

«Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre des négociations internationales, a un effet obligatoire.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43.)

12. Ainsi, la déclaration adoptée par le Gouvernement de la RFY le 27 avril 1992, confirmée par la note officielle adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à la même date, dans laquelle elle s'engage à respecter les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie, est bien une manifestation unilatérale de volonté, imputable à la RFY, destinée à produire intentionnellement des effets de droit. Bien plus, «pour que ces déclarations eussent un effet juridique, il n'était pas nécessaire qu'elles fussent adressées à un Etat particulier, ni qu'un Etat quelconque signifiât son acceptation» (*ibid.*, p. 269, par. 50) ; la position de la Bosnie-Herzégovine vis-à-vis d'un acte unilatéral pris par la RFY, n'a pas normalement d'incidences sur les effets juridiques de celui-ci.

b) *Le problème de l'acquiescement et de l'estoppel*

13. Si l'*estoppel* et l'acquiescement découlent tous les deux du principe général de bonne foi, ce qui distingue l'*estoppel* au sens strict de l'acquiescement c'est l'élément de détriment ou de préjudice causé par le changement d'attitude d'un Etat à l'égard d'un autre Etat.

14. Le *Dictionnaire de droit international public* définit ainsi l'acquiescement : «Consentement prêté à un Etat, en raison de sa conduite (active ou passive) en présence d'une situation donnée»⁴. Selon la Cour, l'acquiescement est «équivalent à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un

³ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, rapport de la CDI sur sa cinquante-deuxième session, supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 161.

⁴ J. Salmon (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 21.

consentement» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130). Pour qu'un Etat soit lié par sa passivité, il faut que certains éléments soient réunis, le simple silence à lui seul n'apparaissant pas suffisant pour engager un Etat ; il doit s'agir d'un «silence qualifié» : «si un Etat, qui a connaissance des prétentions d'une partie adverse, s'abstient de réagir pendant un certains laps de temps, en dépit de son intérêt et malgré les occasions qui se prêtent à une réaction, on peut raisonnablement présumer qu'il entend s'engager»⁵.

15. Dans l'affaire en cause, le fait que la RFY procède à la demande en indication de mesures conservatoires, puis formule des demandes reconventionnelles dans son contre-mémoire (la Cour dans son ordonnance du 17 décembre 1997 a déclaré ces demandes recevables)⁶, reflète bien une conduite active manifestant son droit d'ester devant la Cour. Le fait de soulever des exceptions préliminaires relatives à la recevabilité de la requête et à la compétence de la Cour concernant la Bosnie-Herzégovine, sans qu'une seule de ces exceptions n'évoque la compétence de la Cour à l'égard de la RFY ou son droit d'accès devant elle, est également très significatif ; alors qu'on pouvait légitimement s'attendre à ce que l'Etat défendeur soulève toutes les exceptions préliminaires pouvant amener la Cour à décliner sa compétence, car il s'agit bien là d'une occasion «se prêtant à une protestation»⁷, la RFY n'a pas saisi une telle occasion. Donc le fait de ne pas soulever le problème de l'accès à la Cour, pendant huit ans de procédure, alors que c'est dans l'intérêt du défendeur de soulever un tel argument, sont bien des éléments qui prouvent l'acquiescement du défendeur, et une preuve qu'à l'époque la RFY n'avait pas de doute sur sa qualité d'Etat partie au Statut de la Cour. Cet acquiescement est bien actif, et non pas passif, puisque la RFY a effectivement utilisé son droit d'accès à la Cour, non seulement en participant à la procédure et en présentant elle-même des demandes reconventionnelles dans cette affaire, mais aussi en déposant dix requêtes introductives d'instance en 1999 (*Licéité de l'emploi de la force*).

16. Le *Dictionnaire de droit international public* entend par *estoppel* une

«[o]bjection péremptoire, souvent analysée comme une exception procédurale, qui s'oppose à ce qu'un Etat partie à un procès puisse faire valoir une prétention ou soutienne un argument contredisant son comportement antérieur ou une position prise précédemment et dans lequel (ou laquelle) les tiers avaient placé leur confiance légitime»⁸.

L'*estoppel* (ou principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui) est reconnu expressément par la jurisprudence nationale en matière d'arbitrage international⁹. Même si la jurisprudence internationale qui s'est penchée sur la question de l'*estoppel* n'est pas abondante, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de se prononcer parfois sur ce principe, et d'énoncer

⁵ H. Das, «L'*estoppel* et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles», *Revue belge de droit international*, 1997/1, p. 619.

⁶ L'article 80 du Règlement de la Cour stipule : «la Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence».

⁷ H. Das, *op. cit.*, 1997/2, p. 622.

⁸ J. Salmon (dir. publ.), *op. cit.*, p. 450.

⁹ Ainsi, par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juillet 2005, a considéré qu'il est irrecevable «en vertu du principe de l'*estoppel*», qu'un demandeur à l'arbitrage vienne contester l'existence de la convention d'arbitrage sur laquelle il s'était auparavant fondé sans réserve pour introduire sa demande :

«M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'*estoppel*, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable.» (Ch. Civ.1, 6 juillet 2005, *Bulletin 2005 I*, n° 302, p. 252.)

les conditions permettant de l'invoquer (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêts, C.I.J. Recueil 1969, p. 26 ; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 309 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 415 ; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 213). Elle a eu l'occasion de préciser que

«l'*estoppel* peut être inféré d'un comportement, de déclarations, etc., d'un Etat qui n'aurait pas seulement attesté d'une manière claire et constante l'acceptation par cet Etat d'un régime particulier, mais auraient également amené un autre ou d'autres Etats, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 415, par. 51).

17. En retenant les trois éléments de l'*estoppel* identifiés habituellement par la doctrine¹⁰ (un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques ; une confiance effective, légitime et de bonne foi d'un autre sujet sur cette déclaration ou ce comportement, l'ayant incité à un comportement de sa part ; un dommage résultant de la confiance ou un changement des positions relatives des parties), il ne fait guère de doute, dans les circonstances de l'espèce, que les conditions seraient réunies pour invoquer l'*estoppel*. Contrairement aux prétentions de la RFY disant qu'elle ne pouvait pas faire valoir, en 1993 ou en 1996, les objections à la compétence qu'elle soulève à présent, en réalité rien n'empêchait celle-ci de les soulever, puisqu'elle a bien soulevé la question du *locus standi* de la Bosnie-Herzégovine, et qu'elle savait que son statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies était l'objet d'un vif débat, ce qui aurait dû l'inciter à mettre en œuvre les voies et moyens d'y remédier.

18. Il convient, néanmoins, de relever également l'ambiguïté de la position de la Partie demanderesse à propos de l'appartenance de la RFY à l'Organisation des Nations Unies en tant qu'Etat continuateur de l'ex-RFSY. En effet, alors même qu'elle contestait la prétention de la RFY à être le continuateur de l'ex-Yougoslavie et à demeurer Membre de l'Organisation des Nations Unies, la Bosnie-Herzégovine a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice à l'encontre de cet Etat. Certes, en se reportant au contexte de l'époque, la contradiction peut s'expliquer ou se dissiper du fait qu'elle contestait que la RFY soit *seul* Etat continuateur, et puisse avoir un statut privilégié par rapport aux autres Etats successeurs ; elle estimait que tous les Etats devaient être considérés sur un pied d'égalité comme Etat successeurs, et que chaque successeur devait faire une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies. Autrement dit, il conviendrait de distinguer l'action politique menée devant les instances de l'Organisation des Nations Unies à l'époque, de l'action judiciaire menée devant la Cour, surtout que le statut de la RFY au regard de l'Organisation des Nations Unies était très complexe pendant cette période et que la Bosnie-Herzégovine entendait sauvegarder ses droits pour l'avenir, face à la RFY qui a toujours refusé de demander la clarification de sa situation. Quoi qu'il en soit, il n'apparaît pas raisonnable ni équitable que le défendeur puisse tirer profit à présent de son attitude qu'il qualifie rétroactivement d'erronée, et prétende qu'il n'avait pas accès à la Cour au moment de l'introduction de la requête. Le principe de bonne foi impose aux Etats et à leurs agents l'obligation d'agir avec esprit de loyauté dans le respect du droit et de la fidélité aux engagements.

¹⁰ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, PUF, 2000, p. 360 et suiv.

B. L'incidence du comportement du défendeur et la convention sur le génocide

1. Chronologie

19. Comme nous venons de le voir, tout au long de la procédure et jusqu'à 2000, la Yougoslavie a constamment soutenu qu'elle était liée par la convention sur le génocide, aussi bien en acceptant, implicitement ou explicitement, la compétence sur la base de l'article IX de la convention sur le génocide qu'en refusant toute autre base de compétence avancée par le requérant :

- le 1^{er} avril 1993, dans ses observations écrites présentées à la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires, le Gouvernement de RFY recommande également à la Cour l'indication de mesures conservatoires, et déclare qu'il «n'accepte pas la compétence de la Cour pour connaître d'une revendication quelle qu'elle soit du demandeur sortant du cadre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide» ;
- un conseil de la RFY a déclaré à l'audience publique du 2 avril 1993 que «[l]a République fédérative de Yougoslavie ne consent à aucune extension de la compétence de la Cour au-delà de ce qui est strictement stipulé dans la Convention même» (CR 93/13, p. 16) ;
- cette position a été confirmée le 23 août 1993, lorsque dans ses observations écrites la RFY a indiqué : «Il va de soi qu'en demandant des mesures conservatoires le 1^{er} avril 1993, la République fédérative de Yougoslavie n'entendait en aucune manière accepter la compétence de la Cour si ce n'est dans les limites de ce qui est strictement stipulé dans la convention sur le génocide» ;
- l'agent de la RFY a fait référence, le 26 août 1993, à «notre différend concernant l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide» (CR 93/34, p. 11) ;
- dans les accords de Dayton, entrés en vigueur le 14 décembre 1995, les parties se sont engagées à respecter et garantir les droits et libertés établis dans plusieurs conventions internationales, dont la convention sur le génocide¹¹.

2. Analyse de la conduite du défendeur

20. Puisque la RFY a soutenu qu'elle n'accepte la compétence de la Cour que dans la limite de la convention sur le génocide, il s'agit là d'un comportement actif et sans équivoque de sa part pour reconnaître être partie à la convention sur le génocide et accepter la compétence de la Cour sur cette seule base. Cette attitude lui est désormais opposable, et elle ne peut prétendre le contraire sans porter atteinte au principe de la bonne foi. En effet, le 1^{er} avril 1993 et le 23 août 1993, la RFY a elle-même demandé l'indication de mesures conservatoires, et prié la Cour d'indiquer à la Bosnie-Herzégovine de respecter ses obligations à l'égard de la convention sur le génocide, et de prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires pour prévenir la commission d'un génocide à l'égard des Serbes. Depuis lors, la Bosnie-Herzégovine s'est fondée sur l'article IX de la convention sur le génocide comme «unique base de compétence», puisque cette base ne faisait plus aucun doute.

¹¹ L'article premier du premier chapitre de l'annexe 6 aux accords de Dayton-Paris stipule :

«The Parties shall secure to all persons within their jurisdiction the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the rights and freedoms provided in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols and the other international agreements listed in the Appendix to this Annex.»

Cet «Appendix» intitulé «Human Rights Agreements», énumère ces accords et en premier lieu «1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide».

21. Les éléments de l'*estoppel* sont réunis dans l'espèce. Premièrement les déclarations de la RFY sont claires, précises, répétées dans le temps. Deuxièmement, la confiance effective et de bonne foi du demandeur dans la position du défendeur à l'égard de la convention sur le génocide, l'a incité à se limiter à cette convention comme base de compétence de la Cour. Troisièmement, la Bosnie-Herzégovine subirait un dommage matériel et moral du fait du changement d'attitude du défendeur. Dès lors, le défendeur qui a acquiescé au fait qu'il était partie à la convention sur le génocide et a reconnu la compétence de la Cour sur cette base, est lié par son comportement, et logiquement l'*estoppel* s'oppose à ce qu'il puisse faire valoir une prétention contraire, surtout qu'à cet argument s'est ajouté un autre lié au *forum prorogatum*.

22. La théorie du *forum prorogatum* consiste d'une part «dans une *extension de la compétence du juge international* ... [et, d'autre part,] le *forum prorogatum* peut être considéré comme un *substitut de la saisine du juge international*»¹². La première signification de la théorie est sans intérêt dans l'affaire en cause¹³, par contre la deuxième signification qui consiste à ce qu'un Etat accepte «la compétence d'une juridiction internationale institutionnalisée, telle que la Cour internationale de Justice, postérieurement à la saisine ... par des actes concluants impliquant une acceptation tacite»¹⁴ trouve largement application dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*. La Cour a eu l'occasion d'accepter la substance du *forum prorogatum* à plusieurs reprises. (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 28* ; *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 114* ; *Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n°5, p. 27-28.*) La Cour avait considéré dans l'affaire *Haya de la Torre* que plaider sur le fond de l'affaire, vaut acceptation tacite de sa compétence : «Elles [les Parties] ont discuté au fond toutes les questions soumises à celle-ci et n'ont rien objecté contre une décision au fond. Cette attitude des Parties suffit à fonder la compétence de la Cour.» (*Haya de la Torre, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 78.*) Et dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* la Cour a dit : «Pour pouvoir s'appliquer en l'espèce, le principe du *forum prorogatum* devrait être fondé sur quelque acte ou déclaration du Gouvernement de l'Iran impliquant un élément de consentement à l'égard de la compétence de la Cour» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 114*) ; en l'espèce cet élément faisant défaut, c'est donc à juste titre que la Cour s'est déclarée incompétente. Ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire.

23. Il s'agit de savoir dans cette affaire ce qui peut être considéré comme «actes concluants». En effet, de 1993 à 2001, la RFY n'a pas contesté une seule fois qu'elle était partie à la convention sur le génocide et elle a admis que cette convention constituait la base de la compétence de la Cour. Et la Cour a avalisé cette position à plusieurs reprises :

— D'abord dans son ordonnance du 13 septembre 1993 :

«Considérant que la Cour, dans son ordonnance du 8 avril 1993, a estimé que l'article IX de la convention sur le génocide, à laquelle le demandeur et le défendeur sont parties, semblait «constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée, pour autant que l'objet du différend a trait à l'«interprétation, l'application ou l'exécution» de la convention, y compris les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes

¹² Ch. Rousseau, «Le règlement judiciaire» in *Droit international public*, t. V, Sirey, 1983, p. 398.

¹³ La question de l'élargissement de la compétence de la Cour fut soulevée à l'occasion des demandes en indication de mesures conservatoires déposées par la RFY, dont certaines sortaient du cadre de la convention sur le génocide. Mais la Cour n'a pas retenu cet argument.

¹⁴ J. Salmon (dir. publ.), *op. cit.*, p. 518.

énumérés à l'article III» de la convention».)» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 338, par. 25.*)

— Ensuite, dans l'arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires :

«La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 610, par. 17.*)

Le demandeur, dans ses plaidoiries de 2006, souligne «qu'en omettant de soulever une telle exception, la Yougoslavie a, à cet égard, accepté *de facto* la compétence de la Cour sur ce point et créé une sorte de *forum prorogatum*, que la bonne foi la plus élémentaire lui interdit de contester à nouveau aujourd'hui» (CR 2006/3, p. 19, par. 19). Bien plus, comme nous l'avons vu précédemment, la RFY a reconnu ce fait publiquement à plusieurs reprises au cours des procédures, en soutenant qu'elle n'accepte la compétence de la Cour que dans les limites de la convention sur le génocide.

— Enfin, la Cour a été saisie par la RFY de demandes reconventionnelles sur la même base de compétence et elle a été invitée à dire que la Bosnie-Herzégovine a commis des crimes de génocide contre les Serbes (contre-mémoire déposé le 23 juillet 1997). Bien que la Cour ne se soit pas prononcée sur ce point, le comportement de la RFY signifie que celle-ci n'a pas d'objection à la poursuite d'un débat sur le fond et il serait donc justifié d'invoquer la compétence de la Cour dans cette affaire sur le principe du *forum prorogatum*, malgré la contestation tardive qui ne s'est manifestée qu'en avril 2001, lors de la demande en révision qui a été rejetée par la Cour, celle-ci confirmant à nouveau sa compétence.

24. En conclusion, que cela soit l'acquiescement, l'estoppel ou le *forum prorogatum*, le principe de base qui sous-tend ces notions est bien celui de la bonne foi qui peut s'appliquer directement à ce cas d'espèce et être la source de droit et d'obligations¹⁵. Dans son opinion dissidente dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, le juge Urrutia Holguin a très bien expliqué que :

«L'exception de bonne foi qui existe dans presque tous les systèmes juridiques et qui interdit de tirer profit de ses propres torts et qui, dans le droit anglo-saxon, a pris le nom d'«estoppel», serait applicable dans le cas présent s'il est prouvé que les comportements d'un des Etats ont déterminé l'autre à se fier aux acquiescements et à croire à une renonciation à contester la validité de la sentence.» (*Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, (Honduras c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 222.*)

Dans le même sens, le vice-président Alfaro, dans son opinion individuelle, dit dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* :

«Quels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe tel qu'il a été appliqué dans le domaine international, sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un État et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus*

¹⁵ R. Kolb, *op. cit.*, p. 157.

est). Son objectif est toujours le même : un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). *A fortiori*, cet Etat ne saurait être admis à profiter de ses contradictions lorsque c'est par l'effet de sa propre action fautive ou illicite que l'autre partie a été privée de son droit ou empêchée de l'exercer (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même : la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*).» (*Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 40.)

25. La compétence de la Cour doit être appréciée à la lumière de la situation en vigueur au moment de l'introduction de la requête ; comme le rappelle un auteur «un fait s'apprécie par référence au droit qui lui est contemporain ; l'évaluer selon une règle non encore en vigueur à l'époque du fait serait donner anachroniquement à celle-ci une valeur rétroactive»¹⁶. Le comportement du défendeur, au moment où il s'agit d'apprécier la compétence de la Cour, revenait à manifester un consentement clair à être lié par le Statut de la Cour et surtout par la convention sur le génocide, de telle façon qu'il y a là tous les éléments pour asseoir la juridiction de la Cour. Le défendeur a relevé que «la Cour ne juge pas dans un monde platonicien idéal ; elle se prononce à un moment donné, dans des circonstances données, en fonction des informations dont elle dispose sur ces circonstances et à ce moment» (CR 2006/37, p. 43, par. 24). Si la RFY fut réadmise comme nouveau Membre à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 et si elle a changé sa politique judiciaire, cela ne devrait pas avoir d'effet rétroactif sur la situation antérieure, et ses engagements internationaux, notamment le fait qu'elle demeure liée par la convention sur le génocide d'où découle la compétence de la Cour au moment de l'introduction de la requête, en vertu des règles de la succession d'Etats.

26. La déclaration de la République fédérale de Yougoslavie et la note officielle de la mission permanente de la Yougoslavie auprès de l'Organisation des Nations Unies adressée au Secrétaire général (A/46/915), toutes deux en date du 27 avril 1992, montrent clairement l'intention de la RFY de se présenter comme le continuateur de la RFSY.

La première dispose :

«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,

.....

Souhaitent exprimer [dans la présente déclaration] 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 et, à cette fin font la déclaration suivante :

¹⁶ J. Combacau, «L'écoulement du temps», in *Le droit international et le temps*, Paris, Pedone, 2001, p. 87.

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.

.....
Restant liée par toutes ses obligations vis-à-vis des organisations et institutions internationales auxquelles elle appartient.»

La seconde énonce :

«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.»

27. La RFY a donc, par l'intermédiaire de ces deux actes, exprimé sa volonté d'assurer la continuité de la RFSY et non sa succession. Sa position était clairement en faveur

«d'une simple amputation de l'Etat yougoslave, lequel continuerait d'exister malgré les séparations de quatre de ses républiques. Il s'agi[ssai]t là d'une volonté d'appliquer le principe de variabilité constitutionnelle et territoriale de l'Etat qui permet à un sujet de droit de perdurer malgré des modifications substantielles.»¹⁷

La continuation signifie en effet que

«l'Etat reste juridiquement identique à lui-même, même s'il subit certaines transformations, par exemple, une réduction ou un élargissement de son territoire, un changement de gouvernement, une modification de son nom : en d'autres termes, est affirmée une identité juridique au-delà des contingences historiques»¹⁸.

28. Comme on l'a souligné également, la continuation présente certains avantages par rapport à la succession :

¹⁷ A. Vahlas, «A propos de trois questions récurrentes en matière de succession d'Etats : application au cas yougoslave», in P. M. Eisemann, M. Koskeniemi, *La succession d'Etats : la codification à l'épreuve des faits — State Succession: Codification Tested against the Facts*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2000, p. 853.

¹⁸ B. Stern, «La succession d'Etats», *RCADI*, 1996, t. 262, p. 40.

«[L']Etat continuateur, réputé identique à l'Etat prédécesseur du point de vue de sa personnalité juridique, n'a pas besoin d'intégrer la communauté internationale. Le continuateur se substitue naturellement à l'Etat prédécesseur et évite ainsi toutes les procédures d'admission des organisations internationales ou de reconnaissance par les autres Etats.»¹⁹

Dès lors, «aucun problème de transmission des droits ou d'obligations ne devrait se poser dans cette hypothèse puisque, par définition, le sujet de ces droits et obligations reste le même»²⁰. Les conséquences juridiques de la continuation sont donc le maintien des droits et obligations de l'Etat initial. En principe, la prétention de continuité devient effective sans qu'il soit nécessaire pour la communauté internationale de reconnaître cette situation. Mais, dans les faits, la reconnaissance des autres Etats apparaît généralement nécessaire, surtout de la part des Etats les plus concernés.

29. La succession, quant à elle, signifie qu'il y a «en lieu et place de l'Etat initial, que l'on peut désormais appeler l'Etat prédécesseur, apparition d'un nouvel Etat qui sera qualifié d'Etat successeur»²¹. La succession vise donc la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire. Elle implique par conséquent une certaine discontinuité dans l'organisation, la composition et le fonctionnement de l'Etat. Elle nécessite la reconnaissance de l'Etat successeur par la communauté internationale.

30. Dans le cas d'espèce, la déclaration et la note officielle de la RFY, toutes deux en date du 27 avril 1992, pourraient suffire à faire automatiquement de la RFY le continuateur de la RFSY car aucune exigence relative à une reconnaissance de la part de la communauté internationale n'est en principe requise. En effet, «un Etat continuateur bénéficie en principe *ipso facto* de la reconnaissance internationale dont il bénéficiait — et bénéficie toujours — en tant qu'Etat qui continue d'exister»²². La pratique a néanmoins révélé le caractère nécessaire de l'expression d'une telle reconnaissance. En effet, l'Etat continuateur est différent de l'Etat prédécesseur. S'il poursuit sa personnalité juridique et politique internationale et demeure lié par ses engagements internationaux, le champ d'application spatial des obligations assumées s'en voit altéré en raison des modifications territoriales inhérentes à tout processus successoral. L'utilité d'une nouvelle reconnaissance internationale se justifie alors par les adaptations apportées à la situation de l'Etat prédécesseur.

31. En outre, la détermination de la qualité de continuateur de la RFY implique la nécessité de s'interroger sur la nature du processus de démembrement de la RFSY. La dissolution signifie qu'un Etat a éclaté en deux ou plusieurs Etats nouveaux dont aucun ne peut réclamer son identification avec l'Etat préexistant. Tous les Etats doivent en principe être considérés comme successeurs. La sécession induit, quant à elle, la continuation par un Etat de la personnalité de l'Etat prédécesseur et la succession des autres Etats à cet Etat prédécesseur. Il revient donc théoriquement aux Etats tiers de déterminer si l'éclatement de la RFSY relève de la dissolution ou de la sécession par le jeu de la reconnaissance internationale. Sur ce point, la RFY s'est déclarée continuateur de la RFSY, alors que les autres Etats nés du démembrement (Croatie, Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Slovénie) se sont considérés comme des Etats successeurs de la RFSY et ont généralement refusé de reconnaître la qualité de continuateur à la RFY, encore que des accords ont été conclus dans ce sens comme nous le verrons plus loin. Par conséquent, si les Etats tiers reconnaissaient la RFY comme le continuateur de la RFSY, cela signifierait qu'ils considèrent que

¹⁹ A. Vahlas, *op. cit.*, p. 854.

²⁰ B. Stern, *op. cit.*, p. 41.

²¹ *Ibid.*, p. 40.

²² *Ibid.*, p. 59.

les nouveaux Etats ont fait sécession. Dans le cas contraire, la RFSY serait considérée comme dissoute et la RFY ne pourrait être considérée que comme successeur de cet Etat, celui-ci ayant cessé d'exister. Cependant, la distinction entre la dissolution et la sécession semble moins tenue qu'elle n'y paraît. Ainsi la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités envisage la sécession que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister (art. 34). En outre, en ce qui concerne les traités, les mêmes règles s'appliquent qu'il s'agisse d'une dissolution ou d'une sécession. Selon l'article 34 de la convention de 1978, dans les deux cas, tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur. Dès lors, il importe peu que la RFY soit reconnue ou non comme continuateur de la RFSY : si la RFSY a été dissoute, la RFY pourrait être reconnue comme un de ses successeurs et hériter d'une qualité de partie aux traités ratifiés par l'ex-Yougoslavie ; si le démembrement de la RFSY relève au contraire de plusieurs sécessions de parties de son territoire, la RFY pourrait être alors fondée à devenir son continuateur et ainsi poursuivre les engagements internationaux adoptés par la RFSY. Dans les deux cas, la RFY succède à la RFSY pour ce qui est des traités qui liaient cette dernière et notamment pour la convention sur le génocide, surtout que la RFY a signé et ratifié la convention sur la succession d'Etats en matière de traités respectivement les 6 février 1979 et 28 avril 1980.

32. Les deux déclarations du 27 avril 1992 constituent deux actes unilatéraux autonomes lesquels, en manifestant la volonté de la RFY d'être le continuateur de la RFSY, l'engagent à se comporter comme tel. Comme le relève la Commission du droit international dans son rapport de sa cinquante-septième session, les actes unilatéraux, tels ceux du 27 avril 1992, comportent certains effets juridiques. Ainsi, selon la CDI, il paraît «évident ... qu'on ne [pouvait] plus avoir des doutes sur l'existence des actes unilatéraux, produisant des effets juridiques et créant des engagements précis»²³. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples de reconnaissance d'actes unilatéraux et de leurs effets juridiques internationaux, notamment pour l'Etat qui les émet (*Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, C.P.J.I. série A/B n°53, p. 22 ; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 457 ; *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6).

33. S'agissant de l'intention de la RFY de s'engager sur le plan international par ces actes unilatéraux du 27 avril 1992, elle ne semble pas pouvoir être remise en question. La déclaration est adressée au président du Conseil de sécurité, ce qui souligne le fait qu'elle n'est pas un acte qui ne pourrait avoir d'effet qu'en droit interne. De surcroît, la déclaration et la note ont été transmises, par une lettre du 6 mai 1992, au Secrétaire général des Nations Unies. Cette lettre précisait que ces deux documents pouvaient être considérés «comme document[s] officiel[s] de l'Assemblée générale»²⁴.

34. Bien que les autres Etats successeurs de l'ex-Yougoslavie aient contesté aux Nations Unies le statut de la RFY pour demander l'égalité avec elle, ils ont eu l'occasion, pendant cette même période, de se prononcer en faveur de la continuité de la RFY par rapport à la RFSY. Ils l'ont fait non par des déclarations politiques devant telle ou telle instance dont la valeur juridique peut être source de débat, mais ils l'ont fait également par des accords en bonne et due forme qui engagent clairement leurs auteurs. C'est ainsi que l'annexe de l'accord de reconnaissance mutuelle signé entre la Macédoine et la RFY le 8 avril 1996 apparaît comme une

²³ Rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-septième session (2005), Nations Unies, doc. A/60/10, p. 132.

²⁴ Nations Unies, doc. A/46/915.

reconnaissance explicite de continuité ; en effet, il est stipulé ce qui suit : «Compte tenu de l'histoire, les deux Etats respectent chacun la continuité de l'autre (la République de Macédoine respecte la continuité dans son statut d'Etat de la République fédérative de Yougoslavie et vice-versa).»²⁵

35. Par ailleurs, un «Accord portant normalisation des relations entre la République fédérative de Yougoslavie et la République de Croatie» a été signé le 23 août 1996, dans lequel il est dit que la Croatie a accepté la continuité entre la RSFY et la RFY ; l'article 5 stipule également :

«Etant donné que, historiquement, la Serbie et le Monténégro existaient en tant qu'Etats indépendants avant la création de la Yougoslavie et que la Yougoslavie a assuré la continuité de la personnalité juridique internationale desdits Etats, la République de Croatie constate la continuité de la République fédérative de Yougoslavie dans son statut d'Etat.»²⁶

36. Enfin, la Bosnie-Herzégovine s'est prononcée en ce sens, même si les termes sont différents, dans la déclaration conjointe signée à Paris le 3 octobre 1996 par les présidents serbe et bosniaque ; le point IV dispose à cet effet :

«La République fédérative de Yougoslavie respectera l'intégrité de la Bosnie-Herzégovine, en conformité avec les Accords de Dayton, qui affirment la continuité des différentes formes d'organisation étatique de la Bosnie-Herzégovine que les peuples de Bosnie-Herzégovine avaient connues au long de leur histoire. *La Bosnie-Herzégovine accepte la continuité de l'Etat de la République fédérative de Yougoslavie.*

Les deux parties sont convenues de résoudre les questions de la succession sur la base des règles du droit international relatives à la succession des Etats.»²⁷ (Les italiques sont de moi.)

Il résulte de tous ces éléments que les interprétations relatives au statut de la RFY ont varié selon les instances, les interlocuteurs et les moments ; ces variations, avec leurs ambiguïtés, ne sauraient être interprétées en donnant simplement et mécaniquement un effet rétroactif à la décision d'admission de la RFY aux Nations Unies en novembre 2000. Certes, cette dernière décision est venue clarifier la situation pour le présent et l'avenir, mais elle ne résout pas la question pour la période antérieure, notamment la période cruciale où la requête de la Bosnie-Herzégovine a été introduite devant la Cour et où le statut de la RFY est demeuré en suspens. En tout cas, il n'aurait pas été fondé dans cette affaire de remettre en cause la décision sur la compétence de la Cour du 11 juillet 1996 en se basant sur l'état des choses prévalant à la date d'introduction de ladite requête en matière de statut de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies, surtout lorsqu'on prend en considération le comportement du défendeur de 1993 à 2000 comme nous l'avons vu précédemment.

²⁵ Accord de reconnaissance mutuelle entre la Macédoine et la RFY, Belgrade, 8 avril 1996, annexe, Nations Unies, doc. S/1996/291.

²⁶ Accord portant normalisation des relations entre la RFY et la République de Croatie, Belgrade, 23 août 1996, article 5, Nations Unies, doc. A/51/318-S/1996/706.

²⁷ Déclaration conjointe du président serbe Milosevic et du président bosniaque Izetbegovic, Paris, 3 octobre 1996, Nations Unies, doc. A/51/461-S/1996/830.

II. LA RESPONSABILITE DES ETATS AU REGARD DE LA CONVENTION POUR LA PREVENTION ET LA REPRESSION DU CRIME DE GENOCIDE

37. Les dispositions de la convention sur le génocide ont soulevé des problèmes d'interprétation à propos de l'ambiguïté de leur rédaction, de l'incertitude de certains concepts utilisés ou de la portée qu'il convient de leur donner²⁸. L'article IX qui stipule que

«[I]es 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»

n'a pas échappé à ces controverses, bien que celles-ci exagèrent parfois les difficultés d'interprétation, car certaines références sont suffisamment claires et n'appellent pas d'observations particulières sauf à vouloir les solliciter outre mesure pour parvenir à des résultats déraisonnables. A l'occasion de la présente affaire, la Cour donne une interprétation que je partage largement ; toutefois, j'estime nécessaire de mieux expliciter ma position sur ce point.

38. La référence à la responsabilité des Etats dans cet article a soulevé des doutes : «there were many doubts as to the actual meaning» of the reference to the responsibility of States²⁹ ; on a dit aussi que cet article IX est un «mécanisme juridictionnel ... déjà si faible»³⁰, avec un «ambiguous wording»³¹ ; on a pu soutenir, enfin, que la responsabilité visée dans cet article comporte un aspect pénal ou criminel de la responsabilité de l'Etat³², bien que cette interprétation controversée ne soit pas partagée par la majorité de la doctrine comme nous le verrons plus loin³³.

39. Le défendeur soutient que les règles régissant habituellement la responsabilité internationale des Etats ne peuvent pas être invoquées à propos de l'article IX et il revient sur cette position alors même qu'en 1996 la Cour avait rejeté l'exception soulevée par la Serbie-et-Monténégro disant que la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide perpétré

²⁸ La doctrine a relevé ces problèmes d'interprétation, à propos de plusieurs articles, en soulignant l'absence de pratique qui les rend plus aigus (voir par exemple Joe Verhoeven, «Le crime de génocide : originalité et ambiguïté», *Revue belge de droit international*, vol. XXIV, 1991/1, p. 5 et suiv.). Toutefois, depuis la création des tribunaux pénaux internationaux et l'apport de leur jurisprudence, beaucoup de points ont été clarifiés, ce qui réduit d'autant les difficultés d'interprétation sans cependant les épuiser (cf. A. M. La Rosa et S. Villalpando, «Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime», in K. Boustany et D. Dormoy (dir. publ.), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 53 et suiv. ; W. A. Schabas, «The Crime of Genocide, Recent problems of Interpretation», *International Humanitarian Law*, vol. 1, Ardsley, Transnational, 2003, p. 239 et suiv. ; G. Verdirame, «The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, p. 578 et suiv.).

²⁹ N. Robinson, «The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation», *Institute of Jewish Affairs*, New York, 1949, p. 42.

³⁰ A. Cassese, «La communauté internationale et le génocide», in *Mélanges Michel Virally : Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, p. 185.

³¹ N. Jorgensen, «State Responsibility and the 1948 Genocide Convention», in *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 273-275.

³² F. Malekian, «International Criminal Law. The legal and Critical Analysis of International Crimes», Vol. 1, *Uppsala*, 1991, p. 305 («the term responsibility of a state (in article IX) can also be interpreted as the international criminal responsibility of the state»).

³³ M. N. Shaw, «Genocide and international law», in *International law at a time of perplexity: Essays in honour of Shabtai Rosenne*, Nijhoff, 1989, p. 813 et suiv. ; N. Jorgensen, «State Responsibility and the 1948 genocide Convention» *op.cit.*, p. 273 et suiv.

par l'Etat lui-même serait exclue du champ d'application de la Convention³⁴. Les Parties ont donc débattu à nouveau de cette question aussi bien dans la procédure écrite qu'orale. Le demandeur s'est basé sur le sens normal et ordinaire du texte de l'article IX pour établir la responsabilité de l'Etat en matière de génocide, en insistant sur le fait qu'«[i]l est dès lors essentiel de garder à l'esprit chaque mot de l'article IX» (CR 2006/8, p. 18, par. 22.), et que savoir si la convention sur le génocide prévoit la responsabilité de l'Etat «ne devrait pas dépasser nos capacités d'interprétation des traités» (CR 2006/11 p. 50, par. 7), pour conclure à la reconnaissance d'une responsabilité de l'Etat pour tous les actes prohibés par la Convention. La Serbie-et-Monténégro quant à elle, a défendu une approche différente, en sollicitant notamment l'interprétation de l'article IX donnée par deux juges de la Cour dans leur déclaration commune jointe à l'arrêt de 1996, dans laquelle ils soutiennent que

«La convention sur le génocide vise essentiellement et au premier chef à punir les personnes commettant un génocide ou des actes de génocide et à prévenir la commission de tels crimes par des individus.

.....

Donc ... la Cour internationale de Justice n'est peut-être pas l'instance appropriée pour se prononcer sur les griefs formulés par la Partie requérante en la présente instance.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, déclaration commune de MM. Shi et Vereshchetin, p. 631-632.)

40. Si l'opinion des deux juges reste prudente, avec l'utilisation de l'expression «peut-être», celle du juge Oda dans sa déclaration

«J'admets que les dispositions extrêmement vagues et incertaines de l'article IX de la convention sur le génocide laissent peut-être à la Cour la latitude nécessaire pour se saisir de la présente affaire, mais j'estime qu'une telle conclusion reposerait sur une interprétation erronée du véritable esprit de la convention.» (*Ibid.*, p. 630, par. 10.)

et surtout celle du juge *ad hoc* Kreća dans son opinion dissidente : «Je suis convaincu que la responsabilité civile internationale des Etats pour crime de génocide n'entre pas dans les prévisions de la convention» (*Ibid.*, p. 772, par. 105) sont beaucoup plus formelles dans leurs conclusions pour écarter l'invocation de la responsabilité de l'Etat. Selon le défendeur, «la convention sur le génocide n'engage pas la responsabilité des Etats à raison d'actes de génocide en tant que tels» (CR 2006/16, p. 15, par. 20) ; l'article IX évoque bien la responsabilité des Etats, mais «il faut bien s'interpréter ce membre de phrase avec les autres dispositions de fond de la convention. Ce sont les particuliers qui sont pénalement responsables selon les dispositions du droit interne appliquées par les juridictions nationales.» (CR 2006/16, p. 19, par. 41.) Le défendeur ajoute, en se fondant sur les travaux préparatoires, que «la teneur de l'article IX n'est pas compatible avec les dispositions de fond de la convention. Or, l'article IX était consacré aux mécanismes de règlement des différends, il ne peut certainement pas avoir la primauté.» (CR 2006/16, p. 21, par. 49.) L'examen des travaux préparatoires de la Convention nous conduit cependant à conclure que les

³⁴ «La Cour observera qu'en visant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat.» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32.)

rédacteurs de la Convention entendaient inclure la responsabilité des Etats pour tout acte de génocide prévu dans la Convention (I), et comme il ne s'agit pas d'une responsabilité pénale en l'état actuel du droit international, il ne peut s'agir que de la responsabilité internationale des Etats (II).

A. L'examen des travaux préparatoires de la convention sur le génocide

41. En principe et conformément à l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités, le recours aux travaux préparatoires se fait «en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : *a)* laisse le sens ambigu ou obscur ; ou *b)* conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable»³⁵. Dans l'affaire du Lotus, la Cour permanente de Justice internationale avait bien dit qu'«il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair» (Lotus, *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 16).

42. Pour la Partie défenderesse, l'article IX de la convention sur le génocide n'est pas suffisamment clair lorsqu'il établit la responsabilité de l'Etat à raison d'actes de génocide. Selon le conseil de la partie défenderesse qui conteste la solution retenue par la Cour :

«L'interprétation manière provisoire par la Cour n'est étayée par aucun renvoi aux importants travaux relatifs à la convention.

Dans ces conditions, il n'y a aucune raison de principe ni considération de bon sens qui indique que la question de l'interprétation n'est désormais plus ouverte.» (CR 2006/16, p. 14, par. 16-17.)

Et il ajoute que :

«Les travaux préparatoires montrent que c'est durant la phase finale de l'élaboration de la convention que, par une très courte majorité de 19 voix contre 17, avec 9 abstentions, la disposition relative à la responsabilité des Etats pour génocide ou des actes de génocide a été incluse ... sans que les modifications nécessaires aient été simultanément apportées aux autres articles de la convention.» (*Ibid.*, p. 14, par. 18.)

43. Outre que cela remet en cause l'autorité de la chose jugée, cette conception donne une interprétation discutable des travaux préparatoires. Il n'est pas très convaincant de dire que la référence à la responsabilité des Etats pour génocide fut introduite à la dernière minute dans l'article relatif au règlement des différends, sans apporter les modifications nécessaires aux autres articles. Un examen objectif et minutieux des travaux préparatoires de la Convention, montre bien que la question de la responsabilité des Etats fut débattue tout au long des discussions autour des articles II, IV, VI et IX, avant qu'une référence à cette responsabilité soit adoptée dans l'article IX³⁶. D'abord, durant les discussions autour du projet d'article II du rapport du comité

³⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

³⁶ Sur ces débats voir notamment N. Jorgensen, «State Responsibility and the 1948 Genocide Convention», *op cit.*, p. 275 et suiv.

spécial du génocide, la question de la responsabilité des Etats fut soulevée indirectement. La délégation française voulait mettre l'accent sur «le rôle des gouvernements dans la perpétration du crime de génocide»³⁷, et a proposé un amendement à la définition du génocide en y ajoutant la phrase : «Il est commis, favorisé ou toléré par les gouvernants d'un Etat.»³⁸ Le représentant du Royaume-Uni, tout en exprimant son intention de voter contre l'amendement français car «il fait l'erreur d'exclure les cas de génocide commis par des particuliers», souligne cependant que «le texte du comité spécial, lui, ne fait suffisamment ressortir, ni la responsabilité de l'Etat dans les actes de génocide qui sont commis sur son territoire, ni la responsabilité internationale dans les cas de génocide commis par un Etat». M. Fitzmaurice souligne également qu'«il est, en effet, difficile de concevoir que le génocide puisse être perpétré sur une grande échelle sans la connivence des gouvernants»³⁹. Durant cette discussion, l'idée de la nécessité d'une responsabilité des Etats pour prévenir et punir le génocide était soutenue par plusieurs autres délégations comme le Pérou⁴⁰, les Etats-Unis — d'une manière plus restreinte⁴¹ — et bien sûr le Royaume-Uni.

44. Ensuite, durant les discussions parfois assez confuses autour de l'article V, la Belgique et le Royaume-Uni ont proposé des amendements liant la commission du génocide à l'Etat. L'amendement de la Belgique proposait de punir les agents de l'Etat, alors que l'amendement du Royaume-Uni visait à introduire une «responsabilité criminelle» des Etats ; ces deux amendements différents proposés pour introduire la compétence de la Cour internationale de Justice à propos de la responsabilité des Etats, d'abord rejetés, sont revenus à l'ordre du jour durant les discussion sur l'article VII et, à l'issue d'un assez long débat, il fut finalement admis d'introduire la responsabilité de l'Etat dans l'article IX⁴², après plusieurs amendements du texte initial proposé par le comité spécial. Les travaux préparatoires ne vont pas à l'encontre du sens ordinaire et clair des termes de l'article IX ; on peut même conclure qu'ils le confirment comme le montre l'évaluation faite par le représentant du Royaume-Uni à la Sixième Commission lorsque Fitzmaurice déclare : «Tout le monde est d'accord pour qualifier de rupture de la convention un acte de génocide commis par un Etat ou un gouvernement, mais il semble y avoir des difficultés considérables à traduire cette idée dans le texte même de la convention.»⁴³

³⁷ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, 69^e séance, p. 56 (France, Chaumont).*

³⁸ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, annexes aux comptes rendus analytiques des séances, doc. A/C.6/211, p. 14.*

³⁹ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, 79^e séance, p. 160 (Royaume-Uni, Fitzmaurice).*

⁴⁰ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, 69^e séance, p. 60 (Pérou, Maurtua) : «L'individu doit être protégé par sa propre législation nationale et la juridiction internationale doit s'exercer contre les Gouvernements qui ne font pas leur devoir à ce sujet ou encouragent le crime de génocide.»*

⁴¹ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, 79^e séance, p. 158, (Etats-Unis, Maktos) :*

«[S]i, malgré toutes les mesures prises, l'Etat ne parvient pas, par exemple, à arrêter le coupable, une institution internationale, agissant au lieu et place des tribunaux nationaux, n'aura pas plus de chance d'y parvenir. Par contre, si un Etat n'a pas fait tout ce qu'il pouvait faire pour prévenir ou réprimer le crime, la responsabilité internationale devrait entrer en ligne de compte.»

⁴² Article numéro X dans le projet du comité spécial.

⁴³ Nations Unies. *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie. Questions juridiques. Sixième commission, Comptes rendus analytiques des séances, 21 septembre-10 décembre 1948, p. 352.*

45. Il ressort de l'ensemble de ces explications, que la convention sur le génocide introduit bien une responsabilité directe de l'Etat à raison d'actes de génocide⁴⁴, et pas seulement une obligation de prévenir et de punir la commission de celui-ci par des individus comme le prétend le défendeur. Il ne peut en être autrement car une entreprise génocidaire est difficilement envisageable sans la participation ou la complicité d'un Etat, et surtout toute autre solution aboutirait à un résultat aussi paradoxal qu'absurde, en contradiction avec les règles d'interprétation de l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités,⁴⁵ ainsi que le relève L. A. Sicilianos :

«Il serait absurde, en effet, que la convention couvre seulement la responsabilité découlant du manquement d'un Etat à ses obligations de prévention et de répression et non pas la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide imputable à lui-même ; d'autant plus que l'article IV de la convention énonce que les «personnes ayant commis le génocide ... seront punies, qu'elles soient des *gouvernants*, des fonctionnaires ou des particuliers». Une approche différente viderait la convention de sa raison d'être.»⁴⁶

C'est dans ce sens que se prononce clairement et fermement la Cour dans un paragraphe de son arrêt du 11 juillet 1996 qui mérite d'être cité dans son intégralité : «La Cour observera qu'en visant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat.» (*C.I.J. Recueil 1996(II)*, p. 616, par. 32.) La Cour confirme et explicite les motifs qui fondent cette solution dans le paragraphe 166 du présent arrêt dans des termes auxquels je souscris pleinement. Il en résulte naturellement que la Cour est à même d'en tirer les conséquences qui peuvent en découler pour la responsabilité de l'Etat concerné⁴⁷.

B. La nature de la responsabilité des Etats

46. Si l'idée d'une responsabilité de l'Etat ne fait plus de doute dans les ordres juridiques internes et internationaux, l'idée d'une responsabilité pénale de l'Etat n'est pas partagée par tous, le qualificatif «pénale» accolé à la responsabilité de l'Etat paraît même abusif pour certains, car «même lorsqu'un fait internationalement illicite de l'Etat reçoit la qualification de crime, il n'entraîne pas les mêmes conséquences juridiques que les actes criminels des individus»⁴⁸. La longue histoire des débats au sein de la CDI, lors des examens du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, reflète bien les problèmes théoriques

⁴⁴ De ce fait, il est difficile de comprendre l'approche extrêmement restrictive du juge Oda, dans une phrase incidente de sa déclaration jointe à l'arrêt du 11 juillet 1996, selon laquelle la convention serait «un nouveau type de traité concernant les droits des individus dans leur ensemble, mais non les droits et obligations des Etats dans leurs relations» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, déclaration de M. Oda, p. 629, par. 9).

⁴⁵ En effet, le processus d'interprétation ne doit pas vider de leur contenu les termes d'une convention à moins que le texte, le contexte et l'objet n'entraînent clairement une telle conclusion (voir les affaires suivantes : *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4 et 24 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 69 et 89).

⁴⁶ L. A. Sicilianos, «La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux», in *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 116.

⁴⁷ Sur le rôle de la Cour dans ce domaine, voir le chapitre 9 de W. A. Shabas, «State responsibility and the role of the International Court of Justice», in *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 418-446.

⁴⁸ M. Kamto, «Responsabilité de l'Etat et responsabilité de l'individu pour crime de génocide — Quels mécanismes de mise en œuvre ?», in *Génocide(s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 489.

et pratiques de ces concepts⁴⁹ ; on sait que la Commission, après avoir retenu en première lecture la notion de crime international de l'Etat, y a renoncé en deuxième lecture pour éviter précisément toute confusion entre les crimes des individus et les actes illicites particulièrement graves des Etats⁵⁰ ; de ce fait, elle a préféré qualifier ces derniers en ayant recours à une longue périphrase visant les «violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général» (chap. III, art. 40 et 41 du projet)⁵¹, évitant ainsi le mot crime tout en recouvrant cependant l'idée qu'il contient.

47. La Serbie a consacré une bonne partie de ses plaidoiries orales pour montrer que la convention sur le génocide ne renvoie à aucune responsabilité pénale des Etats pour génocide (CR 2006/16, p. 19-30, par. 38-82 (Brownlie)), alors qu'il n'y a pas réellement de divergence entre le défendeur et le demandeur sur ce point précis ; cela s'explique sans doute par l'ampleur prise par ce même débat dans les travaux de codification de la Commission du droit international concernant le projet d'article 19 relatif au crime international de l'Etat⁵². En fait, la divergence est ailleurs car, si le défendeur a raison de dire que la Convention ne retient pas la notion de responsabilité pénale des Etats, cela ne signifie pas pour autant que toute autre responsabilité des Etats soit écartée de la Convention. Si la Bosnie-Herzégovine ne soutient pas l'idée que la Serbie doive être pénalement responsable⁵³, c'est que cette responsabilité des Etats vient s'ajouter à la responsabilité des individus. C'est la solution retenue dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat adopté par la CDI à sa cinquante-troisième session en 2001 et par le Statut de la Cour pénale internationale dont l'article 25 précise qu'«[a]ucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international»⁵⁴. C'est également

⁴⁹ Les deux points de vue opposés qui se sont manifestés durant ces débats, à propos de la distinction entre les délits et les crimes, se trouvent résumés dans les positions prises par deux membres de la Commission, l'un en faveur et l'autre à l'encontre de la reconnaissance du crime de l'Etat, dans l'ouvrage contenant la contribution de la Commission à la décennie des Nations Unies pour le droit international, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission — Le Droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997 ; selon A. Pellet («Vive le crime ! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international») : «De très fortes raisons, tant théoriques que pratiques, militent en faveur du maintien de la distinction entre les deux catégories de faits internationalement illicites» *ibid.*, p. 287-288, ; selon R. Rosenstock («An international criminal responsibility of States?») in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission — Le Droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs, op. cit.*) : «There is no basis in the State practice for distinguishing between 'delicts' and 'crimes'. There does not, in the view of the writer, seem to be any logically or politically compelling reason to create such a distinction.» (P. 284.)

⁵⁰ Cf. E. Wyler, «From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'», *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002) No. 3, p. 1156 et suiv.

⁵¹ Voir le commentaire de ces articles (rapport de la CDI, 2001, p. 298 et suiv.).

⁵² On retrouve l'écho de ces débats dans les délibérations de la Cour lorsqu'elle a rendu son arrêt de 1996 comme le montrent les opinions des juges Shi, Vereshchetin, Oda et surtout du juge *ad hoc* Kreća qui consacre plusieurs pages à la notion de responsabilité pénale de l'Etat (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 767-772, par. 103-105).

⁵³ «La responsabilité des Etats en droit international n'est ni civile ni pénale — elle est internationale.» (CR 2006/8, p. 11, par. 6 (Pellet).)

⁵⁴ L'article 10 du Statut dispose également : «Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut.»

la position générale de la doctrine ainsi résumée : «ni civile ni pénale, mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des Etats a peu à voir avec la communauté nationale»⁵⁵.

48. Il a aussi été soutenu que, puisque aucune procédure de réparation ne fut prévue par la Convention, la Cour ne peut être compétente en la matière⁵⁶. Il est vrai qu'il peut y avoir des lacunes dans les traités, et dans la convention sur le génocide en particulier, notamment en ce concerne les procédures de réparation. Mais la Cour est à même de remédier à ces lacunes en recourant au droit international général ; les travaux de la CDI en la matière sont d'un apport de première importance en clarifiant le contenu des règles relatives à la responsabilité des Etats.

49. En somme, comme l'a indiqué clairement la Cour, dans son arrêt de 1996 ayant autorité de la force jugée, «l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat» et cette interprétation est conforme aux travaux préparatoires de la Convention qui montrent que le principe de la responsabilité de l'Etat pour génocide fut acquis à l'issue d'une longue discussion qui suivit la proposition conjointe du Royaume-Uni et de la Belgique. La Cour confirme cette interprétation de façon claire et explicite pour conclure que «les parties contractantes peuvent être tenues pour responsables d'un génocide ou de tout autre acte énuméré à l'article III de la Convention» (paragraphe 169). Cela est conforme aussi à l'idée que la prohibition du génocide est également une règle du droit international coutumier qui oblige les Etats même en l'absence de tout lien conventionnel (*Réserves à la convention sur le génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23 («les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel»)); de ce fait, toute violation de cette prohibition constitue non seulement un acte illicite, mais une violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général⁵⁷, entraînant pour l'Etat auteur toutes les conséquences juridiques découlant des règles pertinentes de la responsabilité internationale, notamment l'obligation d'y mettre fin, d'offrir des garanties de non-répétition et de réparer les dommages résultant de cette violation⁵⁸.

III. LE PROBLEME DES PREUVES

50. En rendant sa première ordonnance du 8 avril 1993 sur les mesures conservatoires, la Cour avait déjà relevé l'existence d'un «risque grave que des actes de génocide soient commis» dans cette affaire. Saisie d'une nouvelle de demande en mesures conservatoires, la Cour a constaté, dans sa seconde ordonnance du 13 septembre 1993, que non seulement le défendeur n'avait pas respecté les mesures indiquées pour prévenir et réprimer lesdits actes, mais il avait encore pris des mesures de nature à aggraver la situation ; elle déclare en effet :

⁵⁵ P. Daillier et A. Pellet, «Droit international public», *LGDJ*, 7^e éd., 2002, p. 764. Il n'est pas sûr, cependant, que cette double négation — ni civile ni pénale —, partagée par d'autres auteurs (cf. J. Barbosa, «State Crimes: a Decaffeinated Coffee?», in L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debas (eds), *Liber Amicorum Georges Abi Saab*, 2001, p. 360), clarifie entièrement le problème ; il serait sans doute plus clair de dire qu'il s'agit d'une responsabilité civile, puisque le principal résultat recherché est la réparation ; il se peut qu'il y ait un aspect répressif dans l'idée de réparation, mais, dans l'état actuel du droit international, l'aspect sanction à l'égard d'un Etat reste une décision politique relevant du Conseil de sécurité agissant au titre des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

⁵⁶ N. Robinson, «The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation», *op. cit.*, p. 43, «since the Convention does not specifically refer to reparation, the parties to it did not undertake to have accepted the Court's compulsory jurisdiction in this question».

⁵⁷ Article 40 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

⁵⁸ Cf. art. 28 et suiv. de la CDI.

«[D]epuis que l'ordonnance du 8 avril 1993 a été rendue, et en dépit de cette ordonnance et de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, de très vives souffrances ont été endurées et de lourdes pertes en vies humaines ont été subies par la population de Bosnie-Herzégovine dans des circonstances qui bouleversent la conscience humaine et sont à l'évidence incompatibles avec la loi morale ainsi qu'avec l'esprit et les fins des Nations Unies.» (C.I.J. Recueil 1993, p. 348, par. 52.)

Et surtout, elle a ajouté qu'elle «n'[était] pas convaincue que tout ce qui pouvait être fait [avait] été fait pour prévenir la commission du crime de génocide sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine» (*ibid.*, p. 348-349, par. 57).

Malgré toute la prudence des termes employés par la Cour et le fait qu'il s'agisse là de constats faits *prima facie*, il apparaissait d'ores et déjà que les éléments de preuve produits par le demandeur étaient suffisamment convaincants pour étayer l'accusation portée contre le défendeur, réaffirmer les mesures conservatoires déjà ordonnées et faire référence à la commission d'un génocide.

51. Depuis 1996, et notamment en raison du déroulement des procès devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), les preuves se sont accumulées sous la forme d'une impressionnante masse d'informations : documents officiels ou officieux de diverses instances serbes impliquées, directement ou indirectement, dans les actes de génocide ; déclarations orales ou écrites des protagonistes du drame bosniaque, y compris des principaux responsables jugés ou accusés de ces actes ; résolutions, rapports et autres documents des Nations Unies ; rapports et documents des services de renseignement de différents Etats ; témoignages de victimes et d'auteurs d'actes d'atrocités devant le TPIY ou des tribunaux nationaux ; déclarations de témoins, témoins-experts ou experts devant la Cour ; procédures et jugements du TPIY (chambres et chambre d'appel) ; etc. Naturellement toutes ces informations ne sont pas susceptibles d'un traitement uniforme en tant qu'éléments de preuve ; comme l'indique à juste titre la Cour, elles doivent être examinées avec toute l'attention et la circonspection nécessaires en vue d'établir la véracité ou la plausibilité des faits, leur imputation et la part de responsabilité susceptible d'en découler pour le défendeur.

52. Il s'agissait, dans cette affaire, d'apporter des preuves montrant qu'un Etat est impliqué dans un génocide, soit comme auteur ou coauteur de ce crime, soit comme complice dans sa commission, soit en ne faisant rien pour le prévenir ou punir les auteurs. Or, l'Etat étant une personne morale, c'est-à-dire une abstraction qui ne peut agir par elle-même, les actes ou les omissions qu'on lui impute sont commis matériellement par des personnes physiques, agissant individuellement ou collectivement, relevant à un titre ou un autre de l'Etat mis en cause. Ce sont donc ces actes ou omissions dont il convient de prouver, d'une part, l'existence et, d'autre part, le lien éventuel avec l'Etat défendeur. D'autres instances que la Cour ont déjà eu l'occasion de connaître de ces situations puisque un tribunal pénal international a été institué et que quelques tribunaux nationaux ont parfois été saisis pour poursuivre et juger des personnes accusées de génocide en ex-Yougoslavie. Ces procès, auxquels s'ajoutent ceux du Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui concernent des individus, ont été l'occasion d'un examen des différents aspects du crime de génocide et constituent un apport considérable pour la compréhension des multiples facettes de ce crime, la clarification de ses éléments constitutifs et la qualification des actes devant relever de cette accusation.

53. S'agissant plus particulièrement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, son activité recouvre très largement et directement les mêmes faits que ceux soumis à l'appréciation de la Cour ; toutefois, il y a une différence importante dans la mesure où ils sont

appréhendés par le TPIY sous un angle particulier, celui de la seule responsabilité pénale individuelle de chaque accusé, alors que la Cour les appréhende sous un autre angle, celui de la responsabilité internationale d'un Etat. Bien que les jugements du TPIY ne lient pas la Cour internationale de Justice, ils partent de constatations factuelles qui constituent des éléments pertinents et même décisifs de preuve de l'existence du crime de génocide que la Cour ne peut ignorer. En effet, dans le déroulement de chaque procès, le Tribunal a respecté toutes les procédures et garanties permettant d'établir les circonstances exactes des crimes commis ; il a examiné de façon contradictoire chacune des nombreuses preuves ou présomptions relatives aux actes reprochés aux accusés ; il a examiné tous les arguments à charge ou décharge avant de parvenir à une décision, en première instance et parfois en appel, pleinement réfléchie et bien pesée compte tenu du profil de l'accusé et de chaque situation concrète. Pour chaque affaire, un temps nécessaire et généralement fort long a été consacré pour «prouver au-delà de tout doute raisonnable» que l'inculpé a ou non participé à des actes de génocide. En tout cas, tout jugement reconnaissant l'existence d'actes de génocide en Bosnie-Herzégovine est un point de départ pour se demander si et dans quelle mesure ils incombent à des organes ou personnes relevant ou agissant pour le compte du défendeur dont la responsabilité serait alors engagée.

54. On sait que si les accusations de génocide ont visé plusieurs personnes, les Chambres de première instance n'ont retenu cette charge que pour condamner quelques personnes comme auteur ou complice du crime de génocide dans le cas du massacre de Srebrenica (affaires *Tadić, Krstić, Blagojević*) ; la Chambre d'appel n'a pas suivi tous ces jugements et, à ce jour, elle n'a retenu le crime de génocide que dans un seul cas pour condamner l'accusé comme complice et non comme auteur ou coauteur d'un tel crime (affaire *Krstić*)⁵⁹ en se montrant très exigeante sur la qualité des preuves. Toutefois, même lorsque le jugement ne parvient pas à conclure, sur la base des preuves produites, que l'accusé est coupable de génocide (affaires *Brđjanin, Jelisić, Stakić* et *Sikirica et consorts*), cela ne signifie pas pour autant l'absence d'un génocide. Il me semble que les exigences de preuve ne sont pas exactement les mêmes selon qu'il s'agit de l'implication personnelle d'un individu ou de l'implication d'un Etat. L'exigence la plus rigoureuse se justifie lorsque nous sommes en matière pénale où il s'agit de juger un comportement individuel précis et où il convient d'apporter la preuve de l'intention avérée — au-delà de tout doute raisonnable — d'un accusé de commettre un acte de génocide ; on sait que le degré de rigueur de cette exigence est source de discussion et de contestation ainsi que le montrent aussi bien les opinions divergentes accompagnant parfois certains jugements⁶⁰ que les nombreux commentaires suscités par ces jugements dans la doctrine. Il reste que, même si une telle exigence n'est pas satisfaite et que la participation personnelle au génocide n'est pas retenue, l'acquiescement d'un individu du chef de ce crime n'exclut pas pour autant l'existence de celui-ci ; en effet, un accusé peut exécuter des actes effroyables en obéissant à des ordres sans être pleinement informé ou sans avoir conscience que ceux-ci s'insèrent dans une politique ayant pour objet un génocide. Il peut donc y avoir des discordances jurisprudentielles, notamment entre une chambre du TPIY reconnaissant la culpabilité pour génocide et la Chambre d'appel rejetant cette culpabilité, sans que cela soit déterminant pour l'existence d'une politique de génocide⁶¹. En effet, dans ce cas, il ne s'agit pas tant de prouver que l'accusé a perpétré personnellement un acte de génocide ou en a été complice ; il s'agit plutôt d'identifier des éléments de preuve de nature à convaincre que des crimes ont été commis dans des

⁵⁹ La Chambre d'appel ne s'est pas encore prononcée dans l'affaire *Blagojević* reconnu coupable de complicité de génocide par la Chambre de première instance, le 17 janvier 2005.

⁶⁰ Voir par exemple les opinions partiellement dissidentes du juge Shahabuddeen dans les affaires *Krstić* et *Jelisić*, des juges Wald et Pocar dans l'affaire *Jelisić*.

⁶¹ C'est d'ailleurs ce que relève la doctrine (cf. W. Schabas, *op. cit.*, p. 227 ; L. van den Herik and E. van Sliedregt, «Ten Years Later, the Rwanda Tribunal Still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity in Genocide and the Nexus Requirement for War Crimes», *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, 2004, p. 537-557 ; C. Eboe-Osuji, «Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide, Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 56-81).

circonstances telles qu'ils se rattachent directement à une politique génocidaire imputable à un Etat et, plus précisément, qu'ils ont été commis par ou à l'instigation de personnes relevant directement de l'Etat défendeur ou agissant en son nom ou pour son compte ou sous son contrôle en exécution d'un tel projet criminel.

55. Comme nous l'avons relevé, il est rare qu'un Etat proclame officiellement ou publiquement son intention de mener une action illicite ; *a fortiori*, il est plus rare encore qu'il proclame son intention de commettre un crime grave, en l'occurrence un génocide que l'opinion générale considère comme le «crime des crimes». Même dans le cas des deux exemples où un tel crime a été reconnu comme ayant été commis, celui du génocide des Juifs par l'Allemagne nazie et du génocide des Tutsis au Rwanda, il n'a pas été assumé clairement de manière officielle et publique, car la proclamation d'une politique de la «solution finale» dans le premier cas, et le projet du «nettoyage ethnique» dans le second cas, gardent une certaine ambiguïté ; il a fallu, en réalité, la défaite et la chute des deux régimes concernés, avec l'accès aux archives notamment de certains documents confidentiels ou secrets, pour que l'on puisse rassembler un ensemble de preuves attestant qu'un génocide avait été programmé et mis en œuvre à l'encontre de certains groupes particuliers nettement identifiés.

56. Dans la présente affaire, le changement de régime politique et la chute du président Milošević, considéré comme l'un des principaux responsables de la guerre et des crimes commis en Bosnie-Herzégovine, n'a entraîné qu'un accès limité et partiel aux sources d'informations sur la façon dont les opérations ont été menées. L'une des principales pièces à conviction relative à l'implication directe de l'Etat serbe dans les opérations engagées à l'encontre des populations non serbes est le compte rendu des réunions du Conseil suprême de la défense ; ce document a été produit devant le TPIY et porté à la connaissance de la Cour, mais en étant censuré pour une bonne partie de son contenu qui a été noircie pour la rendre illisible. Cette opération de camouflage suscite légitimement le soupçon que les autorités de Belgrade veulent empêcher la Cour de prendre connaissance de certaines informations, sans doute des décisions révélatrices de l'implication directe d'officiers de l'armée de Serbie en activité dans l'armée de l'entité serbe de Bosnie (Republika Srpska) pendant toute la durée de la tragédie. En effet, si un nombre important d'officiers serbes de haut rang étaient présents en Bosnie-Herzégovine, cela veut dire qu'un nombre encore plus considérable de soldats et autres éléments des forces paramilitaires y étaient également, ce qui pourrait amener à inférer que l'Etat serbe est effectivement impliqué directement dans l'entreprise criminelle y compris éventuellement des actes de génocide. La Bosnie-Herzégovine a demandé à la Cour de requérir du défendeur la production de ce document non expurgé, d'abord par une requête écrite puis lors des plaidoiries, sans avoir été suivie dans sa demande. C'est sur ce point très important que la position de la Cour apparaît contestable puisque non seulement elle rejette la requête du demandeur, mais elle ne donne pas d'explication ou de justification ; elle se contente d'indiquer de manière très laconique que «le demandeur dispose d'abondants documents et autres éléments de preuve provenant notamment des dossiers facilement accessibles du TPIY» et qu'«[i]l y a eu très largement recours» (paragraphe 206). Or le problème n'est pas là. Le problème est que, dans cette abondance de documents et de dossiers disponibles du TPIY, il s'agit de rechercher et de produire ceux qui sont susceptibles de constituer des éléments de preuve de nature à emporter la conviction. Grâce au remarquable travail d'enquête accompli par le TPIY, le demandeur a pu obtenir un document de cette nature, mais un document incomplet par la volonté du défendeur. Le souhait du demandeur de prendre connaissance de l'ensemble du document est tout à fait légitime, parce que son contenu pourrait être un élément important, voire décisif pour révéler l'implication plus ou moins directe du défendeur dans l'entreprise criminelle qui lui est reprochée. Or, il n'a pas été suivi dans sa requête et la Cour elle-même n'a utilisé aucun de ses pouvoirs pour obtenir un document quelconque.

57. On sait, en effet, que la Cour «peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document» (Statut, art. 49) et elle peut également «inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires pour préciser tout aspect des problèmes en cause» (Règlement, art. 62, par. 1). Faute pour la Cour d'accéder à la requête du demandeur ou d'inviter *proprio motu* le défendeur à fournir le document, il n'a pas été possible d'avoir des clarifications sur le document occulté ; il a fallu se contenter d'une simple question posée par un juge au défendeur à propos du lien entre son refus de produire ce document dans son intégralité et la présente instance devant la Cour avec une réponse du défendeur qui n'apporte pas les clarifications souhaitées. La réponse du défendeur, selon laquelle le noircissement des documents produits devant le TPIY serait lié à la protection des intérêts nationaux et n'aurait pas de lien avec la présente instance devant la Cour, n'est pas satisfaisante. Plus de dix années après le déroulement des faits, il apparaît difficile de comprendre en quoi la divulgation du contenu des procès-verbaux du Conseil suprême de la défense pourrait porter atteinte aux intérêts de la sécurité nationale ; il apparaît, à l'évidence, que les occultations ont eu surtout pour objectif de rendre illisibles les noms des nombreux officiers des forces militaires serbes engagées directement sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine où se déroulaient des crimes et éventuellement des actes de génocide.

58. Certes, on peut comprendre l'hésitation ou les scrupules de la Cour à répondre à une requête ou à décider *proprio motu* pour ordonner la production d'un document ; cela peut comporter un certain nombre d'inconvénients que l'on peut résumer brièvement ainsi :

- donner l'impression que la Cour va aider — voire suppléer — la partie qui fait la demande dans la mission qui lui incombe de la charge de la preuve alors que cela n'est pas son rôle et qu'elle doit tenir une balance parfaitement égale entre les parties ;
- prendre une mesure dont la force symbolique risque de froisser la souveraineté d'un Etat, ce qui pourrait aviver encore la méfiance des autres Etats à l'égard des pouvoirs et du rôle de la Cour ;
- se heurter à un refus du demandeur qui invoquerait l'intérêt de la défense nationale et le secret qui l'entoure et se retrouver ainsi dans une situation embarrassante pour le crédit de la Cour qui n'a pas les moyens d'obliger un Etat à respecter ses décisions⁶². Dans une affaire moins dramatique que la présente affaire, la Cour a demandé au Royaume-Uni la communication de certains documents relatifs aux ordres de passage des navires de guerre dans le détroit de Corfou, mais ces documents ne furent pas produits en arguant du secret naval et les témoins s'abstinrent de répondre aux questions les concernant (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 32).

59. Toutefois, l'intérêt et la pertinence de ces arguments ne suffisent pas à les rendre convaincants dans le cas d'espèce. On peut laisser ici de côté les deuxième et troisième arguments qui relèvent de la politique jurisprudentielle de la Cour et du dosage qu'il convient d'opérer entre les exigences de la justice et l'opportunité de ménager la souveraineté et la susceptibilité des Etats ; le problème n'est pas propre au cas d'espèce et, bien qu'il y revête un intérêt particulier, il n'apparaît pas nécessaire de développer davantage la discussion. En revanche, le premier argument relatif au rôle de la Cour dans le domaine de la preuve⁶³ mérite que l'on s'y arrête brièvement

⁶² Sur le problème du secret, voir G. Niyungeko, «La preuve devant les juridictions internationales», thèse, Université libre de Bruxelles, 1988, p. 188-189 et 287-292.

⁶³ Sur le problème plus général de la preuve devant la Cour, voir G. Guillaume, «Preuve et mesures d'instruction devant les juridictions internationales», in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XX^e siècle : le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, p. 85-110 ; M. Lachs, «La preuve et la Cour internationale de Justice», in Ch. Perelman et P. Foriers (dir. publ.), *La preuve et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 109-123 ; C. F. Amerasinghe,

surtout que, pour la première fois, la Cour est saisie d'une accusation grave de génocide à l'encontre d'un Etat et que, devant une telle accusation, le problème des preuves revêt une importance et une acuité singulières ; il est donc logique et normal qu'elle soit sollicitée ou qu'elle mette en œuvre d'elle-même tous les moyens que lui offre son Statut afin de parvenir à des conclusions claires sur la réalité de certains faits allégués.

60. Il est bien établi dans tous les systèmes juridiques, qu'ils soient nationaux ou internationaux, que la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut ; en l'occurrence, devant la Cour internationale de Justice, il appartient à la Bosnie-Herzégovine de montrer que la Serbie a commis un génocide ou, à défaut, qu'elle en a été complice. L'une des principales allégations est que des membres des forces militaires et paramilitaires serbes ont été les auteurs ou, à tout le moins, les complices des actes de génocide qui ont eu lieu sur le territoire bosniaque et, à l'appui de cette allégation, elle fournit un document produit devant le TPIY susceptible d'étayer et de rendre crédible l'allégation ; mais ce document est incomplet par la volonté de la Partie défenderesse qui en a occulté une grande partie et il est impossible d'en avoir une connaissance complète sans l'intervention de la Cour pour demander sa production intégrale. Par ailleurs, il y a des présomptions suffisamment étayées et graves qui justifient une telle intervention puisque ce document est susceptible de «préciser tout aspect des problèmes en cause» (Règlement précité, art. 62), c'est-à-dire le degré et la nature de l'implication de la Serbie dans le déroulement des tragiques événements de Bosnie-Herzégovine ; en outre, bien que ce document incomplet fasse maintenant partie des éléments du dossier, la Cour l'a examiné trop succinctement et dans des conditions peu favorables à son interprétation pour tirer des conclusions dans un sens ou un autre à propos des parties occultées.

61. Il est permis de penser que ce document n'a pas été l'objet du traitement approprié par la Cour qui s'est abstenue d'utiliser ses pouvoirs en vue d'appréhender la vérité des faits. Nous sommes dans une situation tout à fait particulière où la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve a honoré son obligation jusqu'à un certain point où elle se heurte à la volonté de son adversaire qui détient la pièce demandée et par là même la clef de la solution ; il en résulte une situation d'inégalité au détriment du requérant et une intervention de la Cour n'aurait fait que rétablir l'égalité des parties en appliquant, raisonnablement et équitablement, le principe de la charge de la preuve. Une telle solution serait conforme aux conclusions tirées des débats de l'Institut de droit international⁶⁴ et ne mettrait pas en cause, selon l'opinion d'un ancien président de la Cour, l'impartialité ou l'indépendance de celle-ci⁶⁵. Par ailleurs, bien qu'il n'y ait pas, dans le Statut et le Règlement de la Cour, de règle relative à l'obligation de coopération en matière de preuve, la Partie adverse doit cependant se comporter de bonne foi et ne pas s'opposer à la production d'une pièce qu'elle détient et qui est nécessaire pour l'établissement des faits⁶⁶ ; la

«Principes en matière de preuve dans le procès international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70, 1, 2002-2003, p. 139-398 ; H. W. A. Thirlway, «Evidence before International Courts and Tribunals», in R. Bernhardt et al. (eds), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, 2, p. 330 et suiv. ; J. C. Witenberg, «La théorie des preuves devant les juridictions internationales», *RCADI*, 1936-II, t. 56, p. 5-102.

⁶⁴ Selon le rapporteur, C. F. Amerasinghe, «In the application of this principle the tribunal may in the appropriate circumstances divide the burden of proof in relation to a particular situation» et il propose, dans le projet d'articles, des dispositions prévoyant que les parties doivent coopérer avec le tribunal pour la production de preuves, notamment celles qui sont en leur possession ou sous leur contrôle (cf. *Principes en matière de preuve dans le procès international*, p. 197 et 392 et suiv.).

⁶⁵ Cf. les observations du président G. Guillaume, sur le rapport de C. F. Amerasinghe à l'Institut de droit international, *Principes en matière de preuve dans le procès international*, p. 314.

⁶⁶ C'est incontestablement ce principe qui a inspiré le comportement de la Suisse dans l'affaire de l'*Interhandel*, lorsqu'elle déclare : «Toutefois, si la Cour le désirait, le Gouvernement suisse serait disposé à se départir de toute règle stricte relative à la répartition du fardeau de la preuve entre la partie demanderesse et la partie défenderesse.» (Mémoire de la Suisse du 3 mars 1958, *C.I.J. Mémoires 1959*, p. 128, par. 82.)

doctrine est généralement d'accord pour dire qu'il y a là un principe général de droit⁶⁷ et, comme le rappelle le rapporteur de la Commission du droit international, le professeur George Scelle, lors des travaux relatifs au modèle de règles sur la procédure arbitrale : «il est ... un principe certain, c'est que les Etats en litige ont l'obligation de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve»⁶⁸. On ne peut donc que relever ou déplorer la pusillanimité et le refus de la Cour de se donner, en toute légalité et équité, un moyen parmi d'autres de s'assurer de la réalité d'une allégation dans un dossier où la recherche de la vérité est particulièrement attendue et nécessaire. Une position excessivement rigide dans ce domaine ne peut qu'aboutir à des résultats déraisonnables ou injustes⁶⁹, parce que «les circonstances de fait» que la Cour doit prendre en considération (Règlement, art. 95, par. 1) ne l'ont pas été effectivement, en raison de l'absence d'un élément de preuve dont elle aurait pu requérir la production ; il est loisible de rappeler ici la pertinente observation du juge Bustamante, dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

«Certes, j'admets, que dans chaque cas, la charge de la preuve appartient à une des Parties ; mais il est aussi vrai que les intérêts supérieurs de la justice donnent à la Cour la faculté de faire tout son possible pour amener les Parties à préciser les faits non suffisamment éclaircis.» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1964, p. 80.*)

Il est permis de penser que la Cour a laissé passer une occasion favorable de mettre en œuvre légitimement les pouvoirs que lui accorde son Statut en matière de preuve ; si cela est particulièrement regrettable dans le contexte dramatique de la présente affaire, cela peut l'être de manière plus générale, pour l'avenir, dans toutes les affaires où des crimes seraient allégués sur la base d'éléments de preuve identifiés mais détenus par l'une des parties qui refuse de les communiquer. En s'abstenant d'intervenir, à la demande de l'autre partie ou de sa propre initiative — alors que la recherche de la vérité requiert une telle intervention — la Cour risque de créer un précédent troublant et préoccupant.

62. Si, dans l'avenir, la Cour devait se prononcer à nouveau sur l'existence d'un génocide, on peut se demander comment elle pourrait s'acquitter véritablement d'une telle mission. Dans la présente affaire, s'il n'y avait pas eu l'énorme travail d'investigation accompli par le procureur du TPIY et le minutieux travail de vérification effectué par les chambres du TPIY pour établir les faits et constater la réalité des actes de génocide, la Cour n'aurait pas été en mesure de disposer d'une connaissance appropriée des faits lui permettant de se prononcer sur les crimes allégués et les responsabilités encourues. Quoi qu'elle dise, et contrairement à ce qu'elle laisse entendre au paragraphe 181, la Cour n'est pas équipée juridiquement et matériellement pour mener les enquêtes nécessaires pour établir la culpabilité des personnes qui seraient les auteurs d'actes de génocide, alors même que cela est le point de départ pour ensuite établir si ces actes sont imputables à des personnes ou organes relevant, à un titre ou un autre, de l'Etat mis en cause pour violation de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Dans la présente affaire, le rôle joué par le TPIY, l'apport des différents organes des Nations Unies et d'autres instances régionales ou nationales ainsi que le changement de régime opéré à Belgrade, avec la chute des dirigeants de la RFY impliqués dans les violences en Bosnie, ont facilité l'établissement des faits et l'accès aux preuves. Mais, dans un autre contexte où les dirigeants de l'Etat mis en cause seraient toujours en place et où il n'y aurait pas de tribunal pénal international chargé de poursuivre les auteurs d'actes de génocide, la Cour serait pratiquement dans l'impossibilité de réunir les éléments suffisants pour lui permettre de se prononcer sur la réalité des actes de génocide et d'en tirer les

⁶⁷ Cf. G. Niyungeko, *op. cit.*, p. 172 et suiv. ; J.C. Witenberg, *op. cit.*, p. 47-49 ; Amerasinghe, *op. cit.*, p. 305-306 ainsi que les observations de sir Ian Sinclair, p. 327.

⁶⁸ Cf. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, p. 134.

⁶⁹ Cf. C.F. Amerasinghe, «Principes en matière de preuve dans le procès international», *op. cit.*, p. 219.

conclusions sur l'implication éventuelle d'un Etat ; cela serait d'autant plus vrai que la Cour a montré qu'elle a une approche très restrictive dans la mise en œuvre et l'interprétation de son Règlement, en refusant de jouer un rôle plus actif dans l'établissement des faits et la recherche de la vérité.

63. Tout en refusant de demander la production du document, la Cour laisse entendre qu'elle est libre de tirer les conclusions pertinentes de sa non-communication (paragraphe 206) ; toutefois, il n'en a rien été en l'espèce. En effet, la principale conclusion défavorable résultant de l'arrêt — qui consiste en l'espèce à dire que le défendeur n'a pas respecté son obligation de prévenir et de punir le crime de génocide — semble sans lien avec le document dont la Cour n'a pas jugé utile de demander la production. Faute de connaître le contenu exact de ce document occulté, il est objectivement difficile et très aléatoire de dire si ce contenu aurait eu ou non une influence décisive pour se prononcer dans un sens ou dans un autre à propos des principales allégations portées contre le défendeur :

- la commission du génocide par l'intermédiaire de ses organes ou de personnes pour les actes desquelles sa responsabilité est engagée ;
- l'entente en vue de commettre le génocide ou l'incitation à commettre le génocide ;
- la complicité dans le génocide.

Du fait de cette incertitude et compte tenu des explications qui vont suivre, on ne peut qu'éprouver de sérieux doutes devant la démarche de la Cour ; en concluant à l'absence de violation des trois obligations susmentionnées, sans avoir effectué l'effort approprié pour encourager la production d'éléments de preuve, la Cour ne peut que susciter des interrogations et des objections tant en ce qui concerne l'application et l'interprétation de son Règlement que les conclusions auxquelles elle est parvenue.

IV. LE PROBLEME DE L'INTENTION DANS LE CRIME DE GENOCIDE

64. La définition du crime de génocide donnée par la Convention dans son article II repose sur la réunion de deux éléments constitutifs du crime, l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément intentionnel (*mens rea*). Outre le génocide, la Convention punit les actes d'entente, d'incitation, de tentative et de complicité dans le génocide. Il incombe aussi à tous les Etats liés par la Convention de prévenir et de punir la commission du génocide. Les actes de génocide sont toujours commis par des individus relevant d'une entité qui est le véritable chef d'orchestre de ces actes⁷⁰ ; celle-ci est généralement un Etat qui agit à travers ses organes ou à travers des organes tiers opérant pour son compte, en son nom ou même sur la base d'un rapport de fait avec l'Etat, sans être légalement investis d'un pouvoir. Donc le lien de la personne morale qu'est l'Etat avec l'infraction est médiat, par l'intermédiaire de personnes physiques dépendant d'elle à un titre ou un autre et, de ce fait, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat concerné. Cette réalité a une incidence majeure sur la preuve de l'intention génocidaire, à savoir quels sont les auteurs dont l'intention est requise : l'auteur matériel de l'acte, le planificateur du crime ou les deux.

⁷⁰ Selon le TPIR, «quand bien même l'existence d'un plan précis visant à détruire le groupe ne constituerait pas en soi un élément du génocide, il semble, cependant, qu'il soit virtuellement impossible de perpétrer le crime de génocide en l'absence d'un tel plan ou d'une telle organisation» (affaire *Kayishema*, jugement du 21 mai 1999, par. 94). Quant au TPIY, il remarque «qu'il sera en pratique très difficile d'apporter la preuve de l'intention génocidaire d'un individu si les exactions commises n'ont pas un caractère massif et si l'acte criminel reproché n'est pas soutenu par une organisation ou un système» (affaire *Jelisić*, Chambre de première instance, jugement du 14 décembre 1999, par. 101).

65. Les crimes punis par la Convention étant tous des crimes intentionnels, ils peuvent être invoqués pour fonder, d'une part, la responsabilité individuelle de leurs auteurs, d'autre part, la responsabilité de l'Etat, puisque la Convention ne restreint pas les actes énumérés à l'article III à la seule responsabilité individuelle, comme nous l'avons vu dans les développements précédents. La particularité du crime de génocide est qu'il nécessite la réunion d'une intention générale et d'une intention spécifique, les moyens de preuve de l'élément intentionnel étant soumis aux règles générales de la preuve devant la Cour qui doit rechercher ou déduire l'intention des circonstances de l'espèce, avec cependant cette circonstance que sa tâche est grandement facilitée par le travail déjà accompli par les tribunaux pénaux internationaux qui apportent à la fois des éléments de preuve et des éclaircissements sur l'intention.

A. L'élément intentionnel

66. On débat souvent de l'importance accordée à l'élément intentionnel, certains regrettant le subjectivisme introduit dans la Convention avec la crainte de voir «les auteurs d'un crime échapper à la répression sous le prétexte d'absence d'intention coupable»⁷¹, et que ceci «offre une échappatoire commode pour les Etats»⁷². «Une opinion répandue préfère en effet considérer qu'il y a génocide dès qu'il y a extermination massive, sans qu'il faille avoir égard à la finalité poursuivie»⁷³, mais cette position risque d'altérer la définition conventionnelle du génocide qui met l'accent sur une intention spéciale de détruire un groupe comme tel. Si les exterminations massives ne visent pas les individus en raison même de leur appartenance à un groupe particulier, on ne peut parler de génocide au regard de la Convention ; par contre, comme le souligne un auteur :

«Il y aura ... génocide dès l'instant où, dans le cours d'une politique dont les conséquences dommageables apparaissent sans ambiguïté, quel qu'en soit l'objet propre, l'intention de détruire un groupe en tant que tel survient. Poursuivre, sinon définir, une telle politique doit en pareil cas être constitutif de génocide, même si ses effets destructeurs n'ont aucunement été voulus initialement.»⁷⁴

67. Certains auteurs soutiennent que le crime de génocide recouvre des actes, qui sans avoir pour objectif premier de faire disparaître physiquement un groupe, entraînent la disparition ou le risque de disparition du fait de leur accomplissement. Cette acception «permettrait de qualifier de crime de génocide, outre l'anéantissement délibéré d'un groupe, les pratiques de déplacements forcés de population et autres actes de «purification ethnique»»⁷⁵, comme nous le verrons plus loin. Dans tous les cas, la caractéristique du crime de génocide tel que défini par la Convention réside dans l'existence d'un dol et plus précisément d'un dol général et d'un dol spécial.

68. Le dol général est la connaissance effective des éléments matériels de l'infraction et de la volonté d'agir de l'auteur. La définition du génocide exige une intention générale qui est celle de commettre un des cinq actes énumérés par l'article II, à savoir

a) le meurtre de membres du groupe ;

⁷¹ J. Verhoeven, «Le crime de génocide : originalité et ambiguïté», *op. cit.*, p. 17.

⁷² A. Cassese, *op. cit.*, p. 184.

⁷³ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 19-20.

⁷⁵ L. Boisson de Chazournes, «Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide», *AFDI*, 1993, vol. XXXIX, p. 530

- b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres de groupe ;
- c) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Par leur nature même, ces actes constituent des actes conscients et délibérés, et ne peuvent résulter d'un accident ou d'une négligence. L'accent mis sur l'intention dans l'alinéa c) (soumission intentionnelle) n'a pas de véritable conséquence juridique, puisque l'intention doit être établie pour chacun des actes énumérés. Comme on l'a fait remarquer :

«Le caractère limitatif de l'énumération contenue à l'article II se comprend en principe aisément, compte tenu des règles traditionnelles qu'expriment en droit pénal les adages *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*. Il ne faut d'ailleurs pas l'exagérer, tant les termes utilisés sont relativement larges et doivent le demeurer malgré le principe de l'interprétation restrictive des dispositions répressives.»⁷⁶

69. Dans le crime de génocide, il ne suffit pas que l'auteur ait voulu commettre un des actes énumérés à l'article II, encore faut-il qu'il ait agi «dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux». Cette intention spécifique exige donc que l'acte soit susceptible d'engendrer un dommage particulier, et que l'auteur soit conscient de cela. La destruction effective du groupe n'est pas une condition nécessaire à la qualification du crime de génocide, la seule intention de rechercher ce dommage particulier suffit pour conclure à l'existence de l'infraction⁷⁷.

70. L'intention spécifique doit être distinguée du mobile. Certains auteurs considèrent que le dol spécial est l'inclusion du mobile dans l'intention délictueuse, et que «la théorie du génocide ... déroge [ainsi] au droit commun en ce qu'elle englobe le mobile dans la constitution légale du délit»⁷⁸. Toutefois, ces analyses ne sont pas toujours claires et introduisent un doute sur deux notions différentes qui semblent parfois être utilisées l'une pour l'autre, surtout lorsque certains assimilent le mobile au dol spécial, et appellent «motifs» les autres raisons indifférentes à l'infraction. Par exemple ce que certains auteurs appellent «mobiles» et excluent de la définition de l'infraction⁷⁹, d'autres l'appellent «motifs» et ils l'excluent également de la définition de l'infraction⁸⁰. Ce qui importe dans l'application de la convention sur le génocide, est que ses rédacteurs aient décidé d'inclure dans la définition du crime de génocide l'intention spécifique de détruire un groupe particulier (que certains appellent «mobile»), et d'exclure les autres raisons qui peuvent sous-tendre cette volonté destructrice. L'intention consiste en la volonté d'un résultat délictueux, alors que le mobile est la raison qui pousse l'agent à accomplir l'infraction (par

⁷⁶ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ N. Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, (1960) p. 58 («Actual destruction need not occur; intent is sufficient.»), Shaw, M. N., «Genocide in International Law» in *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honor of Shabtai Rosenne*, p. 797-805, (1989) («Actual physical destruction is not required; what is essential is the need to demonstrate the subjective element»).

⁷⁸ H. Donnedieu De Vabres, «De la piraterie au génocide : les nouvelles modalités de la répression criminelle», *Mélanges G. Ripert*, 1950, t. 1, p. 245, cité par Joe Verhoeven, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁹ A. M. La Rosa et S. Villalpando, «Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d'appréhension des éléments constitutifs du crime, *op. cit.*, («l'infraction est indifférente aux mobiles, quels qu'ils puissent être»).

⁸⁰ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 19 («les motifs pour lesquels le génocide est perpétré sont parfaitement indifférents»).

exemple la vengeance, l'enrichissement, etc.) ; le mobile pouvant varier d'une personne à une autre dans un même type d'acte, l'infraction est indifférente aux mobiles, quels qu'ils puissent être⁸¹. L'intention spécifique dans le crime de génocide peut être complexe et comporter plusieurs aspects, mais il doit toujours s'agir de l'intention de «détruire, en tout ou en partie, un groupe ... comme tel», le groupe visé pouvant être «national, ethnique, racial ou religieux» (convention sur le génocide, art. II).

1. Détruire en tout ou en partie un groupe comme tel

71. Littéralement, détruire c'est «altérer profondément et violemment (quelque chose d'organisé) de manière à faire perdre l'aspect, la forme, les caractères essentiels»⁸². Tuer est l'une des manières de détruire mais pas la seule. La Chambre d'appel du TPIY a indiqué, dans l'affaire *Krstić*, que l'intention de détruire le groupe en tant qu'entité séparée et distincte peut se manifester par le transfert forcé d'une population qui est alors un autre moyen de parvenir à la destruction physique de la communauté visée⁸³. L'acte prohibé doit être commis en raison de l'appartenance de la victime à un certain groupe et dans le but de réaliser l'objectif global de destruction du groupe. Mais il n'est pas nécessaire que l'auteur du génocide cherche à détruire tout le groupe, il suffit que son intention soit d'en détruire une partie. Selon certains auteurs, l'adjonction du mot «comme tel», «a pour seule raison d'être de mettre en lumière l'essence d'un crime particulier, qui tient dans la volonté de détruire un groupe d'êtres humains ; elle ne véhicule aucune autre restriction, pour discutable que puisse paraître son emploi»⁸⁴. D'après le commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui reprend la définition du génocide de la convention de 1948, détruire le groupe «comme tel», signifie détruire «une entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe»⁸⁵.

72. Notons que la Convention ne prévoit pas de seuil quantitatif pour la réalisation du crime de génocide. Dès lors que l'intention est établie et que l'exécution du crime a commencé, rien n'empêche qu'un génocide soit commis même si le nombre de victimes est réduit. Il suffit d'avoir commis l'un quelconque des actes énumérés dans l'intention de parvenir à la destruction totale ou partielle d'un groupe protégé ; sur le plan du principe et à la limite on peut dire qu'«un seul meurtre, une seule atteinte à l'intégrité physique d'un membre du groupe seraient suffisants, pourvu qu'ils soient accompagnés de l'intention spécifique de leur auteur»⁸⁶ ; toutefois, une telle situation relève plutôt de l'hypothèse d'école, car dans toute politique de génocide il y a inévitablement ou nécessairement un aspect quantitatif et à tout le moins le crime doit viser un nombre suffisamment important, ou une partie substantielle du groupe protégé, comme le relève la Cour (paragraphe 198). Dans la présente affaire, les preuves d'un grand nombre de meurtres et d'autres atrocités commises systématiquement dans différents endroits du territoire bosniaque ne manquent pas. Les écritures et les plaidoiries du demandeur abondent d'exemples que le défendeur — faute d'en contester la réalité pour la plupart d'entre eux — s'efforce de minimiser ou de leur donner une qualification différente. Selon le recoupement de multiples témoignages, des dizaines de milliers de non-Serbes, musulmans pour la plus grande partie d'entre eux, ont été tués de 1992 à 1995, et ces pratiques constantes constituaient pour une partie d'entre elles des formes de destruction de la communauté «non serbe», si on admet que le groupe peut être défini d'une manière négative. Sans prétendre être exhaustive, la Cour donne une illustration accablante de

⁸¹ A. M. La Rosa et S. Villalpando, *op. cit.*, p. 83.

⁸² *Le Robert*, dictionnaire de la langue française, 2^e éd., 1992.

⁸³ Arrêt du 19 avril 2004, par. 31.

⁸⁴ J. Verhoeven, *op. cit.* p. 19.

⁸⁵ Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session, Nations Unies, doc A/51/10, p. 47.

⁸⁶ A. M. La Rosa et S. Villalpando, *op. cit.*, p. 87.

l'importance et de la gravité des meurtres commis contre les populations civiles dans les paragraphes 245 à 276 ; si leur nombre se compte souvent par dizaines ou centaines, il se compte parfois par milliers comme cela est indiqué par la Cour dans plusieurs paragraphes (247, 252, 257-259, 262 et 271).

2. Un groupe national, ethnique, racial ou religieux

73. Le but de la Convention est de protéger des groupes aussi larges que possible, dès lors qu'ils présentent «l'élément essentiel de stabilité»⁸⁷. La stabilité et la permanence du groupe sont parmi les raisons pour lesquelles les rédacteurs de la Convention n'ont pas inclus les groupes économiques, politiques, culturels ou sociaux parmi les groupes protégés. La Convention ne fournit pas de définition des termes «national, ethnique, racial ou religieux», ce qui n'est pas une véritable lacune car ce qui importe n'est pas tant la détermination objective des caractéristiques propres à chaque groupe, que le fait que «des mesures ont été prises dans la pratique pour les distinguer»⁸⁸. Examinant les travaux préparatoires de la convention de 1948, le TPIR précise que la Convention a pour but de protéger «tout groupe stable et permanent»⁸⁹. C'était le cas des Tutsis, dont la carte d'identité faisait apparaître leur appartenance ethnique. C'est également le cas des Serbes, des Croates et des Musulmans, reconnus comme tels dans la Constitution de la RFSY, puis celle de la Bosnie-Herzégovine.

74. L'identité musulmane n'est pas considérée en Bosnie-Herzégovine comme une simple appartenance à une religion ; elle se réfère à un «groupe de personnes qui ont en commun une culture, une langue et un mode de vie traditionnel particuliers», comme l'indique le demandeur. C'est donc l'expression «groupe ethnique» qui recouvre le plus justement la motivation à la base des crimes commis en Bosnie-Herzégovine par les Serbes. L'ethnie définit en effet généralement un groupe culturel ou linguistique, infra-national et infra-étatique. La victime peut être les «Musulmans de Srebrenica»⁹⁰ ou de toute autre municipalité, puisqu'ils constituent une partie d'un groupe plus large que sont «les Musulmans de Bosnie». Le demandeur a évoqué la possibilité de définir le groupe d'une manière négative, à savoir «les non-Serbes» (CR 2006/32, p. 23, par. 9) ; cela n'implique pas l'absence d'actes de génocide pour absence de groupes spécifiques visés, comme le soutient le défendeur ; en effet, deux communautés ont été spécialement visées : les Croates de Bosnie-Herzégovine et surtout les Musulmans de Bosnie-Herzégovine. Comme le constate la Cour à la suite du TPIY, sur la base d'informations établissant les faits, le génocide a visé principalement les Musulmans : quantitativement parce qu'ils ont été les principales victimes des crimes massifs ; intentionnellement parce qu'ils sont visés par les déclarations belliqueuses de dirigeants serbes (notamment le chef politique des Serbes de Bosnie, R. Karadžić). Le fait que des Croates aient été également victimes de crimes ne prive pas le schéma criminel de sa dimension génocidaire. Dans tous les génocides commis et reconnus (Juifs, Tutsis), des personnes d'autres groupes que le groupe visé initialement ont été victimes, sans que cela n'affecte la réalité et la qualification du génocide. De ce fait, on peut s'interroger s'il est justifié de retenir seulement une définition positive du groupe visé et d'exclure toute définition négative ; une telle position est excessivement restrictive et l'interprétation dans le sens des travaux préparatoires de la convention sur le génocide et de l'avis consultatif de la Cour de 1951 (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), au paragraphe 194 de l'arrêt, ne repose pas sur des bases convaincantes.

⁸⁷ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée Générale, première partie, Sixième Commission, soixante-neuvième session*, p. 58 (M. Perez Perozo, Venezuela).

⁸⁸ A. M. La Rosa et S. Villalpando, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁹ Affaire *Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998, par. 701.

⁹⁰ Cette dénomination est retenue par le TPIY dans plusieurs affaires (*Tadić, Krstić, Blagojević*).

75. C'est sur la base du massacre d'environ 7000 Musulmans que le TPIY a qualifié les actes commis en 1995 à Srebrenica de génocide. Le général Radislav Krstić, dont l'intention individuelle génocidaire n'a pas été retenue, a été condamné pour complicité dans le génocide par le Tribunal en première instance le 2 août 2001, ce qui a été confirmé par la Chambre d'appel le 19 avril 2004. C'est sur la base de réalités factuelles et de l'intention globale à l'origine des crimes commis, que le demandeur soutient, avec des arguments suffisamment convaincants, l'existence d'une volonté des Serbes non seulement d'extirper en totalité les non-Serbes, en particulier les Musulmans, de certains territoires bosniaques, mais aussi d'en détruire la plus grande partie et parfois la totalité dans certaines régions. Eu égard au contexte particulier des actes commis en Bosnie-Herzégovine, il est en effet justifié d'élargir l'acceptation du «groupe ethnique», ou plutôt d'en adopter une définition négative ou inversée. C'est conscient de leur propre appartenance à un groupe ethnique que les Serbes ont eu l'intention de détruire sur le territoire bosniaque les personnes n'en faisant pas partie. La conception de la réalité objective de l'ethnie mérite d'être nuancée en fonction des circonstances, pour prendre également en considération une conception subjective de l'ethnie par les auteurs des crimes dans le choix de leurs victimes. L'important est le choix discriminant des victimes, sur la base d'une appartenance ou non-appartenance jugée subjectivement par les criminels.

76. Analysant les actes commis en Bosnie, Victor-Yves Gheballi rappelle qu'avant l'éclatement de la RFSY, elle regroupait divers rameaux de l'ethnie slave (donc Serbes, Croates et Musulmans) et des ethnies non slaves (tels que les Albanais)⁹¹ ; le conflit ethnique éclate dès lors que l'un des protagonistes érige la protection de l'identité collective de sa proto-nation en enjeu d'un combat. L'auteur rappelle également la dimension fantasmagique inhérente à tout génocide, la surestimation du «soi collectif» d'une ethnie, accompagnée de la diabolisation ontologique d'un autre groupe ethnique de l'Etat-nation en déconstruction. La nécessité de restaurer un Etat mythique de pureté ethnique originelle justifie alors l'élimination de l'ethnie diabolisée. Dénonçant l'auto-surestimation ethnonationaliste des Serbes, M. Gheballi confirme que la purification ethnique fut l'objectif, et non la conséquence, de la guerre, avec sa dérive vers l'incitation à commettre un génocide.

77. Notons que l'incitation doit être directe et publique à la fois, une incitation privée n'ayant pas été retenue par les rédacteurs de la Convention. L'élément intentionnel de cette infraction consiste en la conscience de l'auteur que les actes qu'il commet incitent à la commission d'un génocide. Il s'agit de la volonté d'inciter, indépendamment du fait que ces incitations ont atteint leur but et conduit effectivement à un génocide ; l'incitation directe et publique à commettre un génocide ne nécessite pas la preuve qu'un génocide ait été commis. Le fait de propager de manière délibérée l'idéologie de la «Grande Serbie», et de susciter la haine raciale dans le contexte de l'époque en appelant à la création d'un Etat exclusivement serbe, d'inciter au «nettoyage ethnique» et de faire naître un esprit général de haine ethnique et religieuse, etc., sont autant d'incitations directes et publiques au sens de la Convention. A titre d'exemple, dans l'affaire *Tadić*, le TPIY retrace la campagne de propagande qui fut menée dès 1989 pour préparer les Serbes de Bosnie à la suite des événements, en leur disant qu'ils étaient la cible d'un massacre que les Musulmans étaient en train de fomenter⁹². La création d'un climat malsain de haines et de peurs focalisées sur un groupe déterminé est toujours le point de départ d'une politique de discrimination qui se transforme peu à peu en campagne d'exactions, puis d'élimination.

⁹¹ V.-Y. Gheballi, «Les Nations Unies et les organisations régionales dans les conflits yougoslaves : complémentarité ou concurrence ?», *Les Nations Unies et l'ex-Yougoslavie, rencontres internationales d'Aix-en-Provence*, Pedone, 1998, p 41. Du même auteur, «Le semblable et le différent. Réflexions sur les conflits ethniques de l'Europe post-communiste», *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Pedone, 1998.

⁹² *Tadić*, IT-94-1-T, Chambre de première instance, jugement du 7 mai 1997, par. 96.

78. L'élément intentionnel de l'entente en vue de commettre un génocide consiste en la résolution d'agir dans le but de commettre un génocide, et la participation à un plan commun. L'existence d'un plan fait partie logiquement d'une telle entreprise criminelle, même s'il n'a pas nécessairement abouti dans la pratique. De l'ensemble des éléments réunis par le demandeur, il ressort l'existence d'une entente entre les autorités de Belgrade et de Pale, pour planifier et mettre en œuvre une politique d'élimination des populations musulmanes par le biais des différentes formations armées de la Republika Srpska, des paramilitaires serbes et de certains éléments des forces militaires serbes (VRS ou armée de la République serbe). Si l'intention peut parfois se constater, elle se déduit généralement d'un certain nombre d'actes et de comportements dont l'appréciation est laissée naturellement à la libre appréciation des juges, bien qu'il faille tenir compte «de la prépondérance des preuves ou de la balance des probabilités»⁹³.

B. La déduction de l'intention génocidaire

79. Celui qui allègue un fait doit le prouver et, une fois que le demandeur a satisfait à l'obligation d'établir les preuves des violations de la Convention, c'est au défendeur qu'il appartient de produire les preuves à décharge démontrant que les faits allégués ne sont pas exacts ou qu'ils n'étaient pas commis dans l'intention de détruire un groupe protégé par la Convention. Les juges peuvent dès lors accepter tous les moyens de preuve qu'ils jugent pertinents et probants, puisque

«[la Cour] dispose, dans les limites de son Statut et de son Règlement, d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve, étant clair par ailleurs que les principes généraux de procédure judiciaire gouvernent nécessairement la détermination de ce qui peut être tenu pour établi» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 40, par. 60).

80. Les preuves documentaires demeurent un moyen de preuve privilégié, mais les déclarations officielles sont aussi une source importante à laquelle la Cour recourt pour prouver la matérialité des faits. La Cour elle-même avait dit que

«[l']un des effets juridiques qui peuvent s'attacher à ces déclarations [déclarations de responsables] est qu'elles peuvent être considérées comme établissant la matérialité de faits, leur imputabilité aux Etats dont les autorités ont fait les déclarations et, dans une moindre mesure, la qualification juridique desdits faits.» (*Ibid.*, p. 43, par. 71.)

Par ailleurs, «la Cour n'est pas tenue de se limiter aux éléments [de preuve] que lui soumettent formellement les parties» (*ibid.*, p. 25, par. 30) et elle peut d'elle-même chercher à obtenir d'autres éléments de preuve. Toutefois, comme nous l'avons regretté précédemment, la Cour n'a pas mis en œuvre les moyens dont elle dispose, y compris lorsque cela était apparu opportun.

1. La preuve de l'élément intentionnel

81. La Convention ne fournit aucune règle particulière en matière de preuve de l'élément moral. L'intention spécifique de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tout ou en partie, qui s'inscrit dans une politique générale étatique, est rarement expresse et doit nécessairement être déduite des circonstances de l'espèce, surtout qu'il s'agit de prouver l'intention

⁹³ A. M. La Rosa et S. Villalpando, «Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime», *op. cit.*, p. 101.

coupable d'un Etat. Pour démontrer l'intention génocidaire de la Serbie, il n'est pas nécessaire que tous les actes criminels soient commis par les agents de cet Etat directement, ni que tous les individus ayant commis des atrocités aient partagé l'intention génocidaire. L'établissement de l'existence d'un plan concerté de politique génocidaire prôné par des unités militaires et paramilitaires, auquel l'Etat en cause a adhéré, apporté aide et soutien pour sa réalisation, suffirait à établir l'intention de commettre le génocide ou d'en être complice, ce qui engage alors la responsabilité de cet Etat.

82. Le demandeur a soutenu qu'il est possible de «présumer l'intention de commettre un génocide», mais il s'agit plutôt de déduire cette intention des éléments de l'espèce, et non d'émettre de simples présomptions lorsqu'il s'agit de la preuve d'un crime et surtout d'un crime aussi grave. On a pu dire : «Il est évident que la meilleure preuve d'un élément intentionnel réside dans les déclarations, les écrits et autres indices directs de la pensée de l'auteur du crime»⁹⁴ ; certes, mais dans la pratique, en raison de la nature même de ce crime, il est difficilement concevable que des gouvernants proclament publiquement ou par écrit qu'ils ont un plan de génocide, et c'est pour cela qu'il est indispensable de procéder par déduction pour établir l'intention de participer à un tel crime. Donc la preuve de l'intention se fait par déduction logique à la lumière des actes de l'accusé en vertu du principe selon lequel un auteur est censé vouloir les conséquences de ses actes. En matière de génocide, la multiplication et la systématisation de discours haineux, de manifestations violentes d'agressivité, des destructions⁹⁵, de comportements cruels et à fortiori de massacres envers un groupe protégé par la Convention suggèrent ou supposent l'intention de commettre un génocide. Le nombre de victimes est aussi un élément de preuve important, car lorsque le nombre de victimes dépasse des dizaines de milliers de personnes appartenant à un même groupe et s'étend à plusieurs zones géographiques, cela montre qu'il s'agit là d'un élément sérieux de l'intention de génocide. En somme, parce qu'un élément aussi subjectif que l'intention de détruire un groupe est difficile à établir concrètement, il est indispensable de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, et surtout de la convergence d'indices. De ce fait, je ne peux pas souscrire à ce qui est affirmé dans certains paragraphes de l'arrêt de la Cour, notamment les paragraphes 373 à 376 où elle rejette toute existence d'un plan général tendant à détruire une partie substantielle de la population musulmane bosniaque ; dans son examen de l'affaire, elle ne prend pas réellement en considération et ne met pas en perspective l'ensemble des éléments matériels et intentionnels qui ressortent du dossier soumis à son examen.

2. Le nettoyage ethnique⁹⁶

83. L'expression «clinique» nettoyage ethnique a été apparemment utilisée pour la première fois en 1981 dans les médias yougoslaves, qui évoquaient l'établissement de «territoires ethniquement purs» au Kosovo⁹⁷ et, au départ, il s'agissait d'un vocabulaire journalistique et militaire sans définition juridique précise. Le terme fut par la suite utilisé par différents organismes, à commencer par le Conseil de sécurité des Nations Unies, pour décrire la situation en Bosnie ; il a estimé que le nettoyage ethnique était illégal et inacceptable, justifiant le maintien et même l'intensification des sanctions à l'encontre de la RFY (résolution 752 (1992) du 15 mai 1992 ; résolution 787 (1992) du 16 novembre 1992). Le fait que la résolution 827 (1993)

⁹⁴ D. Boyle, «Génocide et crimes contre l'humanité convergences et divergences», in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc — Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 137.

⁹⁵ Par exemple, dans les affaires *Karadžić* et *Mladic*, le chef d'accusation du Tribunal s'est appuyé, entre autres, sur la destruction de monuments culturels pour conclure à la présence de cette intention spécifique.

⁹⁶ D'autres expressions (épuration ethnique, purification ethnique) sont parfois utilisées, sans que l'on puisse déceler de différence car elles s'avèrent être des synonymes.

⁹⁷ D. Petrovic, «Ethnic Cleansing — An Attempt at Methodology», *European Journal of International Law*, 1994, vol. 5, n° 3, p. 342.

du 25 mai 1993 créant le TPIY pour juger les diverses violations du droit humanitaire en Bosnie (préambule de la résolution) mentionne expressément le «nettoyage ethnique» dans son préambule comme crime grave est déjà un premier indice pour le considérer comme pouvant relever du crime de génocide. Pour sa part, l'Assemblée générale considéra dans un premier temps «l'odieuse pratique du nettoyage ethnique», qui constitue une violation grave et sérieuse du droit international humanitaire (résolution 46/242 du 25 août 1992), puis elle y revient de manière plus précise pour condamner «l'ignoble politique de «nettoyage ethnique», qui est une forme de génocide» (résolution 47/121 du 18 décembre 1992). La Commission des droits de l'homme usa du terme «purification ethnique» le 13 août 1992. L'année suivante, elle reprit les positions de l'Assemblée générale en rappelant que, d'une part, la population musulmane était «virtuellement menacée d'extinction», d'autre part, que le nettoyage ethnique dont elle était la principale victime, constituait une forme de génocide. Selon le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, «[q]ualifier de «nettoyage ethnique» les atrocités commises avec l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux semble tout particulièrement relever de l'euphémisme»⁹⁸, et il fut d'avis que les exécutions de Musulmans et de Croates commises par les Serbes correspondaient bien au génocide tel que défini dans la convention de 1948. Dans l'affaire *Brđjanin*, le TPIY parle d'une «stratégie de nettoyage ethnique cohérente et constante à l'encontre des Musulmans de Bosnie»⁹⁹.

84. La purification ethnique peut être, au départ, un simple transfert forcé de population qui ne figure pas parmi les actes énumérés dans la Convention et ne peut constituer à lui seul une preuve de l'intention de détruire, puisque le déplacement suppose la survie du groupe, alors que le génocide vise sa disparition. Mais, l'opération peut dégénérer pour prendre une autre allure comme l'indique W. Schabas et devenir des : «[acts] aimed at displacing a population in order to change the ethnic composition of a given territory, and generally to render the territory ethnically homogeneous or 'pure'»¹⁰⁰. Surtout, la purification ethnique est rarement un acte isolé de déplacement forcé, car elle est généralement accompagnée de meurtres, viols, tortures et autres actes de violence, destruction des biens religieux et culturels pour effacer toute trace de l'ethnie pourchassée. Dès lors, sur le terrain des faits, le nettoyage ethnique et le génocide sont deux notions qui se rapprochent et W. Schabas admet que le nettoyage ethnique est le signal d'alarme annonçant un génocide¹⁰¹. L'annonce fut malheureusement confirmée à Srebrenica où tous les hommes en âge de porter les armes furent systématiquement tués, et le reste de la population fut déplacé par la force ; environ 7000 Musulmans ont été tués, ce qui représente 20 % de la population de cette région. Dans l'affaire *Krstić*, comme nous l'avons déjà indiqué, le TPIY a dit que «le transfert forcé pouvait être un autre moyen de parvenir à la destruction physique de la communauté des Musulmans»¹⁰², et il ajoute :

«Le fait que le transfert forcé ne constitue pas en lui-même un acte génocidaire n'empêche pas pour autant une chambre de première instance de se fonder dessus pour établir l'intention des membres de l'état-major principal de la VRS. L'intention génocidaire peut être déduite, entre autres, de la preuve de «la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe.»¹⁰³

⁹⁸ «Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, note du Secrétaire général», Nations Unies, doc. A/51/457, par. 69.

⁹⁹ IT-99-36-T, jugement du 1^{er} septembre 2004, par. 548-551 ; CR 2006/5, p. 30 (Karagiannakis).

¹⁰⁰ W. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p.199.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰² *Le procureur c. Krstić*, Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, par. 31.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 33.

85. Par ailleurs, l'apport de l'affaire *Nikolić* est intéressant à ce sujet parce qu'il instaure une vision globalisante du génocide qui est décrit comme un crime traduisant et chapeautant une série d'actes divers, où l'intention peut être déduite de la politique de «nettoyage ethnique» et même de la gravité des actes discriminatoires¹⁰⁴. C'est donc dans un tel contexte qu'il convient de situer le nettoyage ethnique et qui fait que peu à peu il n'y a plus de frontière avec le génocide lui-même ; il en est à la fois le signe avant-coureur, le moyen et l'objectif.

3. La jurisprudence du TPIY

86. Le Statut du TPIY, article 4, paragraphe 2, définit le génocide en incorporant les articles II et III de la convention de 1948, permettant ainsi aux juges d'appliquer cette convention, tout en reconnaissant que celle-ci avait codifié une norme de *jus cogens*. Les jugements du TPIY sont d'une grande utilité et d'une réelle pertinence pour la Cour dans la détermination des faits et la définition du génocide puisque le Tribunal a eu l'occasion d'évaluer les faits ainsi que les intentions de leurs auteurs, relevant ce faisant des éléments de preuve de l'existence d'un plan de génocide au niveau des auteurs et planificateurs des opérations engagées en Bosnie-Herzégovine. Parmi les personnes poursuivies devant le TPIY, dix-huit ont été mises en accusation du chef de génocide et/ou de complicité de génocide. La Chambre de première instance s'est déclarée «convaincue au-delà de tout doute raisonnable qu'un crime de génocide avait été commis à Srebrenica» dans deux cas (affaire *Radislav Krstić*¹⁰⁵ et affaire *Blagojević*¹⁰⁶) et elle a reconnu les deux accusés coupables de complicité de génocide. Quatre autres personnes ont été acquittées du crime de génocide, mais jugées coupables d'autres crimes¹⁰⁷, trois personnes ont plaidé coupable et le chef d'accusation de génocide a été retiré¹⁰⁸, six affaires sont encore pendantes¹⁰⁹, et trois accusés sont toujours en fuite¹¹⁰.

87. La jurisprudence des arrêts des tribunaux pénaux, s'agissant de l'élément intentionnel, peut être éclairante. Par exemple la contribution de l'arrêt *Ntakirutimana*¹¹¹ réside dans le fait que la Chambre d'appel du Tribunal international pour le Rwanda (TPIR) a repris, dans cette affaire, certaines conclusions de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Krstić*. En conséquence, les conclusions de l'arrêt *Krstić* s'imposent désormais aux chambres de première instance du TPIY et du TPIR. Au terme de son analyse, la Chambre d'appel du TPIR a retenu et appliqué les conclusions de l'arrêt *Krstić*, en jugeant que «[the] intent to commit genocide is not required for an accused to be found guilty for aiding and abetting genocide» (par. 508) et que «a conviction for aiding and abetting genocide upon proof that the defendant knew about the principal perpetrator's genocidal intent is permitted by the Statute and case-law of this Tribunal» (par. 501). Considérant les faits de l'espèce, la Chambre d'appel a considéré que la responsabilité pénale de Gérard Ntakirutimana était engagée pour avoir «aidé et encouragé le génocide» et elle a prononcé une nouvelle condamnation à cet effet (par. 509 et 560).

¹⁰⁴ *Le procureur c. Nikolić*, décision du 20 octobre 1995, par. 34.

¹⁰⁵ *Krstić* (IT-98-33).

¹⁰⁶ *Blagojević* (IT-02-60).

¹⁰⁷ *Brđjanin* (IT-99-36), *Jelisić* (IT-95-10), *Sikiria* (IT-95-8), et *Stakić* (IT-97-24).

¹⁰⁸ *Momir Nikolić* (IT-98-33), *Obrenovic* (IT-02-60/2), et *Plavšić* (IT-00-39&40/1).

¹⁰⁹ *Beara* (IT-02-58), *Borovcanin* (IT-02--4), *Krajisnik* (IT-00-39&40), *Drago Nikolić* (IT-03-63), *Pandurević* (IT-05-86), *Popović* (IT-02-57).

¹¹⁰ *Karadžić*, *Mladić*, et *Tolimir*.

¹¹¹ *Le procureur c. Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel, arrêt du 13 décembre 2004.

88. Le jugement *Blagojević et consorts* (TPIY, 17 janvier 2005) formule les développements les plus importants depuis l'arrêt *Krstić* à propos de certains éléments du crime de génocide. Dans cette affaire, en effet, une chambre de première instance du TPIY a, d'une part, précisé la notion de «destruction physique ou biologique» d'un groupe (entrant dans la définition du *dolus specialis*) et, d'autre part, défini la *mens rea* du supérieur hiérarchique requise par l'article 7, paragraphe 3, du Statut du TPIY pour une condamnation pour crime de génocide.

89. En s'appuyant sur l'opinion du Juge Shahabuddeen dans l'arrêt *Krstić*, et après avoir analysé les textes et la situation, la Chambre a considéré que «the term 'destroy' in the genocide definition can encompass the forcible transfer of a population» (par. 665) et que :

«The physical or biological destruction of a group is not necessarily the death of the group members. While killing large numbers of a group may be the most direct means of destroying a group, other acts or series of acts, can also lead to the destruction of the group. *A group is comprised of its individuals, but also of its history, traditions, the relationship between its members, the relationship with other groups, the relationship with the land.* The Trial Chamber finds that the physical or biological destruction of the group is the likely outcome of a forcible transfer of the population when this transfer is conducted in such a way that the group can no longer reconstitute itself — particularly when it involves the separation of its members. In such cases the Trial Chamber finds that *the forcible transfer of individuals could lead to the material destruction of the group, since the group ceases to exist as a group, or at least as the group it was.* The Trial Chamber emphasises that its reasoning and conclusion are not an argument for the recognition of cultural genocide, but rather an attempt to clarify the meaning of physical or biological destruction.» (Par. 666.)

90. Au regard des faits de l'espèce et conformément à cette approche, le jugement *Blagojević et consorts* a conclu : «the criminal acts committed by the Bosnian Serb forces were all parts of one single scheme to commit genocide of the Bosnian Muslims of Srebrenica» (par. 674). En poursuivant, dans cette affaire, son examen de la complicité de génocide en vertu des articles 4 3) e), 7 1) et 7 3) du Statut, la Chambre est venue préciser l'apport de l'arrêt *Krstić* à propos de la complicité des supérieurs hiérarchiques et de la *mens rea* en concluant :

«The Trial Chamber finds that the *mens rea* required for superiors to be held responsible for genocide pursuant to Article 7(3) is that superiors knew or had reason to know that their subordinates (1) were about to commit or had committed genocide and (2) that the subordinates possessed the requisite specific intent.» (Par. 686.)

91. Il est vrai que les décisions rendues sur le fond par le TPIY dans des cas de génocide ne sont pas nombreuses, mais les constatations de fait et de droit concernant la commission de crimes contre l'humanité, d'actes de meurtres, de viols, de déplacements forcés, de destructions de mosquées et autres traces de la culture musulmane sont nombreuses et, lorsque ces constatations sont prises de manière cumulative, elles permettent de dégager l'existence d'un plan plus large porteur d'une politique de génocide ; comme l'indique le demandeur, en s'appuyant sur cette masse d'actes criminels, «c'est ce terrible schéma qui, en fin de compte, transforme de manière implacable une série de crimes ordinaires en un génocide général» (CR 2006/5, p. 19, par. 34).

V. LE PROBLEME DE L'IMPUTABILITE AU DEFENDEUR DE LA RESPONSABILITE POUR ACTES DE GENOCIDE

92. Pour que la responsabilité d'un Etat soit engagée sur la base de la perpétration du crime de génocide, il est nécessaire de démontrer que le comportement des organes et personnes ayant effectivement commis ce crime est attribuable à l'Etat. Les articles de la Commission du droit international relatifs à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale¹¹², prévoient différents modes d'attribution d'un comportement à l'Etat. Le comportement incriminé peut ainsi être le fait d'un organe de l'Etat auquel cas ce comportement sera directement imputable à l'Etat ou il peut avoir été commis par un organe ou une personne ne relevant pas officiellement de l'autorité de l'Etat mais agissant comme son organe de fait ou sous ses instructions ou son contrôle.

93. En l'espèce, la responsabilité du crime de génocide commis en Bosnie-Herzégovine peut être imputable au défendeur dans la mesure où plusieurs de ses organes auraient participé, directement ou indirectement, à sa commission. Le comportement des différents organes de la Republika Srpska est également attribuable au défendeur s'ils apparaissent comme ses organes *de facto* ou au moins comme agissant sous son contrôle. Enfin, la responsabilité du défendeur est engagée non seulement s'il a commis directement un génocide, mais elle peut l'être également pour des actes en relation avec le génocide comme nous le verrons plus loin.

A. La responsabilité du défendeur pour les actes commis pas ses organes *de jure*

94. Aux termes de l'article 4 des articles précités de la Commission du droit international, «[l]e comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat». Il est de notoriété publique et surtout il y a des preuves devant le TPIY que des organes, aussi bien politiques que militaires, relevant du défendeur ont effectivement commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dans le contexte d'une politique de «nettoyage ethnique» avec de fortes présomptions d'intention génocide et ils ont continué leur perpétration même après le retrait «officiel» de l'armée yougoslave du défendeur du territoire bosniaque. L'exécution de ces opérations par les forces combattantes serbes ne pouvait que reposer sur un projet de grande envergure mis en place par les plus hautes autorités politiques du défendeur pour permettre le contrôle de certains territoires et en exclure les non-Serbes y compris par leur déportation ou parfois extermination de groupes protégés.

95. L'intégralité des actes de la JNA puis de la VJ et des unités des paramilitaires serbes sont imputables au défendeur et ce, que ces actes constituent des actions ou des omissions. On parviendrait à la même conclusion même s'il était démontré que ses forces armées agissaient en fait sous le contrôle de la Republika Srpska, car le défendeur ne peut dégager sa responsabilité pour des faits internationalement illicites commis par des éléments relevant de ses forces armées ; en effet, l'article 7 des articles de la CDI prévoit la responsabilité de l'Etat même quand ses organes n'ont pas suivi ses instructions ou ont suivi celles d'une autre autorité. Déterminer la responsabilité des autorités de Belgrade dans les actes commis en Bosnie-Herzégovine revient à montrer que la JNA et les autres forces combattantes étaient les exécutants d'un projet voulu et mis en œuvre avec l'accord et la participation desdites autorités.

¹¹² Assemblée générale, résolution 56/83, A/RES/56/83, 12 décembre 2001, cinquante-sixième session.

96. La purification ethnique a ainsi été préparée par les autorités politiques du défendeur. Une propagande allant dans ce sens a été mise en place depuis la dissolution du parti communiste yougoslave en janvier 1990. Cette propagande tourne autour de l'idée que le peuple serbe est victime de «génocides» depuis plus d'un siècle et qu'il doit s'en préserver pour l'avenir, d'où l'idée de la «Grande Serbie» sur la base d'un principe simple : tous les Serbes dans un même Etat. L'idée directrice est que, en cas d'éclatement de la Yougoslavie, les frontières du nouvel Etat serbe ne devraient pas être tracées par rapport à celles des anciennes républiques mais en fonction de critères ethniques. Dès le 15 janvier 1991, Milošević va faire référence à cette *nation* serbe réunie au sein d'un même et seul Etat qui comprendrait au moins trois unités fédérales : la Serbie, le Monténégro et une région unie de Bosnie et Knin.

97. Les événements de Bosnie faisaient donc partie d'un plan global qui ne représente qu'un aspect du projet de la «Grande Serbie» et qui se traduit par une triple opération : une opération militaire, une opération politique et une opération de propagande. L'opération militaire a visé à organiser le nettoyage ethnique mené par l'armée régulière yougoslave et les forces combattantes enrôlées à ses côtés. Il a fallu préalablement «débarrasser» l'armée du défendeur de ses éléments non serbes pour s'assurer de sa fidélité dans les conflits à venir puis organiser l'armement des populations serbes. Ce sont les autorités de Belgrade qui ont d'ailleurs lancé les hostilités contre la Bosnie-Herzégovine juste après son indépendance. L'opération politique a consisté à coordonner les actions des différents belligérants serbes et aider à la mise en place des institutions parallèles, tant au niveau de la Republika Srpska, qu'aux niveaux inférieurs de cette nouvelle entité. Le pouvoir politique serbe a œuvré également pour que le retrait «officiel» de la JNA ne mette pas en péril le nettoyage ethnique. La volonté de la RFY de réaliser ce plan, et son implication directe bien après le 19 mai 1992, a d'ailleurs été dénoncée par l'Assemblée générale dans sa résolution 49/10 du 8 novembre 1994. Dans cette résolution, l'Assemblée générale des Nations Unies

«engage toutes les parties, en particulier la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), à se conformer pleinement à toutes les résolutions du Conseil de sécurité concernant la situation dans la République de Bosnie-Herzégovine et à respecter strictement l'intégrité territoriale de cette dernière et conclut, à cet égard, que les activités visant à réaliser l'intégration des territoires occupés de la Bosnie-Herzégovine aux systèmes de l'administration, de l'armée, de l'enseignement, des transports et des télécommunications de la République fédérative, qui équivaudraient à une occupation de fait, sont illégales, nulles et non avenues et doivent cesser immédiatement»¹¹³.

L'Assemblée a dénoncé les plans qu'elle lui attribue, en particulier celui de créer une «Grande Serbie», et lui ordonne de renoncer à l'exécution des mesures entreprises sur le terrain par la Republika Srpska mais dont elle attribue la responsabilité au défendeur.

98. La JNA (armée du défendeur) ainsi que les forces de sécurité et les forces paramilitaires serbes n'ont donc pas dépassé leurs compétences ; en fait, elles ont agi avec la coopération conjointe de deux autorités, le défendeur et la Republika Srpska et en intervenant sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine. La présence des forces du défendeur ressort des documents internes des forces de la Republika Srpska qui signalent notamment cette présence lors du massacre de Srebrenica en juillet 1995, citant avec précision les entités impliquées (forces spéciales du ministère de l'intérieur serbe et unité paramilitaire des Scorpions)¹¹⁴ Or, comme la Cour le rappelle par ailleurs, «le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat»

¹¹³ Assemblée générale, résolution 49/10 du 8 novembre 1994, doc. A/RES/49/10.

¹¹⁴ Les documents attestant cette présence sont des télégrammes du commandement de Trnovo cités dans la réplique du demandeur, produits en annexe et commentés lors des plaidoiries.

(*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999*, p. 87, par. 62). Ce principe, issu du droit international général relatif au droit des conflits armés, codifié dans les conventions de Genève, repris par le projet d'articles de la CDI a été réaffirmé récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire opposant le Congo et l'Ouganda :

«D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées.» (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 242, par. 214.)

La Cour devait d'ailleurs appliquer ce principe et reconnaître dans cette même affaire que

«l'Ouganda est responsable de l'ensemble des actes et omissions de ses forces armées sur le territoire de la RDC, qui violent les obligations lui incombant en vertu des règles, pertinentes et applicables à la situation de l'espèce, du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire» (*ibid.*, p. 203, par. 180 ; voir aussi par. 220, 250 et 345).

99. Le défendeur a reconnu récemment la responsabilité de certains de ses organes dans certains crimes commis pendant le conflit. Cette reconnaissance est toutefois exprimée en des termes flous et s'apparente davantage à une condamnation de criminels et de crimes de guerre que de crimes de génocide. Le 15 juin 2005, le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro a ainsi adopté une déclaration officielle et a condamné solennellement «les crimes commis contre des prisonniers et des civils bosniaques à Srebrenica en 1995». La déclaration comporte un autre paragraphe beaucoup plus significatif :

«[C]eux qui ont accompli les tueries à Srebrenica et ceux qui ont ordonné et organisé le massacre ne représentaient ni la Serbie ni le Monténégro, mais un régime antidémocratique de terreur et de mort, contre lequel la grande majorité des citoyens de Serbie-et-Monténégro ont opposé la plus forte résistance. Notre condamnation ne s'arrête pas aux exécutants directs. Nous demandons que soient poursuivis tous ceux, et non seulement pour Srebrenica, qui ont commis, organisé ou ordonné des crimes de guerre. Les criminels ne peuvent être des héros. Toute protection des criminels de guerre, pour quelque raison que ce soit, est aussi un crime.»

100. Le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro condamne donc bien un «massacre» impliquant des exécutants et des dirigeants de cet Etat. La non-représentativité évoquée des autorités de l'époque ne saurait avoir pour effet d'atténuer et à fortiori d'effacer les conséquences juridiques qui en découlent pour le défendeur, car il s'agissait bien du gouvernement d'un Etat établi à l'époque, exerçant effectivement le pouvoir et reconnu comme tel par la communauté internationale. Les agissements de ce gouvernement, au nom du principe universellement reconnu de la continuité de l'Etat malgré les changements de régime¹¹⁵, restent des faits de cet Etat qui continuent d'engager sa responsabilité internationale. Même si la déclaration évite de parler de génocide, il y a au moins la reconnaissance du massacre de Srebrenica ; elle parle de «crimes», «tueries» et «crimes de guerre», mais il n'appartient pas à la Serbie-et-Monténégro de qualifier unilatéralement les faits ; ce qu'elle considère comme des «crimes», «tueries», «crimes de guerre»

¹¹⁵ Il est fait référence ici au changement de régime au sein de la RFY et non pas à la disparition de la RSFY.

et autres exactions peut très bien être qualifié autrement. Il est patent que cette déclaration tardive peut être considérée comme une forme de reconnaissance de la responsabilité de l'Etat serbe pour les «tueries» de Srebrenica qualifiées de génocide par le TPIY. Il n'est pas insignifiant qu'elle reconnaisse la véracité de certains faits et qu'elle les attribue au gouvernement de l'époque dont les agissements engagent la responsabilité internationale de l'Etat. Par ailleurs, le génocide de Srebrenica ne peut être détaché de son contexte et il n'est que l'aboutissement d'un projet criminel entrepris depuis quelques années.

B. La responsabilité du défendeur pour les actes des organes de la Republika Srpska

101. Après le retrait apparent des forces du défendeur, le 19 mai 1992, la pratique du nettoyage ethnique battit son plein par le biais de la Republika Srpska et des institutions parallèles créées par les Serbes de Bosnie. Cette «prise en charge» des crimes n'était dans une grande mesure qu'un subterfuge destiné à éviter que la pression de la communauté internationale sur le défendeur ne devienne trop forte et ne mette en péril le projet serbe. La Republika Srpska et ses forces combattantes étaient en réalité sous un contrôle si étroit du défendeur qu'elles peuvent même être assimilées à des organes *de facto* de ce dernier.

1. Les organes de la Republika Srpska considérés comme des organes *de facto* du défendeur

102. Avant de déterminer si les organes de la Republika Srpska sont assimilables à des organes du défendeur, il est nécessaire de revenir sur la nature et le but des institutions parallèles mises en place sur le territoire bosniaque. L'objectif en Bosnie était de créer une continuité territoriale entre tous les territoires serbes de Bosnie-Herzégovine de façon à permettre le rattachement de ces territoires à la Serbie et de rendre tout Etat non serbe impossible sur ces territoires. Pour ce faire, les Serbes de Bosnie créèrent des institutions parallèles au niveau de leur République ainsi qu'au niveau régional et municipal. L'Assemblée serbe de Bosnie-Herzégovine fut ainsi créée le 24 octobre 1991. Le 9 janvier 1992, cette Assemblée proclama la République serbe de Bosnie, rebaptisée Republika Srpska (RS) le 12 août 1992. En mars 1992, un ministère de l'intérieur (MUP) rattaché à la structure fédérale (MUP) du défendeur fut créé pour les Serbes de Bosnie. La création de ces institutions était censée officiellement permettre de faire valoir l'autonomie des territoires de Bosnie ayant une population à majorité serbe et faciliter leur rattachement à la RFY. Elles devaient surtout être instrumentalisées pour procéder au nettoyage ethnique, de sorte que les territoires convoités deviennent, par tous les moyens, des territoires où la population serait uniquement ou majoritairement serbe.

103. Il peut sembler, de prime abord, peu évident d'affirmer que les actes des forces armées des Serbes de Bosnie (VRS) sont attribuables au défendeur par simple assimilation à un organe de l'Etat serbe. Apparemment, ces forces ne sont pas formellement qualifiées d'organes du défendeur par son droit interne ; en effet, l'article 4, alinéa 2, des articles précités de la CDI précise : «[U]n organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat.» Le critère principal pour déterminer la qualité d'organe de l'Etat d'une personne ou d'un groupe de personnes repose donc sur la qualification que le droit interne de l'Etat confère à cette personne ou à ce groupe de personnes. Toutefois, selon le commentaire de la CDI, «un Etat ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne. C'est cette idée que rend le mot «comprend» employé au paragraphe 2»¹¹⁶. Une classification incorrecte d'une personne, par le droit interne, dans le but de dédouaner l'Etat de sa responsabilité internationale ne pourra être invoquée si cette personne se comporte en fait comme un organe de l'Etat au sein de la structure étatique.

¹¹⁶ Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, 2001, A/56/10, par. 11.

104. Dans la présente affaire le défendeur, dans ses plaidoiries (CR 2006/10), évoque ce comportement en parlant d'une assimilation à un organe de l'Etat sur le plan de l'effectivité. Dans ce cas, ce sont les liens effectifs qui unissent l'Etat à ces entités apparemment extérieures qui doivent être pris en compte. L'organe par lequel l'Etat agit peut être *de jure* ou *de facto*, ce qui importe c'est qu'il se comporte en cette qualité et qu'il agisse au nom de l'Etat, que les personnes ou groupes de personnes concernés puissent être assimilés à des organes de l'Etat. Dans l'affaire *Tadić*, le TPIY considère que les actes commis par un groupe de personnes peuvent être assimilés «même en l'absence d'instructions données par un Etat à des organes de l'Etat en conséquence de leur comportement dans les faits au sein de la structure dudit Etat»¹¹⁷.

105. Or, la Republika Srpska et ses structures se sont considérées comme des subdivisions territoriales du défendeur. La Republika Srpska avait pour seul objectif de se rattacher à la RFY, de se comporter en république fédérée, ce qui implique qu'elle ne voulait pas se comporter comme une entité indépendante et ne devait avoir qu'une autonomie très relative par rapport à la RFY. Cet objectif est d'ailleurs confirmé solennellement par la «Constitution» de la Republika Srpska : selon l'article 3 de la version consolidée de ce texte, «La République est partie de la République fédérale de Yougoslavie» ; selon son article 6 : «Les citoyens de la République ont la nationalité de la Yougoslavie ainsi que la nationalité de la République». Cette constitution admet ainsi les liens de subordination et la soumission de la Republika Srpska à la RFY d'autant que cette version consolidée a été adoptée après le retrait des forces armées de la JNA et la prétendue déclaration d'indépendance de la Republika Srpska. Ces institutions parallèles n'étaient pas reconnues par la communauté internationale et n'avaient d'existence légale que par le biais du défendeur, ainsi que le montre la négociation des accords de Dayton où il n'y avait qu'une seule délégation serbe représentant à la fois la RFY et les autorités de Pale.

106. A bien des égards, la création d'une armée de la Republika Srpska (VRS), en tant que structure distincte de l'armée du défendeur, est largement formelle, car, dans les faits, elle apparaît davantage comme une unité de commandement de l'armée yougoslave reconstruite, un prolongement de la JNA (armée de la RFY) avec une certaine autonomie plutôt qu'une armée indépendante. Il est très instructif de se référer ici à l'acte d'accusation visant le général Momcilo Perisic ; en effet, celui-ci, en tant que chef d'état-major général de l'armée de la RFY de 1993 à 1998 et responsable de l'exécution des décisions du Conseil suprême de défense de la RFY, était la cheville ouvrière de l'action de soutien à la VRS, comme le constate l'acte d'accusation :

«Dans le cadre de ses fonctions ... Momcilo Perisic a exercé son autorité, selon les modalités et limites fixées par le Conseil suprême de la Défense, pour fournir une aide militaire importante à la VRS tout en sachant que celle-ci était en grande partie utilisée pour commettre les crimes visés par le présent acte d'accusation.

Cette aide se traduisait notamment par le maintien de la pratique consistant à fournir la majorité des officiers supérieurs de la VRS ainsi que de grandes quantités d'armes, de munitions et de matériel logistique nécessaires à la commission des crimes... Dans certains cas, cette aide se traduisait par l'envoi en Bosnie-Herzégovine de troupes régulières de la VJ stationnées en RFY. Momcilo Perisic a apporté cette aide en personne ou par l'intermédiaire de ses subordonnés.»¹¹⁸

L'acte d'accusation ajoute un peu plus loin le constat suivant :

¹¹⁷ TPIY, *Tadić*, IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, par. 141.

¹¹⁸ TPIY, IT-04-81, acte d'accusation modifié, par. 8-9.

«Il existait entre la VJ et la VRS une coordination si étroite que les dirigeants politiques de la Republika Srpska et le général Ratko Mladic pouvaient demander que tel ou tel officier de la VJ soit placé sous leur commandement opérationnel ou soit retiré par le biais du 30^e centre du personnel.» (Par. 14)

Certes, il ne s'agit que d'un acte d'accusation dont les allégations n'ont pas encore été confirmées par une chambre du Tribunal, mais elles ont toutes les chances de l'être si l'on se reporte aux décisions déjà intervenues à propos de personnes d'un niveau de responsabilité moins élevé ; comme l'affirme la Chambre de première instance du TPIY, dans l'affaire *Le procureur c. Brđjanin*,

«les mesures prises pour créer une VRS indépendante de la JNA n'étaient qu'un stratagème pour parer à toute éventuelle accusation d'intervention de la RFY dans le conflit armé qui se déroulait sur le territoire de Bosnie-Herzégovine et pour répondre à la demande de la communauté internationale de cesser toute participation au conflit»¹¹⁹.

107. Le commandement de l'armée de la Republika Srpska en Bosnie n'a pas été réellement indépendant et l'on peut parler plutôt d'autonomie par rapport à la JNA dont beaucoup d'officiers ont été détachés auprès de la VRS pour l'assister et parfois assurer la direction d'opérations militaires. Le 25 avril 1992, alors que la Bosnie-Herzégovine était déjà reconnue comme un Etat indépendant, le général Mladić fut nommé commandant du deuxième district de la JNA par les autorités de Belgrade. Il lui était ainsi confié la responsabilité du commandement de toutes les forces de la JNA en Bosnie. Après le retrait «officiel» des troupes serbes, il resta cependant en place. La JNA changea de nom sur ce territoire pour devenir la VRS, mais le général Mladić ne fut pas rappelé à Belgrade et, au contraire, il devint le commandant en chef de cette armée en conservant les mêmes responsabilités (mêmes troupes, même territoire, etc.) ; le 24 juin 1994, le Conseil suprême de la défense de Belgrade — la plus haute autorité politique et militaire du défendeur — l'a promu au grade de général de corps d'armée de l'armée du défendeur, grade qu'il conservera jusqu'au mois de mai 2002.

108. A Belgrade, au sein de l'armée du défendeur rebaptisée la VJ, un nouveau service était créé par le Conseil suprême de la défense pour gérer et contrôler tous les officiers de l'armée du défendeur (VJ) engagés dans le conflit bosniaque au sein de la VRS : le 30^e centre du personnel. Par l'intermédiaire de ce service, les officiers continuaient de recevoir leur traitement par la VJ alors qu'ils accomplissaient leurs missions au service de la VRS. Toutes les questions de personnel concernant ces officiers (solde, retraite, promotion, etc.) ont été prises en charge par ce service de la VJ puisqu'ils continuaient de demeurer des officiers de l'armée du défendeur tandis que le reste des militaires de la VRS était payé sur le budget de la République serbe de Bosnie, encore que ce budget était lui-même assuré en grande partie par Belgrade. Les procès-verbaux des séances du Conseil suprême de la défense prouvent que Belgrade avait la mainmise sur une partie significative des officiers de l'armée de la Republika Srpska qui étaient avant tout des officiers de l'armée du défendeur, à commencer par le commandant en chef. A cet égard, il y a des conclusions surprenantes de la Cour dans le paragraphe 388. L'une d'entre elles relève qu'aucune preuve n'a été apportée démontrant que le général Mladić et l'un quelconque des autres officiers qui relevaient du 30^e centre du personnel étaient, au regard du droit interne, des officiers de l'armée du défendeur. Comment peut-on promouvoir des officiers à des grades très élevés du commandement du défendeur s'ils n'appartiennent pas au corps des officiers supérieurs de ce commandement ? Quelle preuve peut-on apporter de plus que l'inscription sur la liste officielle du défendeur des officiers en cause qui ne peut faire figurer sur cette liste que des officiers relevant statutairement de son ordre juridique interne ? L'autre indique que cette appartenance n'apparaît pas au regard du

¹¹⁹ TPIY, *Le procureur c. Brđjanin*, IT-99-36-T, jugement du 1^{er} septembre 2004, par. 151.

droit interne du défendeur, ce qui est non seulement contestable, comme je viens de le dire, mais s'avère, en outre, en contradiction avec ce qui est dit à la fin du même paragraphe ; en effet, la Cour note que les officiers (et plus particulièrement le général Mladić) auraient pu relever «sur le plan administratif» de Belgrade ; or ils ne peuvent relever de Belgrade, même sur «le plan administratif», que s'ils sont régis par le droit interne du défendeur. Par ailleurs, l'argument de la gestion «sur le plan administratif» par Belgrade, avancé comme justification par le défendeur et repris par la Cour, n'est en réalité qu'un subterfuge juridique comme l'a relevé le TPIY dans certains de ses jugements, pour occulter l'implication d'agents du défendeur.

109. Même si l'on ne considère pas la VRS comme un organe *de facto* du défendeur — alors même qu'on peut la qualifier ainsi sur la base du critère du contrôle global comme nous le verrons plus loin — elle apparaît clairement, en raison des liens effectifs qui l'unissent à cet Etat et de l'étroite osmose réalisée par la présence assez conséquente d'officiers du défendeur, comme agissant sous la direction et le contrôle de celui-ci. Pour la Chambre de première instance du TPIY,

«Tout au long de 1991 et jusqu'en 1992, les responsables serbes de Bosnie ont entretenu des contacts avec leurs homologues de la RSFY sur la stratégie à adopter au cas où la Bosnie-Herzégovine accèderait à l'indépendance. La Chambre de première instance estime que ces facteurs, conjugués au fait que les soldes des officiers de la VRS ont continué d'être versées par Belgrade, attestent de manière satisfaisante qu'après le 19 mai 1992, la VRS [armée de la Republika Srpska] et la VJ [armée yougoslave] ne constituaient pas deux armées distinctes ; qu'à compter de cette date, la JNA ait été rebaptisée armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine, puis VRS, n'a, dans les faits, eu aucune incidence. De même que le changement de nom ne signalait aucune modification des objectifs et stratégies militaires, de même l'équipement, la hiérarchie, les infrastructures et les sources d'approvisionnement sont-ils demeurés inchangés.»¹²⁰

110. Nous avons déjà également relevé que le MUP (ministère de l'intérieur) des Serbes de Bosnie — et ses forces combattantes notamment les groupes de paramilitaires — était également en osmose avec le MUP fédéral. Les liens fonctionnels de dépendance des organes de la Republika Srpska envers le défendeur confirment la possibilité de les assimiler à des organes de celui-ci. L'effectivité de ces liens, notamment au plan structurel, est suffisante sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la RS était sous la «dépendance totale» de la RFY. Le défendeur a intégralement assuré l'armement de la VRS en prenant soin de lui laisser son propre arsenal lors du retrait du 19 mai 1992 ; il n'a pas manqué d'approvisionner la VRS et les paramilitaires en armes, munitions et essence, de verser leurs soldes aux officiers par le biais du 30^e centre du personnel, de réaménager ses structures financières qui ont abouti à une certaine forme d'intégration des économies de la RFY et de la Republika Srpska. Le budget de la Republika Srpska était, sinon entièrement du moins en majeure partie, assuré par Belgrade ; si la solde des autres militaires de la VRS était théoriquement payée sur le budget de la République Serbe de Bosnie, elle était en fait prise en charge par des émissions de monnaie du défendeur. La Republika Srpska était dans une relation si étroite à l'égard de la RFY que l'indépendance revendiquée n'était qu'une sorte d'affichage pour éviter de compromettre la RFY vis-à-vis de la communauté internationale et d'entraîner des sanctions, notamment celles du Conseil de sécurité des Nations Unies.

¹²⁰ TPIY, *Le procureur c. Brđjanin*, IT-99-36-T, jugement du 1^{er} septembre 2004, par. 151.

111. C'est ce constat qui a amené le président de la Chambre de première instance, dans l'affaire *Tadić*, du TPIY à se séparer des deux autres membres de la juridiction pour soutenir, dans son opinion individuelle et dissidente, que l'implication du défendeur était manifeste après une analyse circonstanciée et très argumentée dont il est intéressant de reprendre les éléments essentiels contenus dans les trois paragraphes suivants :

«7. Les éléments de preuve établissent que la création de la VRS était une fiction juridique. Les seuls changements intervenus après la résolution du Conseil de sécurité en date du 15 mai 1992 ont été le transfert de troupes, l'établissement d'un état-major général de la VRS, un changement de dénomination de l'organisation militaire et des diverses unités ainsi qu'un changement d'insignes. Restaient les mêmes armes, le même matériel, les mêmes officiers, les mêmes commandants, en grande partie les mêmes troupes, les mêmes centres de logistique, les mêmes fournisseurs, la même infrastructure, la même source de paiements, les mêmes buts et missions, les mêmes tactiques et les mêmes opérations. Plus important encore, l'objectif demeurait le même : créer un Etat serbe ethniquement pur en unissant les Serbes en Bosnie-Herzégovine et en étendant cet Etat de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à la Krajina croate le long des importantes voies de logistique et d'approvisionnement qui traversaient l'opstina de Prijedor, exigeant de ce fait l'expulsion de la population non serbe de l'opstina.

8. Peu de preuves établissent que la VRS continuait d'être officiellement sous le commandement de Belgrade après le 19 mai 1992 mais la VRS a clairement continué d'opérer en tant qu'élément intégré et décisif de l'effort de guerre serbe. Cette conclusion est étayée par la preuve que chacune de ses unités avait été une unité de la JNA, le commandement et le personnel restaient pratiquement les mêmes après avoir pris une autre dénomination. L'état-major général de la VRS, dont les membres avaient tous été des généraux de la JNA et dont bon nombre avaient été nommés à leur poste par l'état-major général de la JNA, entretenait des communications directes avec l'état-major général de la VJ par l'intermédiaire d'une liaison de communication émanant de Belgrade. Le colonel Selak, commandant du peloton de logistique qui assurait l'appui logistique des unités dans la région de Banja Luka (tant avant qu'après le 19 mai 1992), a déclaré :

«[C]ertains officiers avaient reçu des lignes [téléphoniques] directes, Belgrade/Pale. Il y avait une liaison qui était utilisée dans les communications quotidiennes en raison de la nécessité de communications directes entre le chef d'état-major de l'armée de la *Republika Srpska* avec l'armée de Yougoslavie.»

De surcroît, la VRS a continué de recevoir des approvisionnements des mêmes fournisseurs en République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) qui avaient conclu des marchés avec la JNA, bien que les demandes après le 19 mai 1992 soient passées par le chef d'état-major de la VRS, qui les envoyait ensuite à Belgrade. Les liens entre l'armée en Bosnie-Herzégovine et le parti politique SDS, partisan d'une Grande Serbie, sont, de même, restés identiques après le changement de dénomination.

10. Tous ces éléments, y compris les moyens de preuve auxquels se réfèrent la majorité, montrent à l'évidence que le changement de dénomination était motivé uniquement par le désir de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) d'éviter d'offenser la communauté mondiale en contrevenant à la résolution du Conseil de sécurité ordonnant à la JNA de cesser d'intervenir en Bosnie-Herzégovine.»¹²¹

C'est à la lumière de cette argumentation que le président de la Chambre reproche aux deux autres juges, d'une part, d'avoir opté pour un critère du contrôle effectif qui est inadéquat et n'était pas requis en l'espèce, d'autre part, d'avoir mal appliqué ce critère parce que, en tout état de cause, il ressort des éléments analysés qu'un tel contrôle a existé¹²². Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse et à ces conclusions.

2. Le contrôle exercé par le défendeur sur les organes de la Republika Srpska

112. La responsabilité de la Serbie pour les actes et les omissions d'agir de ses organes n'exclut pas sa responsabilité pour d'autres chefs et notamment pour le comportement de personnes ou de groupes de personnes agissant en fait sur les instructions ou directives ou encore sous le contrôle des autorités de Belgrade. Du fait de l'osmose signalée plus haut entre les personnels des armées de la Republika Srpska et du défendeur, il en résulte que les instructions et les directives étaient en quelque sorte quasiment automatiques en ce qui concerne aussi bien la planification que l'exécution des opérations militaires menées par la VRS. Le système d'information dont disposait l'armée de la RFY lui permettait d'être pleinement au courant du déroulement des opérations. L'acte d'accusation précité visant Momcilo Perisić, le chef d'état-major de l'armée de la RFY, donne une bonne illustration de ce système :

«Pendant toute la période couverte par le présent acte d'accusation, la VJ disposait de son propre service de renseignements qui recueillait activement des informations sur le développement du conflit en Bosnie-Herzégovine ... Ce service a fourni à Momcilo Perisic, en temps utile et à intervalles réguliers, des rapports sur les événements. L'état-major général de la VJ recevait également des rapports que lui adressaient les services de renseignement de la VRS. D'autres facteurs ont nécessairement contribué à attirer l'attention de Momcilo Perisić sur les crimes commis par les personnels de la VJ ou avec le soutien matériel et logistique de celle-ci.»¹²³

Comme l'attestent de nombreux documents produits tant dans les mémoires écrits que lors des audiences, non seulement des communications intenses et ininterrompues se sont établies et maintenues tout au long de la guerre de Bosnie, entre les instances militaires et politiques, mais il y a eu des réunions importantes et régulières de coordination entre les principaux responsables du défendeur et ceux de la Republika Srpska, ainsi que le montre notamment le fameux procès-verbal du Conseil suprême de la défense. L'objet essentiel de ces réunions est précisément de faire le bilan des événements intervenus pour en tirer des leçons et arrêter de nouvelles instructions ou directives pour la suite des événements. Dans un tel contexte, il y a une articulation entre diverses modalités de contrôle aboutissant à un contrôle global qui offre la voie la plus pertinente pour décrire et rendre compte des relations entre les organes de la Republika Srpska et ceux du défendeur de nature à entraîner la responsabilité de ce dernier.

¹²¹ TPIY, IT-94-1-A, *Tadić*, Chambre de première instance, jugement du 7 mai 1997, opinion individuelle et dissidente du juge Gabrielle Kirk McDonald.

¹²² Selon le juge McDonald : «Ainsi, si le contrôle effectif est le degré de preuve requis pour établir la qualité d'agent dans [l'affaire] *Nicaragua*, nous concluons que ce critère a été observé.» (*Ibid.*, par. 15.)

¹²³ IT-04-81, acte d'accusation modifié, par. 33.

113. La Cour a eu l'occasion de préciser ce critère d'attribution de la responsabilité à un Etat sur la base du contrôle dans d'autres affaires. La Cour a estimé dans son arrêt dans l'affaire *des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* qu'il aurait dû en principe être établi que [les Etats-Unis] avaient le contrôle effectif des opérations militaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites. La Cour retient une définition restrictive du contrôle et devait estimer dans cette même affaire que

«même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même ... pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force *contra* en dehors du contrôle des Etats-Unis.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 65, par. 115.)

114. En suivant ce raisonnement, dans le cadre de la présente affaire, pour que soit imputée au défendeur la responsabilité des actes de la Republika Srpska, le contrôle exercé par lui ne doit pas seulement être un contrôle présentant un caractère général exercé sur une force extrêmement dépendante à leur égard ; le contrôle devrait être tel que la Republika Srpska aurait perdu son autonomie ou son «libre arbitre». Autrement dit, il faut démontrer que l'étendue du contrôle était telle que le défendeur avait effectivement ordonné ou imposé la perpétration des actes de génocide et que la commission de ceux-ci eût été impossible en dehors d'instructions spécifiques données par les organes du défendeur. Si l'exigence d'un tel niveau de contrôle, qui paraît très rigoureux, peut s'expliquer dans l'affaire du *Nicaragua*, il n'est pas sûr que le même critère doive s'appliquer dans l'affaire de Bosnie-Herzégovine. Il suffit de comparer les deux situations pour voir les limites d'une telle comparaison et pour se rendre compte que si les circonstances de l'affaire du *Nicaragua* et de l'affaire de Bosnie-Herzégovine présentent quelques similitudes, elles présentent surtout des différences beaucoup plus importantes et significatives.

115. Les circonstances dans lesquelles la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire *Nicaragua* sont les suivantes : les *contras* n'étaient pas des ressortissants américains ; ils ne faisaient pas partie d'un appareil organique hiérarchisé, relié de manière structurelle aux Etats-Unis ; ils ne combattaient pas pour rattacher le territoire du Nicaragua à celui des Etats-Unis ; ils n'exerçaient pas de contrôle sur une partie du territoire du Nicaragua puisqu'ils étaient essentiellement basés sur les frontières des Etats limitrophes. Si les Etats-Unis soutenaient cette organisation paramilitaire, leurs «projets» respectifs étaient assez éloignés et ne se rejoignaient que sur un point : déstabiliser et renverser le gouvernement en place au Nicaragua. Dans ces conditions, il est difficile de prouver l'implication des Etats-Unis à travers un contrôle général vague et incertain, il fallait donc rechercher des éléments très précis pour soutenir que les Etats-Unis exerçaient un «contrôle effectif» sur les activités des *contras*, ce qui peut expliquer, en l'espèce, les termes de la définition du contrôle retenue par la Cour.

116. Or, s'agissant des liens entre la Republika Srpska et le défendeur, nous venons de voir longuement quelle était leur nature et le type de contrôle qui s'exerçait effectivement entre les deux entités. C'est pour la même raison que le TPIY a retenu un critère de contrôle différent de celui de l'affaire du *Nicaragua*, en se fondant sur les faits qu'il a analysés avec beaucoup de rigueur et d'à propos pour conclure à la notion de «contrôle global». Selon le TPIY, «le degré de contrôle

peut ... varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire»¹²⁴. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre d'appel a conclu que «le critère du «contrôle global» pourrait ... être rempli même si les forces armées agissant au nom de «l'Etat exerçant le contrôle» avaient, tout en participant à une stratégie établie d'un commun accord avec ledit Etat, le choix des moyens et de la tactique»¹²⁵. La Chambre d'appel, dans l'affaire *Tadić*, a également indiqué que le degré de contrôle pouvait varier et elle distingue au moins deux cas de figure tenant compte de la situation sur le terrain et des enjeux des protagonistes¹²⁶ :

- celui où l'Etat dont la responsabilité est recherchée n'est pas celui sur le territoire duquel les affrontements armés se produisent, auquel cas l'existence d'un contrôle effectif doit être établi au cas par cas ;
- l'Etat exerçant le contrôle est le voisin immédiat de l'Etat où se déroulent les affrontements qui s'insèrent dans une politique tendant à satisfaire un projet expansionniste. Dans ce cas de figure, un contrôle général suffit pour que le défendeur s'implique réellement et efficacement dans l'action entreprise par les différentes forces serbes opérant sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine.

117. Cette distinction implique une différence importante avec l'affaire *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* où l'objectif américain se limitait simplement au renversement du pouvoir en place alors que, dans la présente affaire, il existe une parfaite concordance de vues entre le défendeur et la Republika Srpska sur le projet d'une «Grande Serbie» réunissant l'ensemble des Serbes relevant des deux entités. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de démontrer une implication qui s'apparenterait à un contrôle précis sur chaque opération effectuée sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine ; il suffit d'un contrôle global pour influencer de manière déterminante sur la politique pratiquée par la Republika Srpska. En d'autres termes, exercer un contrôle strict sur chaque acte de la VRS n'était pas particulièrement nécessaire, étant donné l'identité d'objectif entre les deux partenaires. En finançant et en fournissant la majeure partie de son budget et de son armement, en contrôlant une partie de ses officiers notamment aux plus hauts niveaux de la Republika Srpska, en propageant l'idée de la «Grande Serbie» ethniquement propre, le défendeur a exercé effectivement un contrôle global suffisant, même si cela n'excluait pas éventuellement une certaine autonomie ou parfois quelques divergences et conflits sur les voies et moyens d'atteindre l'objectif commun. A supposer d'ailleurs que les forces armées du défendeur n'aient pas participé directement aux actes de génocide constatés par le TPIY, elles ont apporté à tout le moins une aide multiforme si importante et décisive qu'elle a incité les forces combattantes de la Republika Srpska à persévérer dans une politique de nettoyage ethnique dont tout portait à croire qu'elle allait dévier vers des actes de génocide.

C. La responsabilité du défendeur pour les autres actes liés au génocide

118. Selon l'article III de la convention sur le génocide de 1948, il existe trois types d'actes punissables autres que le génocide proprement dit, à savoir l'incitation directe et publique à commettre le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide et la complicité dans le génocide.

¹²⁴ TPIY, *Tadić*, IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, par. 117.

¹²⁵ TPIY, *Delalić et consorts*, IT 96-21, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, par. 47.

¹²⁶ Cf. arrêt précité du 15 juillet 1999, par. 138-139.

119. L'incitation et l'entente sont deux chefs de responsabilité distincts du génocide. La RFY peut être reconnue responsable de ces deux infractions sans que cela ne remette en cause sa responsabilité directe pour la commission du génocide proprement dit. Pour la complicité, selon le TPIR, «une même personne ne peut être à la fois l'auteur principal et le complice d'un fait spécifique. Le même fait reproché à un accusé ne peut donc être à la fois constitutif de génocide et de complicité dans le génocide.»¹²⁷ La RFY ne pourrait donc être reconnue complice du génocide que si la Cour considère qu'elle n'est pas son auteur principal.

120. Concernant l'incitation directe et publique à commettre le génocide (art. III c) et IX), la Cour a eu l'occasion d'affirmer l'interdiction de l'incitation à d'autres violations du droit international que le génocide. Dans son arrêt dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a considéré que les Etats-Unis avaient, au titre des «principes généraux du droit humanitaire dont les conventions [de Genève de 1949] ne sont que l'expression concrète», «l'obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes prenant part au conflit au Nicaragua à agir en violation» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 114, par. 220) des dispositions fondamentales de celles-ci.

121. La RFY n'est pas étrangère à l'incitation aux violences y compris les plus extrêmes en propageant l'idéologie de la «Grande Serbie», en appelant à la création d'un «Etat de tous les Serbes» et en préparant le terrain pour le nettoyage ethnique avec la dérive pouvant mener aux actes de génocide. Dans son jugement *Tadić* du 7 mai 1997, la Chambre de première instance du TPIY relève les faits établissant cette incitation directe et publique¹²⁸. La campagne de propagande de la «Grande Serbie» s'accompagna d'un autre mouvement qui démarra dès 1989, avec la célébration du 600^e anniversaire de la bataille du Kosovo. Les médias sous domination serbe déclarèrent que les Serbes avaient été abandonnés à leur sort lors de l'invasion de l'Empire musulman ottoman. Les dangers liés à l'intégrisme musulman au sein même de l'ex-RFSY étaient également soulignés. Le thème principal était que si la RFSY devait être dissoute et les Serbes se trouver en minorité, toute leur existence risquait d'être mise en péril et que, devant une telle situation, la seule alternative serait soit de mener une guerre totale, soit de se retrouver comme par le passé dans un camp de concentration. Au début des années quatre-vingt-dix, des rassemblements auxquels participèrent des dirigeants serbes furent organisés pour défendre et propager ces idées. En 1992, Radoslav Brđjanin, président de la cellule de crise de la région autonome serbe de Banja Luka déclara publiquement que 2 % était le pourcentage maximum de non-Serbes qu'il était possible de tolérer dans la région¹²⁹. Il préconisait de se débarrasser des non-Serbes en trois étapes : 1) par la création de conditions de vie insupportables pour les non-Serbes, 2) par la déportation et le bannissement, 3) par la liquidation des non-Serbes restant. Les journaux serbes et la télévision de Belgrade dénonçaient la menace des non-Serbes extrémistes et répandaient l'idée qu'ils s'armaient pour exterminer les Serbes. Cette campagne de propagande se poursuivit jusqu'en 1993.

122. En matière d'entente, il s'agit de déterminer qu'il existait un plan concerté en vue de commettre des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et éventuellement des actes de génocide. Ce plan résulte de l'ensemble de la conduite du défendeur, lequel après avoir incité directement et publiquement au nettoyage ethnique, a permis de créer les conditions nécessaires à sa perpétration. Cet Etat a ainsi éliminé de l'armée yougoslave tous les éléments non-serbes de façon à s'assurer sa fidélité. Il l'a enrichie de «volontaires» de façon à remplacer les éléments non serbes. Tout en organisant le retrait de la JNA sous la pression internationale, il a été prévu

¹²⁷ TPIR, ICTR-96-13, *Le procureur c. Alfred Musema*, Chambre de première instance, jugement et sentence, 27 janvier 2000, par. 175.

¹²⁸ Cf. *Tadić*, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet, par. 30-35.

¹²⁹ Déclaration rapportée par le TPIY in : *Tadić*, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, par. 89.

d'armer les Serbes de Bosnie et de désarmer les non-Serbes. Il a été également prévu d'intégrer officieusement les Serbes de Bosnie et leurs institutions parallèles à la structure fédérale de façon à pouvoir les contrôler et à continuer à leur fournir les armements et le budget nécessaires. Ces préparatifs précis et minutieux, et l'étroite collaboration entre la RS et les autorités de Belgrade qu'ils supposent, attestent de l'existence d'une entente en vue de perpétrer les plus grandes violences, avec le risque grave de glisser sur la pente du génocide. Ce qui est important en l'espèce est l'existence d'un «acte délibéré» et que celui-ci influe «directement sur la préparation du crime proprement dit»¹³⁰.

D. L'aide ou l'assistance du défendeur pour la commission du génocide

123. L'opinion soutenue ici est que le défendeur est l'un des auteurs des crimes commis sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et, par conséquent, la complicité est écartée puisque logiquement on ne peut pas à la fois être l'auteur principal et le complice d'un même fait ; ainsi que le rappelle le Tribunal pénal international pour le Rwanda et comme nous l'avons déjà relevé au paragraphe 119 : «[L]e même fait reproché à un accusé ne peut donc être à la fois constitutif de génocide et de complicité de génocide.»¹³¹ Toutefois, il convient d'examiner cette hypothèse, puisque la Cour n'a pas retenu le crime de complicité alors qu'il y a à mon avis suffisamment d'éléments permettant d'aboutir à une conclusion différente.

124. Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat visent l'aide ou l'assistance dans la commission du fait internationalement illicite à l'article 16, selon lequel

«L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat.»

Apparemment, cette disposition relative aux rapports entre Etats ne semble pas applicable directement en l'espèce dans la mesure où l'aide visée concerne une entité, la Republika Srpska, qui n'a pas de statut international. Mais, comme le déclare à bon escient la Cour, si cette disposition n'est pas directement pertinente, elle «n'aperçoit pas de raison d'établir une différence substantielle entre «la complicité dans le génocide» au sens de *litt. e)* de l'article III de la Convention et l'«aide ou assistance» d'un Etat à la commission d'un acte illicite par un autre Etat au sens de l'article 16 précité» (arrêt, paragraphe 420). Il en résulte que l'Etat ayant porté son aide ou son assistance sera responsable dans la mesure où il aurait facilité la commission du fait internationalement illicite.

125. La complicité suppose une pluralité de participants intervenant à des titres divers dans la réalisation d'une même entreprise délictueuse. L'auteur direct est celui qui commet l'infraction et le complice facilite la commission de l'infraction dont il a connaissance et conscience. Le complice peut intervenir aussi bien avant qu'après l'acte criminel¹³². Il est communément admis dans l'ensemble des systèmes répressifs nationaux que la complicité est indissociable de l'intention

¹³⁰ *Ibid.*, par. 678.

¹³¹ TPIR, *Le procureur c. Musema*, affaire précitée, par. 220.

¹³² N. Robinson, *op. cit.*, p. 21.

criminelle¹³³ ; il s'agit d'une infraction intentionnelle, le complice doit s'associer consciemment à l'acte principal. Mais doit-il partager le dol spécial de l'auteur principal ? Cette question a suscité quelques débats et la convention sur le génocide est lacunaire à ce sujet. On sait que le TPIY s'est interrogé pour savoir s'il fallait apporter la preuve que le complice avait lui-même l'intention de commettre le génocide¹³⁴ ; il n'a pas retenu une telle interprétation et, pour être un complice du crime de génocide, il suffit d'agir en connaissance de cause, c'est-à-dire d'être informé que les actes illicites constituent ou peuvent constituer un génocide¹³⁵. La Cour évoque la question dans le paragraphe 421, mais en évitant d'y répondre au motif qu'elle ne se pose pas en l'espèce. Or, il est regrettable qu'elle ne se prononce pas clairement alors même que tout le raisonnement sous-jacent repose sur l'idée selon laquelle la connaissance suffit pour entraîner la complicité, comme cela ressort d'ailleurs un peu plus loin dans le paragraphe 432 relatif à la complicité et à la violation de l'obligation de prévention ; la Cour aurait dû trancher plus clairement pour dire que la complicité n'exige pas que son auteur partage l'intention spécifique de l'auteur principal du crime de génocide et qu'il suffit qu'il ait connaissance de cette intention spécifique. Il est donc suffisant de constater que la RFY connaissait l'intention génocidaire — même si elle ne la partageait pas — des criminels auxquels elle a porté assistance pour conclure à sa complicité dans le crime de génocide.

126. En l'espèce, le défendeur a eu connaissance des circonstances qui rendaient le comportement de l'entité assistée internationalement illicite, à savoir une politique de nettoyage ethnique qui était connue de tous et dénoncée par les plus hautes autorités internationales, notamment le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies ; il savait pertinemment que son aide servait à commettre toutes sortes de crimes, y compris des actes de génocide que la Republika Srpska n'aurait pu commettre avec une telle ampleur, comme à Srebrenica, sans le soutien de la RFY. C'est au demeurant le constat auquel parvient la Cour à trois reprises : d'une part, en notant que si le défendeur «avait décidé de retirer ce soutien, cela aurait grandement limité les options militaires ouvertes aux autorités de la Republika Srpska» (paragraphe 241), d'autre part, en faisant référence au «très important appui accordé par le défendeur à la Republika Srpska, appui sans lequel celle-ci n'aurait pu «mener ses activités militaires et paramilitaires les plus cruciales ou les plus significatives»» (paragraphe 394) et, enfin et surtout, en déclarant à propos de Srebrenica ce qui suit :

«Sans doute l'aide considérable, fournie sur les plans politique, militaire et financier par la RFY à la «Republika Srpska» et à la VRS, commencée bien avant les tragiques événements de Srebrenica, s'est-elle poursuivie pendant et après ces événements. En ce sens, il n'est guère douteux que les atrocités de Srebrenica ont pu être commises, au moins en partie, avec les moyens dont les auteurs de ces actes disposaient en conséquence de la politique générale d'aide et d'assistance menée par la RFY en leur faveur.» (Paragraphe 422.)

127. Après un tel constat, il eût été logique que la Cour en tire toutes les conséquences pour conclure notamment à la complicité du défendeur. Pourtant, ce n'est pas la conclusion tirée par la majorité. Autrement dit, les conditions d'existence de l'élément matériel d'aide ou d'assistance au crime de génocide sont réunies, mais la Cour ne les retient pas pour autant la responsabilité du défendeur qui est écartée au motif que l'élément intentionnel ferait défaut et plus précisément parce qu'il n'a, en effet, pas été établi de manière indiscutable, par l'argumentation développée entre les Parties, que les autorités de la RFY auraient fourni — et continué à fournir — leur aide et leur

¹³³ Ainsi, dans l'affaire du *Zyklon B*, le jugement de la Cour militaire britannique du 8 mars 1948 a considéré que la fourniture de gaz a accéléré l'extermination dans les camps et l'accusé savait l'usage qui allait en être fait (cité par C. Laucci, «La responsabilité pénale des détenteurs de l'autorité : étude de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux», *L'Observatoire des Nations Unies*, n° 6, 1999, p. 151-152).

¹³⁴ Affaire *Krstić*, Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, par. 140-142.

¹³⁵ Affaire *Krstić*, Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004, par. 143-144.

assistance aux chefs de la VRS qui ont décidé et exécuté le génocide, à un moment où elles auraient été clairement conscientes qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis» (paragraphe 422). La Cour revient encore sur cette absence de preuve de l'intention au paragraphe suivant, comme pour mieux se convaincre, en disant : «Dans ces conditions, il n'a pas été établi que la RFY ait fourni, au moment crucial, une aide aux auteurs du génocide en pleine conscience de ce que cette aide serait employée à commettre un génocide.» (Paragraphe 423.) Or, ce constat et la conclusion qu'il emporte ne sont eux aussi ni évidents ni convaincants ; ils suscitent bien des interrogations au regard d'un certain nombre d'éléments. Faut-il être intervenu uniquement «au moment crucial», selon l'indication du paragraphe 423, pour être complice d'un génocide ? Peut-on réellement massacrer plus de 7000 personnes de façon improvisée ou spontanée sans qu'il y ait eu auparavant un minimum de préparation et de planification ? Etant donné l'étroitesse et la régularité des liens entre les autorités de la RFY et celles de la Republika Srpska — notamment les liens humains par le biais d'officiers de haut rang relevant de la RFY au sein de la VRS — peut-on considérer comme incontestable l'absence de connaissance d'un tel projet par les autorités de la RFY ? Entre autres éléments venus s'accumuler sur la connaissance de l'intention des auteurs des massacres par les dirigeants de l'Etat défendeur, le témoignage du général Wesley Clark, cité et discuté dans le paragraphe 437 de l'arrêt, n'apporte-t-il pas un élément de poids suffisamment convaincant indiquant que le président Milošević était très conscient de ce qui allait se produire à Srebrenica ? Au demeurant, la Cour reconnaît qu'il l'était puisque c'est sur cette base qu'elle établit la violation de l'obligation de prévention prévue par la Convention. En effet, sans une telle connaissance, on ne pourrait pas établir la violation de ladite obligation.

128. Précisément, sur ce point relatif à l'élément d'information ou de connaissance des crimes commis, on ne peut manquer de relever une certaine incohérence ou contradiction entre deux conclusions de la Cour. En effet, d'un côté elle refuse de reconnaître l'existence d'une complicité des autorités de l'Etat défendeur parce qu'ils n'étaient pas informés ou, plus précisément, n'étaient pas «clairement conscientes qu'un génocide était sur le point ou en train d'être commis» (paragraphe 422) ; de l'autre, elle estime néanmoins que ces organes ont failli à leur obligation de prévenir le génocide parce que les autorités de Belgrade «ne pouvaient pas ne pas être conscientes du risque sérieux» qui existait de la commission d'un génocide (paragraphe 436) ou plus précisément encore :

«[C]ompte tenu de toute la préoccupation qui était celle de la communauté internationale au sujet de ce qui risquait de se produire à Srebrenica et compte tenu des propres observations de Milošević à Mladić, qui montraient clairement que le danger qui menaçait était connu et semblait être d'une nature qui pouvait donner à penser qu'il existait une intention de commettre le génocide si rien n'était fait pour parer ce danger, il devait être clair qu'il existait un sérieux risque de génocide à Srebrenica.» (Paragraphe 438.)

Il y a plus que de la difficulté à suivre le raisonnement de la Cour ; malgré l'étonnante subtilité déployée par elle dans son analyse compliquée pour expliquer la distinction entre la connaissance requise pour être complice du génocide et la connaissance requise pour prévenir le génocide, tant d'un point de vue logique que compte tenu des circonstances de fait prévalant dans cette affaire, il est difficile de comprendre la distinction et, par voie de conséquence, la différence de conclusion quant à l'implication du défendeur. En d'autres termes, puisque la claire conscience du grave danger de génocide existait chez les organes du défendeur, ceux-ci avaient d'abord comme première obligation, celle de prévenir les actes de génocide ; ils avaient ensuite comme obligation complémentaire celle de ne pas continuer à fournir aux futurs auteurs des actes criminels l'aide ou l'assistance permettant ou rendant plus facile la commission de ces actes. La Cour aurait donc dû normalement constater non seulement la violation de l'obligation de prévention, mais aussi la complicité, surtout que l'aide et l'assistance du défendeur à la Republika Srpska ont continué même après le génocide de Srebrenica, comme l'a constaté le TPIY et comme le confirme la Cour elle-même dans le présent arrêt.

129. Le dispositif de l'arrêt concerne la Serbie, car il doit viser l'Etat qui est défendeur à la date de l'arrêt rendu par la Cour. En effet, un arrêt ne peut pas être adressé à un Etat fictif qui a cessé d'exister ; c'est donc bien la Serbie qui est visée dans le dispositif en tant qu'Etat continuateur de la Serbie-et-Monténégro, tout comme la Serbie-et-Monténégro a été le continuateur de la RFY. Les comportements examinés et jugés dans cette affaire sont ceux de la RFY et de la Serbie-et-Monténégro, comme l'indique la Cour dans les motifs en nommant l'un ou l'autre de ces deux Etats, en fonction de la période considérée, pour identifier clairement les auteurs des comportements et attribuer en conséquence la responsabilité qui en découle pour la Serbie en tant que continuateur des deux Etats précédents.

Il convient également de noter que la Cour mentionne expressément, dans le paragraphe 78, que la République du Monténégro qui a accédé à l'indépendance le 3 juin 2006, après la clôture des audiences publiques, et qui a indiqué à la Cour, par une lettre du 29 novembre 2006, que ce nouvel Etat n'entendait pas être défendeur dans l'affaire en cause. Il est important de citer ce paragraphe de l'arrêt de la Cour : «Cela étant dit, il convient toutefois de garder à l'esprit que toute responsabilité établie dans le présent arrêt à raison d'événements passés concernait à l'époque considérée l'Etat de Serbie-et-Monténégro.»

Ce paragraphe rappelle les obligations qui s'imposent à la République du Monténégro et j'interprète ce rappel comme signifiant que, quand bien même la République du Monténégro n'est pas visée directement par le dispositif, elle n'en est pas moins responsable, en tant qu'Etat successeur, conformément aux règles du droit international régissant la responsabilité internationale des Etats, la succession d'Etats en matière de traités et la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes de l'Etat. Je regrette que la Cour ne soit pas plus précise dans le rappel des obligations de la République du Monténégro, compte tenu des circonstances propres à la présente affaire. En effet, la République du Monténégro est partie à la convention sur le génocide qui lui impose de respecter toutes les obligations y afférentes, notamment celle de poursuivre ou de punir les auteurs d'actes de génocide. Par ailleurs, elle succède aux accords de Dayton qui l'engagent à apporter sa pleine coopération pour la réalisation des objectifs définis dans ces accords.

(Signé) Ahmed MAHIU.
