

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

COMPÉTENCE

1. Selon le paragraphe 129 de l'arrêt de 2008 (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 460), la Cour était censée procéder à un examen au fond avant de se prononcer sur les deux «questions indissociables» qu'étaient la compétence et la recevabilité¹. Or, dans le présent arrêt, la Cour s'est prononcée sur sa compétence sans avoir examiné un quelconque élément de fond et en traitant séparément la question de la recevabilité. Je suis d'accord avec cette démarche. Il ressort en effet clairement de la jurisprudence bien établie de la Cour que les questions de compétence et de recevabilité sont manifestement dissociables et que celle de la compétence doit être, et a toujours été, examinée d'abord. En second lieu, la Cour pouvait, dans la présente affaire, se prononcer sur sa compétence sans aborder le fond. En fait, elle n'a invoqué dans l'arrêt aucun élément de fond pour se déclarer compétente. Il me semble également utile de noter que, en choisissant cette démarche, la Cour a clairement manifesté que la question de l'attribution selon les règles générales de la responsabilité de l'Etat ne pouvait être confondue ni conjuguée avec celle de la compétence fondée sur le consentement².

2. Bien que je souscrive à la démarche générale suivie par la Cour à l'égard du paragraphe 129 de son arrêt de 2008, je ne puis m'associer à

¹ Le paragraphe 129 de l'arrêt de 2008 se lit comme suit :

«De l'avis de la Cour, les questions de compétence et de recevabilité soulevées par l'exception préliminaire *ratione temporis* de la Serbie constituent, en la présente affaire, deux questions indissociables. La première est celle de savoir si la Cour a compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, ayant à ce titre la capacité d'être partie à cet instrument; cela revient à se demander si les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY antérieurement au 27 avril 1992. La seconde question, qui porte sur la recevabilité de la demande concernant ces faits, et qui a trait à l'attribution, est celle des conséquences à tirer quant à la responsabilité de la RFY à raison desdits faits en vertu des règles générales de la responsabilité de l'Etat. Pour que la Cour puisse se prononcer sur chacune de ces questions, elle devra disposer de davantage d'éléments.»

² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, opinion dissidente de M. le juge Skotnikov, p. 547-548, par. 4.

sa conclusion sur la compétence. Au paragraphe 117 de l'arrêt, elle dit que,

«[a]yant conclu dans son arrêt de 2008 que le présent différend relevait de l'article IX de la convention sur le génocide dans la mesure où il se rapporte à des actes supposés avoir été commis après le 27 avril 1992, la Cour en vient à présent à la conclusion que le différend entre également dans le champ dudit article dans la mesure où il se rapporte à des actes qui seraient antérieurs à cette date [la date à laquelle la RFY a commencé à exister], et qu'elle a compétence pour connaître de la demande de la Croatie dans son ensemble»³.

Toutefois, il ne suffit pas pour établir la compétence qu'il y ait entre les parties un différend relevant de l'article IX. L'existence d'un différend est certes un élément indispensable de la compétence, mais, comme la Cour l'a dit à d'innombrables reprises, c'est le principe fondamental du consentement qui forme l'assise de la compétence. L'arrêt fait complètement abstraction de la question du consentement en confondant compétence et droit applicable. Le paragraphe 115 du présent arrêt invoque le paragraphe 149 de l'arrêt de 2007 en l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 105), même si le paragraphe en question traitait du droit applicable en dehors de la convention sur le génocide. Il y a certes là une question dont la Cour doit s'occuper une fois qu'elle a établi sa compétence. C'est d'ailleurs précisément ce qu'elle fait dans le présent arrêt; ayant conclu — erronément selon moi — qu'elle a compétence, la Cour formule, au paragraphe 125, un énoncé identique en substance à celui du paragraphe 149 de l'arrêt de 2007, affirmant notamment que

«[e]n se prononçant sur des différends relatifs à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la Convention, y compris la responsabilité d'un Etat en matière de génocide, la Cour s'appuie sur la Convention mais également sur les autres règles pertinentes du droit international, en particulier celles régissant l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite».

³ La Cour, lorsqu'elle a examiné dans son arrêt de 2008 la première exception préliminaire de la Serbie, s'est penchée non pas sur la question de savoir si le différend entrait dans le champ d'application de l'article IX de la convention sur le génocide, mais sur celle de savoir si la Croatie avait légitimement introduit une instance contre la Serbie, conformément à l'article 35 du Statut de la Cour, étant donné qu'elle n'était pas membre des Nations Unies à la date du dépôt de la requête (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 429-444, par. 57-92) et sur la question de savoir si la Serbie était partie à la convention sur le génocide à cette même date (*ibid.*, p. 444-455, par. 93-117). La troisième exception préliminaire de la Serbie concernait la question de savoir si certaines demandes de la Croatie, relatives à la traduction en justice de certaines personnes, à des renseignements sur le sort des personnes portées disparues et à la restitution de biens culturels, étaient devenues sans objet (*ibid.*, p. 460-465, par. 131-144).

Cependant, déterminer le droit qui serait applicable si la Cour avait compétence ne saurait tenir lieu de décision sur la question de savoir si la Cour a effectivement compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Dans le présent arrêt, la tâche qui incombait à la Cour était soit de déterminer par quel mécanisme juridique la RFY avait assumé les obligations découlant de la convention sur le génocide avant d'avoir commencé à exister, soit d'établir qu'aucun mécanisme juridique de cette nature n'existait.

3. En fin de compte, la Cour ne fait ni l'un ni l'autre. Elle se contente de laisser entendre que des obligations découlant de la convention sur le génocide pouvaient être opposables à la RFY pour des actes antérieurs au 27 avril 1992 en vertu, comme le soutenait la Croatie, de la succession de la responsabilité. Elle transforme ensuite cette question préliminaire en question de fond (voir arrêt, par. 117), puis se demande si des actes contraires à la convention sur le génocide ont été commis avant le 27 avril 1992. Ayant conclu par la négative, la Cour ne revient plus à la question de la succession de la responsabilité.

4. Si elle avait traité cette question comme préliminaire, ainsi qu'elle aurait dû le faire, la Cour, pour établir le consentement de la Serbie à sa compétence, aurait eu à démontrer que la doctrine de la succession de la responsabilité faisait partie du droit international général au moment de la succession de la Serbie à l'égard de la convention sur le génocide le 27 avril 1992. C'eût été, bien entendu, une entreprise impossible, vu que pareille hypothèse n'est en rien étayée par la jurisprudence de la Cour ou par la pratique des Etats.

5. De plus, la Cour a clairement indiqué qu'elle était encline à rejeter la notion de succession de la responsabilité lorsqu'elle a décidé, tant dans son arrêt de 2007 en l'affaire bosniaque que dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires dans la présente espèce, que le Monténégro, Etat successeur de la Serbie-et-Monténégro (prédécesseur de la RFY), n'avait pas consenti à la compétence de la Cour et ne pouvait donc être défendeur dans ces affaires (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 75-76, par. 75-77; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 423, par. 32-33). De même, la RFY (Serbie actuelle) était un Etat successeur de la RFSY. Comme le Monténégro à l'égard de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro, la Serbie n'a pas hérité du droit à la personnalité juridique internationale de la RFSY. Comme le Monténégro encore, elle n'a pas, dans la présente affaire, assumé la responsabilité de la conduite de l'Etat qui l'a précédée et n'a donc pas consenti à la compétence de la Cour à l'égard de cet Etat. Malgré cela, la Cour formule sans y voir aucun problème de compétence les questions ci-après, qu'elle estime devoir examiner pour déterminer si la Serbie peut être tenue responsable des violations alléguées de la convention sur le génocide:

- «1) si les actes [antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister] allégués par la Croatie ont été commis et, le cas échéant, s'ils contrevenaient à la Convention ;
- 2) dans l'affirmative, si ces actes étaient attribuables à la RFSY au moment où ils ont été commis et ont engagé la responsabilité de cette dernière ; et
- 3) à supposer que la responsabilité de la RFSY ait été engagée, si la RFY a succédé à cette responsabilité» (arrêt, par. 112).

Le fait que la Cour se borne à répondre à la première question ne rend pas cette «solution en trois étapes» plus acceptable. Je ne vois pas comment ce raisonnement peut être justifié par l'observation d'évidence que fait la Cour, à savoir que la RFSY, dont elle se propose de déterminer la responsabilité ou l'absence de responsabilité, «a cessé d'exister ... [.] n'est plus titulaire d'aucun droit et n'a plus la capacité de donner ou de refuser de donner son consentement à la compétence de la Cour» (*ibid.*, par. 116).

6. En 2008, la Cour avait dit :

«[L]a première [question] est celle de savoir si la Cour a compétence pour déterminer si des violations de la convention sur le génocide ont été commises, à la lumière des faits antérieurs à la date à laquelle la RFY a commencé à exister en tant qu'Etat distinct, ayant à ce titre la capacité d'être partie à cet instrument ; *cela revient à se demander si les obligations en vertu de la Convention étaient opposables à la RFY antérieurement au 27 avril 1992*» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 460, par. 129 ; les italiques sont de moi).

En 2015, la Cour, tout simplement, se dispense de cet examen qui lui paraissait pourtant indispensable en 2008 pour traiter la question de la compétence soulevée par la Serbie dans sa deuxième exception préliminaire. La Cour faillit ainsi au devoir qui lui incombe de s'assurer de sa compétence (voir, par exemple, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 118, par. 40).

7. Enfin, avant de passer au fond, je note ce qui suit : en 2004, dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a jugé que la RFY n'avait pas qualité pour ester devant elle, étant devenue Membre de l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 et n'étant donc pas partie au Statut de la Cour internationale de Justice le 29 avril 1999, date du dépôt des requêtes (voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 310-311, par. 78-79). En 2007, en l'affaire *Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour a dit que, avant de statuer sur sa compétence dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires, elle avait «nécessairement ... [.] en toute logique», dû considérer la question de la qualité de la RFY pour se présenter devant elle, même si ledit arrêt

ne contenait aucune mention à cet effet⁴ (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 98-102, par. 132-140). Il ne peut y avoir qu'une seule interprétation «nécessaire» de cette «logique» de 2007: en 1996, la RFY était, aux yeux de la Cour, un Etat partie au Statut de la Cour et un Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies à la date du dépôt de la requête introductive d'instance pertinente, soit le 20 mars 1993⁵. Dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires en la présente affaire, une idée nouvelle était avancée: peu importait que la Cour n'ait été ouverte à la RFY qu'à partir du 1^{er} novembre 2000, date de son admission à l'Organisation des Nations Unies (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 444, par. 91), puisque la Croatie aurait simplement pu déposer à nouveau sa requête du 2 juillet 1999 après le 1^{er} novembre 2000 (*ibid.*, p. 429-444, par. 57-92)⁶. En d'autres termes, ce qui était un obstacle insurmontable à la compétence de la Cour dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* est devenu une question de procédure mineure dans la présente affaire.

8. Ainsi, en examinant les affaires susmentionnées, issues d'événements liés à la dissolution de la RFSY, la Cour a créé au moins trois «univers parallèles». Dans l'un, la RFY n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies avant le 1^{er} novembre 2000 (arrêt de 2004 sur les exceptions préliminaires, *Licéité de l'emploi de la force*). Dans le second, la RFY était Membre de l'Organisation des Nations Unies bien avant cette date (voir l'arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*). Dans le troisième univers, l'appartenance de la RFY aux Nations Unies à la date d'introduction de l'instance, ou plutôt, sa non-appartenance, n'a aucune conséquence (voir l'arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires, *Croatie c. Serbie*). En 2015, dans le présent arrêt, un quatrième «univers parallèle», très particulier, a fait son apparition — un univers où la Cour suspend son jugement sur la question de savoir si la RFY a pu être liée par des obligations découlant de la convention sur le génocide avant de commencer à exister en tant qu'Etat; cela n'empêche cependant pas la Cour de se prononcer sur la partie de la demande de la Croatie qui concerne la période pendant laquelle la RFY n'existait pas.

⁴ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), déclaration de M. le juge Skotnikov, p. 366-367.

⁵ Il ressort clairement des arrêts dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* que la Cour n'a examiné la question de la situation de la Serbie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pour la première fois qu'en 2004 (voir *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 310-311, par. 79).

⁶ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, opinion dissidente de M. le juge Skotnikov, p. 546, par. 1.

9. Je ne puis que me dire soulagé que le présent arrêt constitue le chapitre final de cette étrange et passablement tortueuse succession de curieuses constructions sur la compétence qui, pour reprendre les mots employés par la Cour dans un contexte différent mais connexe, « ne laisse pas de susciter des difficultés juridiques » (*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 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 14, par. 18; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 97-98, par. 130-131).

FOND

10. Je maintiens le point de vue que j'ai exprimé dans ma déclaration jointe à l'arrêt de 2007, à savoir que rien dans l'article IX de la convention sur le génocide ne donne à penser que la Cour ait le droit d'aller au-delà du règlement de différends concernant la responsabilité de l'Etat en matière de génocide et autres actes énumérés en son article III⁷. Quant à savoir si le crime de génocide ou d'autres actes visés à l'article III ont été commis, le rôle de la Cour est limité par son défaut de compétence en matière pénale. Pour cette raison, la Cour, par exemple, n'a pas capacité pour établir l'existence d'une intention génocidaire, car la convention sur le génocide ne traite de l'intention génocidaire que dans le contexte d'une procédure pénale, en tant qu'élément psychologique nécessaire du crime de génocide et d'autres actes contraires à la Convention. L'intention génocidaire peut certes être déduite d'un ensemble d'événements dénotant un certain comportement, mais pareille déduction demeure la prérogative d'un tribunal pénal compétent (le TPIY en l'occurrence). Le rôle de la Cour consiste à déterminer s'il a été suffisamment démontré que des actes proscrits par la convention sur le génocide ont été commis (voir le paragraphe 14 ci-après). Lorsqu'elle a établi ce fait, la Cour doit alors poursuivre sa principale tâche, qui est d'examiner la question de la responsabilité de l'Etat en matière de génocide.

11. Dans le présent arrêt, bien sûr, la Cour n'en vient jamais à cette question, puisqu'elle conclut qu'il n'y a pas eu de génocide ni d'autres actes visés à l'article III de la Convention. Je suis d'accord avec cette conclusion, mais j'ai des doutes sur la manière dont la Cour y est parvenue.

12. Lorsqu'elle se penche sur l'existence ou la non-existence de l'élément matériel (*actus reus*) et de l'intention spécifique (*dolus specialis*) du crime de génocide, la Cour aborde des questions pour lesquelles elle est mal outillée. Il est curieux que, dans les parties de l'arrêt consacrées à l'examen au fond de la demande principale et de la demande reconven-

⁷ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), déclaration de M. le juge Skotnikov, p. 370-375.

tionnelle, il soit question du génocide plutôt que du crime de génocide. En essayant ainsi de contourner le fait que le défaut de compétence de la Cour en matière pénale, on ne saurait bien entendu «décriminaliser» le génocide, qui reste un crime au regard de la convention sur le génocide. Certes, à propos de la responsabilité de l'Etat en matière de génocide, la clause compromissive de la Convention — l'article IX — ne contient pas le terme «crime». Cependant, ce choix rédactionnel ne transforme certainement par la «convention pour la prévention et la répression du crime de génocide» en quelque chose d'autre. Il indique plutôt qu'il est bien entendu que les Etats ne peuvent être tenus pénalement responsables.

13. En même temps, il est indéniable que les Etats peuvent être tenus responsables de génocide par le mécanisme d'attribution comme, en général, chaque fois que le droit international érige un acte en crime, un Etat peut être tenu responsable si cet acte criminel est commis par des personnes dont le comportement est susceptible d'engager sa responsabilité. Les règles relatives à la responsabilité de l'Etat à cet égard sont assez claires. Elles sont d'ailleurs citées comme droit applicable dans le présent arrêt (voir le paragraphe 125)⁸.

14. Dans la présente affaire, pour déterminer si le crime de génocide et d'autres actes énumérés à l'article III de la convention sur le génocide ont été commis, la Cour, au lieu d'insister sur la capacité de mener sa propre enquête, aurait pu se borner à prendre acte de l'issue des procès qui ont eu lieu devant le TPIY. Ces procès, certes, n'ont jamais porté sur des accusations de génocide à l'égard d'événements survenus en Croatie. Je crois utile de rappeler ici que la Cour a reconnu que le TPIY était un tribunal pénal international au sens de l'article VI de la convention sur le génocide (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 227, par. 445). Ainsi, dans la présente instance, comme en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la Cour était dans une situation «idéale», car, depuis maintenant près d'un quart de siècle, il existe un tribunal pénal international ayant compétence à l'égard de la région concernée et des Etats en cause⁹. En fait, dans les deux affaires, la Cour, pour déterminer si le crime de génocide et d'autres

⁸ Heureusement, dans le présent arrêt, la Cour ne reprend pas la notion assez artificielle et inutile qu'elle avait retenue dans l'arrêt de 2007, à savoir que des crimes sanctionnés par la convention sur le génocide pourraient être commis par les Etats eux-mêmes (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 113-114, par. 166-169).

⁹ Il pourrait, théoriquement, se présenter des cas pour lesquels il n'existerait aucun tribunal de ce genre mais où, par exemple, les parties conviendraient qu'un génocide a effectivement été commis; des cas aussi où le génocide serait tellement patent qu'il n'exigerait pas d'élucidation plus poussée parce qu'il procéderait par exemple de la politique affichée de l'Etat; ou encore un scénario où les allégations de génocide seraient manifestement inventées de toutes pièces. Dans ces circonstances, la Cour pourrait examiner la question de la responsabilité de l'Etat, ou son absence, sans risquer de s'immiscer dans le domaine de la culpabilité pénale. Cependant, il vaut mieux laisser de telles hypothèses pour d'autres temps qui, je l'espère sincèrement, ne viendront jamais. En d'autres termes, j'espère qu'il ne se présentera jamais de situation qui conduirait la Cour à examiner la responsabilité d'un Etat pour un génocide commis par lui.

actes énumérés à l'article III de la Convention avaient été commis, s'est amplement appuyée (plus, en fait qu'elle n'a voulu le reconnaître) sur les conclusions du TPIY, qu'elle n'a jamais contredites. Aujourd'hui comme en 2007, l'invocation de ces conclusions a été décisive lorsque la Cour a formulé ses conclusions sur la commission d'actes génocidaires.

(Signé) Leonid SKOTNIKOV.
