

CR 2006/43

International Court  
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale  
de Justice

LA HAYE

YEAR 2006

*Public sitting*

*held on Monday 8 May 2006, at 10 a.m., at the Peace Palace,*

*President Higgins presiding,*

*in the case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment  
of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*

---

VERBATIM RECORD

---

ANNÉE 2006

*Audience publique*

*tenue le lundi 8 mai 2006, à 10 heures, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de Mme Higgins, président,*

*en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du  
crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*

---

COMPTE RENDU

---

*Present:* President Higgins  
Vice-President Al-Khasawneh  
Judges Ranjeva  
Shi  
Koroma  
Parra-Aranguren  
Owada  
Simma  
Tomka  
Abraham  
Keith  
Sepúlveda  
Bennouna  
Skotnikov  
Judges *ad hoc* Mahiou  
Kreća  
Registrar Couvreur

---

*Présents* : Mme Higgins, président  
M. Al-Khasawneh, vice-président  
MM. Ranjeva  
Shi  
Koroma  
Parra-Aranguren  
Owada  
Simma  
Tomka  
Abraham  
Keith  
Sepúlveda  
Bennouna  
Skotnikov, juges  
MM. Mahiou,  
Kreća, juges *ad hoc*  
  
M. Couvreur, greffier

---

***The Government of Bosnia and Herzegovina is represented by:***

Mr. Sakib Softić,

*as Agent;*

Mr. Phon van den Biesen, Attorney at Law, Amsterdam,

*as Deputy Agent;*

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the International Law Commission of the United Nations,

Mr. Thomas M. Franck, Professor of Law Emeritus, New York University School of Law,

Ms Brigitte Stern, Professor at the University of Paris I,

Mr. Luigi Condorelli, Professor at the Faculty of Law of the University of Florence,

Ms Magda Karagiannakis, B.Ec, LL.B, LL.M., Barrister at Law, Melbourne, Australia,

Ms Joanna Korner, Q.C., Barrister at Law, London,

Ms Laura Dauban, LL.B (Hons),

Mr. Antoine Ollivier, Temporary Lecturer and Research Assistant, University of Paris X-Nanterre,

*as Counsel and Advocates;*

Mr. Morten Torkildsen, BSc, MSc, Torkildsen Granskin og Rådgivning, Norway,

*as Expert Counsel and Advocate;*

H.E. Mr. Fuad Šabeta, Ambassador of Bosnia and Herzegovina to the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Wim Muller, LL.M, M.A.,

Mr. Mauro Barelli, LL.M (University of Bristol),

Mr. Ermin Sarajlija, LL.M,

Mr. Amir Bajrić, LL.M,

Ms Amra Mehmedić, LL.M,

***Le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine est représenté par :***

M. Sakib Softić,

*comme agent;*

M. Phon van den Biesen, avocat, Amsterdam,

*comme agent adjoint;*

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international des Nations Unies,

M. Thomas M. Franck, professeur émérite à la faculté de droit de l'Université de New York,

Mme Brigitte Stern, professeur à l'Université de Paris I,

M. Luigi Condorelli, professeur à la faculté de droit de l'Université de Florence,

Mme Magda Karagiannakis, B.Ec., LL.B., LL.M., *Barrister at Law*, Melbourne (Australie),

Mme Joanna Korner, Q.C., *Barrister at Law*, Londres,

Mme Laura Dauban, LL.B. (Hons),

M. Antoine Ollivier, attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Paris X-Nanterre,

*comme conseils et avocats;*

M. Morten Torkildsen, BSc., MSc., Torkildsen Granskin og Rådgivning, Norvège,

*comme conseil-expert et avocat;*

S. Exc. M. Fuad Šabeta, ambassadeur de Bosnie-Herzégovine auprès du Royaume des Pays-Bas,

M. Wim Muller, LL.M., M.A.,

M. Mauro Barelli, LL.M. (Université de Bristol),

M. Ermin Sarajlija, LL.M.,

M. Amir Bajrić, LL.M.,

Mme Amra Mehmedić, LL.M.,

Ms Isabelle Moulrier, Research Student in International Law, University of Paris I,

Mr. Paolo Palchetti, Associate Professor at the University of Macerata (Italy),

*as Counsel.*

***The Government of Serbia and Montenegro is represented by:***

Mr. Radoslav Stojanović, S.J.D., Head of the Law Council of the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro, Professor at the Belgrade University School of Law,

*as Agent;*

Mr. Saša Obradović, First Counsellor of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Vladimir Cvetković, Second Secretary of the Embassy of Serbia and Montenegro in the Kingdom of the Netherlands,

*as Co-Agents;*

Mr. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), Professor of Law at the Central European University, Budapest and Emory University, Atlanta,

Mr. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Member of the International Law Commission, member of the English Bar, Distinguished Fellow of the All Souls College, Oxford,

Mr. Xavier de Roux, Master in law, avocat à la cour, Paris,

Ms Nataša Fauveau-Ivanović, avocat à la cour, Paris and member of the Council of the International Criminal Bar,

Mr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), Professor of Law at the University of Kiel, Director of the Walther-Schücking Institute,

Mr. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), Attorney at Law, Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, and President of the International Law Association of Serbia and Montenegro,

Mr. Igor Olujić, Attorney at Law, Belgrade,

*as Counsel and Advocates;*

Ms Sanja Djajić, S.J.D., Associate Professor at the Novi Sad University School of Law,

Ms Ivana Mroz, LL.M. (Indianapolis),

Mr. Svetislav Rabrenović, Expert-associate at the Office of the Prosecutor for War Crimes of the Republic of Serbia,

Mme Isabelle Moulier, doctorante en droit international à l'Université de Paris I,

M. Paolo Palchetti, professeur associé à l'Université de Macerata (Italie),

*comme conseils.*

***Le Gouvernement de la Serbie-et-Monténégro est représenté par :***

M. Radoslav Stojanović, S.J.D., chef du conseil juridique du ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro, professeur à la faculté de droit de l'Université de Belgrade,

*comme agent;*

M. Saša Obradović, premier conseiller à l'ambassade de Serbie-et-Monténégro au Royaume des Pays-Bas,

M. Vladimir Cvetković, deuxième secrétaire à l'ambassade de Serbie-et-Monténégro au Royaume des Pays-Bas,

*comme coagents;*

M. Tibor Varady, S.J.D. (Harvard), professeur de droit à l'Université d'Europe centrale de Budapest et à l'Université Emory d'Atlanta,

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre, *Distinguished Fellow* au All Souls College, Oxford,

M. Xavier de Roux, maîtrise de droit, avocat à la cour, Paris,

Mme Nataša Fauveau-Ivanović, avocat à la cour, Paris, et membre du conseil du barreau pénal international,

M. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard), professeur de droit à l'Université de Kiel, directeur de l'Institut Walther-Schücking,

M. Vladimir Djerić, LL.M. (Michigan), avocat, cabinet Mikijelj, Janković & Bogdanović, Belgrade, et président de l'association de droit international de la Serbie-et-Monténégro,

M. Igor Olujić, avocat, Belgrade,

*comme conseils et avocats;*

Mme Sanja Djajić, S.J.D, professeur associé à la faculté de droit de l'Université de Novi Sad,

Mme Ivana Mroz, LL.M. (Indianapolis),

M. Svetislav Rabrenović, expert-associé au bureau du procureur pour les crimes de guerre de la République de Serbie,

Mr. Aleksandar Djurdjić, LL.M., First Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Miloš Jastrebić, Second Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of Serbia and Montenegro,

Mr. Christian J. Tams, LL.M. PhD. (Cambridge), Walther-Schücking Institute, University of Kiel,

Ms Dina Dobrkovic, LL.B.,

*as Assistants.*



M. Aleksandar Djurdjić, LL.M., premier secrétaire au ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro,

M. Miloš Jastrebić, deuxième secrétaire au ministère des affaires étrangères de la Serbie-et-Monténégro,

M. Christian J. Tams, LL.M., PhD. (Cambridge), Institut Walther-Schücking, Université de Kiel,

Mme Dina Dobrkovic, LL.B.,

*comme assistants.*

The PRESIDENT: Please be seated. Mr. Obradović, you have the floor.

Mr. OBRADOVIĆ: Thank you, Madam President.

## **A PATTERN**

### **Introduction**

1. Madam President, distinguished Members of the Court, as part of our final presentation of facts and law, I would like this morning to draw your attention to a specific request of the applicant State, which has often been highlighted during these oral hearings. It is the request that the existence of the genocidal intent should be drawn from *a pattern* of criminal conduct.

2. At the start of the Applicant's oral pleadings, Professor Franck asked the Court "to draw inferences from patterns— patterns of facts to conclusions that are logically or experientially inescapable, even if they cannot be proven with direct evidence"<sup>1</sup>. In the second round of the pleadings, the Applicant partially changed this position claiming to "have evidence that directly confirms the genocidal intent of senior Serb officials"<sup>2</sup>. However, no such direct evidence was shown to the Court. Neither did we hear any serious evidence of the existence of a genocidal plan. Nonetheless, the Applicant continues to request the Court to draw inferences from a pattern of criminal conduct. This has become the Applicant's "exit strategy" — a means and the goal at the same time.

3. Indeed, in case law it is uncommon for the intent, as an element of the crime, to be demonstrated by direct evidence. More usually, the intent is inferred from "the facts, the concrete circumstances, or a pattern of purposeful action"<sup>3</sup>. However, the existence of the genocidal intent is not the only reasonable inference that can be deduced from a pattern. For example, the existence of "a widespread or systematic attack directed against any civilian population"<sup>4</sup>, as a substantive element of the crimes against humanity, is also very often inferred from the facts, the concrete circumstances or a pattern of purposeful action. The Applicant has not had any interest to be

---

<sup>1</sup>CR 2006/3, p. 24, para. 15 (Franck).

<sup>2</sup>CR2006/33, p. 36, para. 2 (Franck).

<sup>3</sup>ICTY, case No. IT-99-36-T, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, Trial Chamber Judgement, 1 September 2004, para. 704.

<sup>4</sup>Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 7, para. 1.

helpful to the Court by explaining the difference between a pattern from which the crime of genocide can be inferred and a pattern from which the only reasonable inference is the existence of the crimes against humanity. According to the Applicant, the only pattern that exists in this case is the “genocidal pattern”, and each and every action of the Serbs during the conflict in Bosnia and Herzegovina forms part of that pattern.

4. Madam President, it is my task today to demonstrate that the pattern of criminal conduct described by the Applicant in this case is not a pattern from which an existence of the crime of genocide can be reasonably inferred.

#### **A pattern and the crime of genocide**

5. A pattern of criminal conduct, which may constitute *actus reus* of the crime of genocide, is not a necessary element of this crime. Neither the Genocide Convention nor the basic documents of the international criminal tribunals contain any word about a pattern. This term appears for the first time in the “Elements of Crimes”, one of the basic documents of the International Criminal Court, but in the completely different meaning than the Applicant wants to establish in this case. Article 6 of the ICC Elements of Crimes contains the required elements for each genocidal act. For example, Article 6 (a) gives the four *cumulative elements* of genocide by killing, as follows:

- “1. The perpetrator killed one or more persons.
2. Such person or persons belonged to a particular national, ethnical, racial or religious group.
3. *The perpetrator intended to destroy*, in whole or in part, that national, ethnical, racial or religious group, as such.
4. The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group *or* was conduct that could *itself* effect such destruction.”<sup>5</sup> (Emphasis added.)

6. Thus, according to point 4 of Article 6 (a) of the ICC “Elements of Crimes” which provides for two alternative elements, it is clear that genocide can be committed, for instance, in any solitary camp, if the intent of the perpetrator — or rather, the joint intention of the perpetrators who have a power in a camp — is to destroy a group, at least partially, *and* if the conduct can *itself* effect such destruction. In the case of an isolated camp, it means that the detainees should

---

<sup>5</sup>International Criminal Court, Elements of Crimes, United Nations doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

represent a reasonably substantial part of a particular group. When the conduct of the perpetrator cannot itself effect the destruction of substantial part of a particular group, then such conduct must take place in the context of a manifest pattern of similar criminal activities directed against members of the same group. In such a case, the perpetrator shares the genocidal intent of many other perpetrators who commit similar acts. However, in both cases set out in the mentioned provision (point 4), *it is indispensable that each perpetrator possesses the required mental element of the crime of genocide*, described in point 3.

7. But the Applicant in this case has claimed something different, namely, that the genocidal intent should be inferred from a pattern of *various* criminal acts. Thus, Professor Franck said:

“[T]hat proven individual acts of murder, torture, rape and forcible displacement, when seen cumulatively in the context of numerous criminal prosecution of individuals, begin to emerge as, yes, a *pattern*. It is that terrible pattern which, ultimately, transforms many ordinary crimes into over-arching and undeniable genocide. It is the accumulation of solitary crimes — the dreadful repetition of evil acts — that emerges finally, clearly, as the super crime of genocide.”<sup>6</sup>

8. This approach is not consistent with the established international criminal law. A pattern of “ordinary crimes” cannot be simply transformed into the crime of genocide, which cannot be a sum of random criminal activities, but a specific crime, with a specific mental element. If “ordinary crimes” were not committed with the required intention, then how can they add up to the intention necessary for the “overarching” crime of genocide, which allegedly should be established from existing elements of all individual crimes? That construction would be as impossible as it is illogical. A pattern can be useful to the Court only to recognize the intent which is not easily visible from direct evidence. As I have already said, each perpetrator of the crime of genocide must possess *dolus specialis* for this crime. However, the intent of all of them or some of them cannot be established by the mere “accumulation of solitary crimes”<sup>7</sup>, which has already been characterized by the International Criminal Tribunal as crimes other than genocide.

9. There is no ICTY judgment which has established such a conclusion. Professor Franck is, of course, aware of that and for that reason he argued that such conclusion was not within the

---

<sup>6</sup>CR2006/5, p. 19, para. 34 (Franck); see also CR 2006/6, p. 46, para. 50 (Franck) and CR2006/7, p. 31, para. 112 (Stern).

<sup>7</sup>CR2006/5, p. 19, para. 34 (Franck).

mandate of the international criminal tribunals<sup>8</sup>. The Respondent does not agree with that contention and I will now show that the ICTY has considered, very seriously, the existence of a criminal pattern, but has ruled that such a pattern, in the given circumstances, could not prove the crime of genocide.

10. The first example can be found in the ICTY case, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*. The judgment of 1 September 2004 reads:

“While the general and widespread nature of the atrocities committed is evidence of a campaign of persecutions, the Trial Chamber holds that, in the circumstances of this case, *it is not possible to conclude from it that the specific intent required for the crime of genocide is satisfied.*”<sup>9</sup> (Emphasis added.)

11. The same conclusion was established in the ICTY judgment in the case, *Prosecutor v. Milomir Stakic* of 31 July 2003:

“The Trial Chamber has reviewed its factual findings . . . and a comprehensive pattern of atrocities against Muslims in Prijedor municipality in 1992 emerges that has been proved beyond reasonable doubt. However, in order to prove Dr. Stakic’s involvement in the commission of these acts as a co-perpetrator of genocide, the Trial Chamber must be satisfied that he had the requisite intent. Thus, the key and primary question that falls to be considered by the Trial Chamber is whether or not Dr. Stakic possessed the *dolus specialis* for genocide, this *dolus specialis* being the core element of the crime.”<sup>10</sup>

12. These two cases clearly show that the lack of evidence proffered by the applicant State cannot be simply solved by drawing inferences from a pattern of crimes other than genocide.

13. In the second round of its oral pleadings, the Applicant added a new thesis, as part of its exit strategy, claiming that this case is not “about the guilt, or the degree of guilt, of individual perpetrators” and that there must be significant differences between the proving of the individual responsibility and the responsibility of State<sup>11</sup>. It should mean that, according to the Applicant, the genocidal intent of a government or some senior State officials could be inferred from criminal conducts of many individual perpetrators even if those perpetrators did not possess genocidal intent.

---

<sup>8</sup>*Ibid.*

<sup>9</sup>ICTY, case No. IT-99-36-T, *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, Trial Judgement, 1 September 2004, para. 984.

<sup>10</sup>ICTY, case No. IT-97-24-T, *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, 31 July 2003, para. 546.

<sup>11</sup>CR 2006/33, p. 38, para. 8 (Franck).

14. Madam President, such an approach is also not logical. How can the State be responsible for the crime of genocide if there was no individual perpetrator who possessed the genocidal intent? The standard of proof, required for the government officials, should not be lower than the standard of proof required for the “common” perpetrators.

15. The example of the two accused that I have just cited is very useful here. Namely, they were not ordinary perpetrators. Mr. Brdjanin was Head of the Crisis Staff of the autonomous region of Krajina. That was a wide area of Republika Srpska, containing numerous municipalities where notorious crimes were committed. Mr. Stakic was head of the crisis staff of the Prijedor municipality, where six detention facilities existed. Both of them were not accused of the physical perpetration of crimes. Both of them were accused because of their top position roles in the crime of genocide in the territory under their power. In both cases the ICTY found the existence of a pattern of criminal conduct, but other than genocide. And for that reason, Mr. Brdjanin and Mr. Stakic were acquitted of genocide.

16. Madam President, the only pattern of the importance to the Court’s findings of facts in this case, could be *a pattern of massive scale of atrocities which had a destructive effect to the very foundation of a particular group*. However, the Applicant has failed to demonstrate any evidence of such a pattern.

#### **Alleged pattern of mass killings**

17. At this point, it would be useful to remind the Court once again of a false pattern created by the Applicant by exaggerating numbers of mass killing victims in its written submissions, which completely changed the general picture of the conflict in Bosnia and Herzegovina. Thus, the Applicant alleged that 2,500 men were killed during the two-day attack on Zvornik<sup>12</sup>. It stated that 1,000 people were killed in only one village (Hambarine)<sup>13</sup>, and, similarly stated that between 50 and 60 people died in Trnopolje camp every day<sup>14</sup>. These horrible allegations should have reminded the Court of the scenes from the Nazi concentration camps, or the notorious genocide

---

<sup>12</sup>Reply, Chap. V, p. 100, para. 64.

<sup>13</sup>*Ibid.*, p. 85, para. 22.

<sup>14</sup>*Ibid.*, p. 210, para. 330.

committed in Rwanda. Their purpose was to create an impression of a pattern of mass killings that could reach the very foundation of a group.

18. However, during the first round of oral argument, we have clearly demonstrated that the Applicant highly exaggerated the number of war crimes victims in the town of Zvornik, as well as in Bijeljina, Brcko, in the town of Kozarac, in the village of Hambarine, in the detention facilities in Omarska, Keraterm, Trnopolje and Luka<sup>15</sup>. The Applicant could not contest or mitigate our arguments, nothing of that was denied, and even the Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina admitted it<sup>16</sup> and cautiously apologized for mistakes made in presentation of the facts<sup>17</sup>. The Respondent appreciates such a position.

19. However, we must emphasize that the incorrect allegations of the Applicant were numerous and they can be found throughout the Applicant's written submissions. Just as an additional example, I could choose one new municipality — it may be Bratunac this time — and remind the Court that the Applicant claimed in its Reply that between 600 and 700 male Muslims had been moved by Serb forces to the Vuk Karadzic primary school in that town on 10 May 1992: "Most were killed by gunfire, but in one day it is alleged that up to 150 people were killed from beatings."<sup>18</sup>

20. The source for this unbelievable allegation is the final report of the United Nations Commission of Experts, based on the "Report on War Destruction, Violation of Human Rights and Crimes against Humanity in Bosnia and Herzegovina of 3 June 1992", submitted by the non-governmental organization from Sarajevo called "World Campaign Save the Humanity"<sup>19</sup>. It is very difficult today to find any relevant data about that NGO, as well as the source of the information.

21. On the other hand, the ICTY Prosecutor accused Slobodan Milosevic of killing "at least, 14 non-Serbs" in Bratunac from 10 to 16 May 1992<sup>20</sup>. That allegation appeared in the broad

---

<sup>15</sup>CR 2006/11, pp. 22-36.

<sup>16</sup>CR 2006/33, p. 45, para. 4 (van den Biesen).

<sup>17</sup>CR 2006/30, p. 30, para. 2 (van den Biesen).

<sup>18</sup>Reply, Chap. V, p. 107, para. 86.

<sup>19</sup>Final report of the United Nations Commission of Experts, Annex III.A, paras. 381-383 (Peace Palace Library).

<sup>20</sup>ICTY, case No. IT-02-54-T, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Amended Indictment (Bosnia and Herzegovina) dated 21 April 2004, Schedule B, para. 5.

indictment that should be *summa summarum* of all crimes committed in Bosnia and Herzegovina by Serbian forces, which could be proven, in the Prosecutor's opinion, beyond any reasonable doubt. No ICTY judgment or indictment contains the fact or allegation that 150 people were beaten to death on any one day, in Bratunac or elsewhere.

22. But the Applicant has strongly protested because we used *a contrario* reasoning, and the distinguished Deputy Agent of Bosnia and Herzegovina said: "[T]he fact that a Trial Chamber concludes that an amount of 'X' people were killed in camp 'Y' does not mean that the number of people actually killed in this camp will never be higher than 'X'"<sup>21</sup>.

23. Madam President, we can agree with this. There is no dispute that the number of victims in Bratunac, unfortunately, may be higher. However, our factual conclusions drawn from the presented example are the following:

*Firstly*, we do not want to contest that serious crimes were committed by Serb forces during the takeover of Bratunac town, and once again, I express great remorse for that on behalf of the citizens and the Government of Serbia and Montenegro.

*Secondly*, it is a fact that the ICTY Prosecutor indicted Mr. Milosevic of the killing of at least 14 non-Serbs. That accusation remains unconfirmed by a judgment in that case.

*Thirdly*, regardless of whether this accusation was true or not, there is not any evidence that a fifteenth victim was killed during the takeover of Bratunac. And this is a fact.

*Fourthly*, it is obvious that the Applicant's allegation about the number of victims was incorrect and enormously exaggerated.

*Fifthly*, it means that the source of evidence, cited correctly by the Applicant in this case, is not credible and reliable.

*Sixthly*, there is no evidence of a genocidal pattern in Bratunac. The Applicant has failed to demonstrate that crimes were committed there against such a number of victims which *might* prove the existence of the intention to destroy a particular group, in whole or in part, i.e., in its substantial part. A pattern of such destruction cannot be simply replaced with a pattern of many isolated crimes, other than genocide.

---

<sup>21</sup>CR 2006/33, p. 58, para. 45 (van den Biesen); also see CR 2006/30, p. 26, para. 38 (van den Biesen).



**No evidence of a pattern of crimes committed with the genocidal intent**

24. It must have been that a doubtful probative value of the sources of evidence used in its written submissions has finally convinced the Applicant to avoid, although partially, “a duel of figures” in its oral pleadings. I said “partially”, because the Applicant’s counsel, Ms Karagiannakis, could not avoid it in relation to Serb victims in Srebrenica region<sup>22</sup>. Despite the Applicant’s accusation that the Respondent has used “a numbers game”, Ms Karagiannakis was doing just the same.

25. Nevertheless, let us see which kind of pattern has been presented by the Applicant in this case. We have seen a pattern of the 1992 takeover of the municipalities on the eastern side of Bosnia. But there was no evidence on physical destruction of a *substantial part* of a particular group there.

26. Then, we have been presented with a pattern of different war crimes committed in territory under the control of the Republika Srpska army. But again, there was no evidence that a substantial part of a group was destroyed, and even the representatives of Bosnia and Herzegovina during the oral pleadings remarkably tried to avoid that issue. Let us see how Ms Karagiannakis described that pattern without figures. She said: “*Countless* Muslim civilians were killed during these attacks” (in Prijedor municipality) (emphasis added)<sup>23</sup>. Describing the situation and crimes committed in Omarska camp, Ms Karagiannakis emphasized: “The detainees were severely beaten. They were tortured. They were killed.”<sup>24</sup> There is no doubt that the Omarska prisoners suffered torture, but for legal reasons in this case, we must ask how many of them were killed, and whether it was a substantial part of a group. “*Many* were called out never to be seen again,” said Ms Karagiannakis (emphasis added)<sup>25</sup>. Does it not seem like “a game of hidden numbers”?

27. Members of the Court, a number of victims can be a very important factor for the proof of genocidal intent. According to the International Law Commission, “the crime of genocide by its very nature requires the intention to destroy *at least a substantial part* of a particular group”

---

<sup>22</sup>CR 2006/32, p. 45, para. 14 (Karagiannakis).

<sup>23</sup>CR 2006/5, p. 34, para. 44 (Karagiannakis).

<sup>24</sup>*Ibid.*, p. 36, para. 52 (Karagiannakis).

<sup>25</sup>*Ibid.*, para. 53.

(emphasis added)<sup>26</sup>. How could a reasonable court find what would be a substantial part of a particular group without, at least, an approximate number of victims? In the Report of the Sub-Commission on Genocide, the Special Rapporteur Mr. Whitaker stated that “in part would seem to imply a reasonably significant number”, relative to the total of the group as a whole, or else a significant section of a group such as its leadership<sup>27</sup>. Hence, both proportionate scale and a total number of victims are relevant. That was confirmed in the judgment of the International Criminal Tribunal for Rwanda by the well-known *Kayishema and Ruzindana* test<sup>28</sup>, as well as in the ICTY judgment on defence motion to acquit in the case, *Sikirica et al.*<sup>29</sup>.

28. Another counsel for the Applicant, distinguished Professor Stern, tried to demonstrate that (I quote the English translation): “[I]ntent to destroy the group can be deduced from the *severity and extensiveness* of the rapes and sexual violence carried out against members of the Bosnian Muslim population” (emphasis added)<sup>30</sup>.

29. Obviously, the extensiveness is a very quantitative term. Let us see then how the Applicant tried to describe the extensiveness without using the exact facts:

“[R]ape and sexual violence were primarily perpetrated upon women and . . . it is clear that women must be viewed as a sizeable proportion and ‘substantial’ part of the Muslim population of Bosnia and Herzegovina, because, quantitatively, they make up a large percentage of the group: half the world, holding up half of the sky.”<sup>31</sup>

30. The Respondent can agree that Muslim women in Bosnia and Herzegovina indeed make up a large percentage of the group of Bosnian Muslims, but cannot agree that all Muslim women were victims of rapes and sexual violence. The Applicant has failed to present any serious evidence on extensiveness of those crimes. The doubtful estimation made during wartime in the Report of the Special Rapporteur of the United Nations Commission on Human Rights of

---

<sup>26</sup>Report of the International Law Commission on the work of its 48th Session, 6 May-26 July 1996, p. 89.

<sup>27</sup>Mr. Whitaker, in United Nations doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, p. 16, para. 29.

<sup>28</sup>ICTR-95-1-T, case *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Judgement of 21 May 1999, para. 93; <http://69.94.11.53/default.htm>.

<sup>29</sup>ICTY, case No. IT-95-8, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motion to Acquit, 3 September 2001, para. 72; [www.un.org/icty/sikirica/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/sikirica/judgement/index.htm).

<sup>30</sup>CR 2006/7, translation of subtitle on p. 37 (Stern).

<sup>31</sup>*Ibid.*, p. 38, para. 103 (Stern), English translation.

10 February 1993<sup>32</sup> has already been successfully challenged by our counsel, Ms Fauveau-Ivanovic<sup>33</sup>. Thus, we can conclude that the alleged extensiveness of the rapes and sexual violence has not been proven, and consequently, that the intent to destroy the group of the Bosnian women by acts of rape and sexual violence cannot be deduced from the unproven allegations.

31. Furthermore, the Applicant has presented a pattern of the existence of detention facilities throughout Republika Srpska, although the Respondent cannot accept a figure of “520 Serb-controlled camps and detention facilities [which] were active in some 50 different municipalities”<sup>34</sup>. Such a fact should be demonstrated by a serious expert’s research based on direct field-investigation, testimonies and material evidence. It is not acceptable that a number of detention facilities that existed in Republika Srpska can be based only on a testimony of one witness<sup>35</sup>. According to the graphic produced upon the request of the Bosnian Government and presented in this courtroom, 58 camps allegedly existed only in the Prijedor municipality<sup>36</sup>. That unbelievable allegation was not contained in the ICTY *Stakic* judgment, in which only six Prijedor’s detention facilities were listed and described<sup>37</sup>.

32. According to the ICTY Prosecutor’s allegations in the *Milosevic* indictment, most of those detention facilities existed for no longer than three months. Only nine detention facilities existed in Republika Srpska after 1992. These facilities were:

- Batkovici Detention Centre in Bijeljina<sup>38</sup>, which existed for three years; there is no ICTY allegation of killings there;
- the Police Centre in Cajnice<sup>39</sup>, existed for two months in 1993; no ICTY allegation of killings associated with this centre;

---

<sup>32</sup>United Nations, “Situation of Human Rights in the Territory of the former Yugoslavia”, report submitted by Mr. Tadeusz Mazowiecki, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, doc.E/CN.4/1993/50, 10 February 1993, Ann. II.

<sup>33</sup>CR 2006/20, pp. 16-17, paras. 12-20 (Fauveau-Ivanovic).

<sup>34</sup>CR 2006/2, p. 43, para. 49 (Van den Biesen).

<sup>35</sup>CR 2006/5, p. 23, para. 6, footnote 35 (Karagiannakis).

<sup>36</sup>*Ibid.*, paras. 7 and 8.

<sup>37</sup>ICTY, case No. 97-24-T, *Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Chamber Judgement, 31 July 2003, I. Factual Findings, Part E. 2 “Detention Facilities in the Prijedor Municipalities”.

<sup>38</sup>*Ibid.*, Schedule C-3.

- Spreca Prison in Dobo<sup>40</sup>, existed until February 1993; no allegation of killings — again;
- Bosanka Camp in Dobo<sup>41</sup>, existed until June 1993; no allegation of killings;
- Seslija Camp in Dobo<sup>42</sup>, existed in 1993; no allegation of killings;
- Prison in Foca<sup>43</sup>, which existed for more than two years, with the allegation of mass killings during 1992<sup>44</sup>;
- Rasadnik in Rogatica<sup>45</sup>, existed until June 1993; no allegation of killings;
- Old Hotel in Sanski Most<sup>46</sup>, existed for four days in 1995; and
- Uzamnica, the former military barracks in Visegrad<sup>47</sup>, existed more than two years, without any allegation of killings according to the ICTY *Milosevic* indictment.

33. Madam President, most detention facilities in Bosnia and Herzegovina under Serb control in 1992 did not exist long enough to bring about the physical destruction of the prisoners. On the other hand, they existed long enough for the physical destruction of a substantial part of a particular group by executions to occur, had that been the intention of Bosnian Serbs.

34. Although the Applicant has presented a pattern of the existence of numerous detention facilities in Republika Srpska, it has failed to produce the evidence on crimes committed in them with intent to destroy a particular group in its substantial part. The ICTY has so far convicted no one of genocide committed in camps or detention facilities in Republika Srpska.

#### **Some facts clearly show the non-existence of the genocidal pattern**

35. Madam President, allow me now to demonstrate some facts which clearly show that a genocidal pattern did not exist in Bosnia and Herzegovina during the 1992-1995 armed conflict.

---

<sup>39</sup>*Ibid.*, Schedule C-11.

<sup>40</sup>*Ibid.*, Schedule C-12.

<sup>41</sup>*Ibid.*

<sup>42</sup>*Ibid.*

<sup>43</sup>*Ibid.*, Schedule C-13.

<sup>44</sup>*Ibid.*, Schedule B-8.

<sup>45</sup>*Ibid.*, Schedule C-19.

<sup>46</sup>*Ibid.*, Schedule C-20.

<sup>47</sup>*Ibid.*, Schedule C-22.

36. *Firstly*, during the Bosnian conflict, the non-Serb patients were regularly and properly treated in hospitals throughout Republika Srpska. Annexes Nos. 53 and 53 A to the Counter-Memorial contain reports about patients of non-Serb nationalities treated in medical centres in the municipalities of Prijedor, Brcko, Sokolac, Doboj, Modrica, Bosanska Gradiska, Kasin Do, Bijeljina and Banja Luka, from 1992 to 1995, with lists containing their names, ages, diagnoses and departments where they were treated<sup>48</sup>. The Applicant has not contested those documents or the facts presented in them. According to these reports, a total of 13,500 Muslims and Croats were treated in the clinic and hospital centre in Banja Luka, Republika Srpska, in 1993<sup>49</sup>. Where was the genocidal pattern then?

37. At this point, I think that it would be useful to remind the Court of the letter of Ms Ferida Hasanovic, dated 8 February 1993, addressed to her child Emina, a patient of the Zvornik medical centre.

“Emina, my child, your mother is here with your brother Faruk. We have heard that you are in a hospital, that you are in good condition which makes us happy. We all miss you very much and looking forward to seeing you and your relative Merima back.”<sup>50</sup>

Madam President, this was not a doubtful statement by a witness signed by the investigative judge of the Zvornik court<sup>51</sup>; this is a message of a mother written in her own hand on the official Red Cross form, ten months after the takeover of the Zvornik municipality. The Respondent appreciates the Applicant’s effort to discover the falsification of two documents signed by Mr. Eric, as the investigative judge of the Zvornik court, and subsequently submitted as annexes to the Counter-Memorial. We regret that mistake. However, the Applicant, in the second round of its oral argument, has not contested, at all, our assertion that the alleged massacre of the Muslim children in the Zvornik hospital had never occurred<sup>52</sup>.

38. *Secondly*, the Applicant has failed to explain how an alleged genocidal pattern can be inferred from the fact that the refugees from Srebrenica and Zepa, who had been combatants of the

---

<sup>48</sup>Counter-Memorial of 23 July 1997, Anns. to Chap. I, Vols. III and IV.

<sup>49</sup>*Ibid.*, p. 58, para. 1.3.3.13.

<sup>50</sup>*Ibid.*, Anns. to Chap. I, Vol. II, Ann. No. 46, pp. 437-439.

<sup>51</sup>CR 2006/30, pp. 21 – 24, paras. 24 – 33 (van den Biesen, “Fraud?”).

<sup>52</sup>CR 2006/12, pp. 24-26, paras. 12-18 (Obradovic).

28th Bosnian Army Division, escaped to the Republic of Serbia after the fall of these enclaves and enjoyed proper treatment in the territory of the Respondent. Their treatment has been described by my colleague Mr. Vladimir Cvetkovic<sup>53</sup>, and fully confirmed by the testimony of Mr. Vladimir Milicevic<sup>54</sup>. But they were not the only refugees of Muslim ethnicity in the territory of Serbia and Montenegro. With our Counter-Memorial we have submitted evidence that, in 1993, 34,000 Muslims found haven in Serbia and Montenegro, and that number rose to 36,000 in 1994. Mr. Cvetkovic referred to these documents in his speech of 15 March 2006<sup>55</sup> and they were never contested by the Applicant.

39. A similar situation happened in the case of refugees from Cazinska Krajina — “the Fikret Abdic State” — after their defeat in the Muslim-Muslim war. The United States Central Intelligence Agency book *Balkan Battlegrounds: A Military History of the Yugoslav Conflict, 1990-1995* contains the following information:

“On 21 August, just hours after Abdic refused the Bosnian Government’s unconditional surrender demand, Bosnian Army troops overran Velika Kladusa. The Bosnian Government announced a three-day amnesty period for any former rebels, but hundreds of Abdic soldiers abandoned their weapons and joined the massive column of 10,000 or more refugees fleeing Velika Kladusa for the Serb-held sections of adjacent Croatia.”<sup>56</sup>

These 10,000, or more, refugees who found a haven in the Serb-held territory were Muslims as well. Where was then a pattern of crimes committed with the intention to destroy the so-called non-Serb group?

40. *Thirdly*, I would like to point out an event which has not been sufficiently elaborated in the previous pleadings and arguments. That is the fall of Zepa, the United Nations safe haven, which occurred in the days following the fall of Srebrenica in 1995. Everyone knows today that several thousand victims from Srebrenica were killed after the fall of that enclave. Has anyone ever heard of killings at Zepa?

---

<sup>53</sup>CR 2006/20, pp. 49-51, paras. 48-52 (Cvetkovic).

<sup>54</sup>CR 2006/28 (testimony of Mr. Vladimir Milicevic).

<sup>55</sup>CR 2006/20, pp. 46-47, para. 41 (Cvetkovic).

<sup>56</sup>CIA, *Balkan Battlegrounds: A Military History of the Yugoslav Conflict, 1990-1995*, Vol. I, Chap. 63 “The Western Theater”, p. 246 (Peace Palace Library).

41. The battle for this enclave lasted almost to the end of July 1995. Let us see how the CIA book described the days after the fall of the Zepa enclave:

“On 26 July the evacuation of the *thousands of civilians* from Zepa commenced in earnest, transported to Muslim-held Kladanj in Serb buses with UN peacekeepers aboard . . . As many as *3,000 of the Muslims of Zepa* — most of them unarmed — were lurking in the hills and villages north of the town, but, without food, weapons, or supplies, they were not a threat to worry about. The VRS Drina Corps contented itself with containing this minor problem with a garrison of second-string units and withdrew most of the assault troops to reinforce more important sectors; the townsmen were left to the exigencies of the forest. Several hundred of these men eventually chose to filter into Serbia, while the rest either made their way back to government-held territory or were found and captured by the Bosnian Serbs.”<sup>57</sup> (Emphasis added.)

42. However, no ICTY judgment contains any allegation of killings committed against the population of Zepa, although that enclave was taken over by Serb forces. The thousands of Muslims who were deported from Zepa obviously were not treated as victims of the crime of genocide, while the thousands of Muslims deported from Srebrenica were treated in such a way, according to paragraph 31 of the ICTY *Krstic* appeal judgment<sup>58</sup>.

43. Why would Bosnian Serbs have the intention to destroy Muslims at Srebrenica, but not those at Zepa? Is there any difference between these two groups? No, Members of the Court, all of them were Muslims from eastern Bosnia, and that is not in dispute. Those facts lead us to the unavoidable conclusion that the two ICTY judgments<sup>59</sup> which have found that genocide was committed at Srebrenica show the Srebrenica massacre to have been an isolated event, in a very limited geographical zone, and without any connection with the historical background of the events in the wider area of eastern Bosnia. Only under these conditions could the Tribunal find that a substantial part of the Muslim group from Srebrenica — both those who were killed and who survived — were victims of genocide. Still, the Respondent cannot accept such interpretation, which in our opinion provides too wide an interpretation of the definition of the crime of genocide under the 1948 Genocide Convention.

---

<sup>57</sup>*Ibid.*, Chap. 86, “The Demise of Zepa — A Second Safe Area Falls”, pp. 359, 360.

<sup>58</sup>ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, case No. IT-98-33, Appeal Judgement, 19 April 2004, para. 31.

<sup>59</sup>ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, case No. IT-98-33, Trial Judgement of 2 August 2001 and Appeal Judgement of 19 April 2004, as well as *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, case No. IT-02-60, Trial Judgement of 17 January 2005.

44. Madam President, I hope that your honourable Court understands the difficulties of the moral position facing the representatives of Serbia and Montenegro in this case, which has so often been challenged by the representatives of the applicant State. It is always easier to be on the side that prosecutes something that has obviously been wrongful, and naturally try to establish the most serious legal characterization of the crimes committed. On the other hand, we do not want to deny that serious crimes indeed were committed, we merely want to limit ourselves to the demonstration that those crimes did not possess the required elements of the crime in question — genocide.

### **The alleged genocide on the territory of the Respondent**

45. The Applicant's failure to show the existence of a genocidal pattern becomes even more obvious if we take a look at the situation in Serbia and Montenegro during the conflict in Bosnia and Herzegovina.

46. In the first round, my colleague Mr. Cvetkovic has addressed the Applicant's allegations that genocide has been committed in the territory of Serbia and Montenegro. Although the accusation of genocide in the territory of the Respondent form part of their written pleadings, the Applicant completely ignored this question in the first round of their oral argument and did not offer anything in support of the claims laid down in their written pleadings. In the second round, the Deputy Agent of the Applicant only briefly addressed this issue, saying that we had misrepresented the fate of the Sandžak Muslims and referring to two NGO reports to support his thesis<sup>60</sup>. Even though the reference was made in a footnote and without any further explanation, the Respondent will nevertheless answer the new allegations.

47. The first report referred to by the Applicant relates to the Bukovica region in Montenegro. This region, in which Pljevlja is the biggest town, is the region bordering the territory of Bosnia and Herzegovina, which at the time of the war was controlled by the Bosnian Serbs. It is undisputed that some ethnically motivated incidents happened in the region of Bukovica, but the Applicant did not offer any evidence that these incidents were directed or even subsequently accepted by the Respondent's authorities. On the contrary, the report to which the Applicant referred clearly demonstrates that authorities both of the Republic of Montenegro and of the

---

<sup>60</sup>CR 2006/30, p. 27, para. 40 (van den Biesen).



Federal Republic of Yugoslavia at that time tried and eventually succeeded to put an end to the incidents and ethnic tensions in the region. The measures taken by the authorities included disarmament of paramilitary units present in the region and trials against the main perpetrators.

48. The second report to which Mr. van den Biesen referred to offers a very good example of the manner in which the Applicant uses the evidence. This report of Amnesty International relates to two crimes — usually referred to as Sjeverin and Strpce — which really happened. However, it is very clear from the report that these crimes did not happen in the territory of Serbia and Montenegro, but in the territory of Bosnia and Herzegovina held by the Bosnian Serbs. In addition, the report offered as evidence by the Applicant shows that the authorities of Serbia and Montenegro took measures to investigate and punish these crimes; that these measures were initially unsuccessful due to the refusal of the Republika Srpska authorities to co-operate with the Respondent, but that they eventually resulted in verdicts against the perpetrators of the two crimes. A more complete overview of these measures is offered in the OSCE 2003 report on the trials for war crimes before the courts in Serbia and Montenegro<sup>61</sup>.

49. This absence of any of the elements of the crime of genocide against the Muslim population in the territory of Serbia and Montenegro is clear evidence that the authorities of Serbia and Montenegro could not have had a genocidal intent against the same Muslim population in the territory of Bosnia and Herzegovina.

50. However, the distinguished Professor Pellet accepted, although with some reservations, that the treatment of the Muslim population in the territory of Serbia and Montenegro was proper, but went on to explain that we have misunderstood Article II of the Convention. According to Professor Pellet, the intent to destroy the group as such does not mean that the perpetrators of genocide would want to destroy the group in its totality, wherever its members find themselves, but that the genocidal intent may be restricted to one part of the group and the territory where that part of the group is located<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup>See OSCE Mission to Serbia and Montenegro report, War Crimes Before Domestic Courts, available at [www.osce.org/documents/fry/2003/11/1156\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/fry/2003/11/1156_en.pdf).

<sup>62</sup>CR 2006/31, p. 23, para. 35 (Pellet).

51. With all due respect to our learned opponents, it is them who have missed the point here. Serbia and Montenegro has never claimed that the genocidal intent has to be directed against the group in its totality. The question that was put, however, was against which part of the group the genocidal intent, if it exists, is most likely to be directed. The ICTY appeals judgment in the *Krstic* case reads: “The intent to destroy formed by a perpetrator of genocide will always be limited by the opportunity presented to him.”<sup>63</sup>

52. Madam President, this case is against Serbia and Montenegro, and the genocidal intent which has to be established or, according to the Applicant, inferred is the genocidal intent of the government officials in Serbia and Montenegro. According to the Applicant:

“The ultimate aim of the President of Serbia and his Serb associates in the SFRY, and the Bosnian Serb leadership, was to achieve a Greater Serbia. The project of an ethnically-clean homogeneous State formulated against a backdrop of mixed populations necessarily envisaged the exclusion of the non-Serb ethnicities.”<sup>64</sup>

53. I believe that there is no dispute between the Parties that, if the project of “Greater Serbia” had existed, this project would have undoubtedly included Serbia proper as the most important part of the project. I think that there should equally be no dispute on whether the authorities of Serbia and Montenegro had the full monopoly of power on its territory, which means that they *were presented with the opportunity to commit genocide had they wanted to commit it*. And still, Madam President, there is absolutely no proof that any serious crime had been committed on the territory of Serbia and Montenegro against the Muslim population, as such, from 1992 to 1995, and in any case no proof that any crime had been committed with the knowledge or consent of the authorities of Serbia and Montenegro.

### **Conclusion**

54. At the end of this pleading, I would like to conclude as follows:

(a) Many ordinary and solitary crimes, even when they are seen as a pattern of criminal conduct, cannot be simply transformed into genocide, which is a crime with very specific elements.

---

<sup>63</sup>ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Appeals Chamber Judgement, 19 April 2004, para. 13.

<sup>64</sup>CR 2006/4, p. 10, para. 2 (Karagiannakis).

- (b) For the legal purposes of this case, there is only one relevant pattern — that, is a pattern of a massive scale of crimes which could have a destructive effect to a reasonably substantial part of a particular group.
- (c) The Applicant has failed to demonstrate the existence of such a pattern in this case.

**THE ANSWER TO THE QUESTION POSED BY JUDGE SIMMA  
ON 5 MAY 2006**

55. Madam President, allow me now to turn to another issue — the question posed by Judge Simma in relation to the blackened sections of the documents of the Supreme Defence Council of the Federal Republic of Yugoslavia.

56. To start with, I would like to thank Judge Simma for the question, since it reflects his and the Court's best intention for the good administration of justice. The question was very concrete and I do not want to waste time by repeating the procedural arguments that we had rightfully raised in the previous correspondence with the Court, concerning the very late request of the Applicant for the production of the enormous number of documents (the letter of the Agent of Serbia and Montenegro dated 16 January, as well as my letter of 31 January 2006). Those arguments are well known to the Court. However, the question of Judge Simma leads us directly to the contents of the redacted parts of the minutes and stenographic notes of the supreme command of our State.

57. Madam President, it is a well-known fact that documents of the highest military body are considered as strictly confidential in every State in the world, and no State is willing to make contents of those documents public that easily. Still, the ICTY Prosecutor asked for those documents from the Respondent and the solution had to be found for their production. Thus, after a long-lasting and sensitive domestic legal procedure, which took place in 2003, Serbia and Montenegro's National Council for Co-operation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia provided the Office of the ICTY Prosecutor with all documents of the Supreme Defence Council, in the original language, for the period between 1992 and 1999 that existed in the archives. At the same time, the National Council for Co-operation, pursuant to the confidential decision of the Council of Ministries of Serbia and Montenegro, asked the ICTY Trial Chamber in the case of *Prosecutor v. Slobodan Milosevic* to order protective measures provided by

Rule 54*bis* (F) and (I) of the ICTY Rules of Procedure and Evidence in relation to certain parts of these documents.

58. The ICTY Trial Chamber (III) recognized the interest of the national security of Serbia and Montenegro with respect to these documents and granted certain protective measures. Such a procedure before the ICTY is not uncommon. Thus, the United States, the United Kingdom and Canada have all raised national security interests in the case of *Prosecutor v. Milutinovic et al.* (decision on second application of Dragoljub Ojdanic for binding orders pursuant to Rule 54 *bis*, 17 November 2005, para. 33).

59. Madam President, with all due respect to this honourable Court, the representatives of Serbia and Montenegro are not entitled to discuss the contents of the redacted sections of the Supreme Defence Council documents at this moment, for two serious reasons:

- (1) The redacted sections were classified by the Supreme Defence Council as a military secret and, according to the Confidential Decision of the Council of Ministries of Serbia and Montenegro, as a matter of national security interest. The amendment of the said Decision would request considerable time and a complex legal procedure.
- (2) At this moment, the redacted sections of the SDC documents are under the protective measures, imposed by the ICTY confidential order, and we are obliged to respect that order. Namely, Rule 77, paragraph A-2, of the ICTY Rules of Procedure and Evidence contains the provision that the disclosure of “information relating to those proceedings in knowing violation of an order of a Chamber” is one of the acts of contempt of the Tribunal, punishable as a distinct crime.

60. Distinguished Members of the Court, negative inferences from the alleged non-production of evidence requested by the Applicant (CR 2006/3, pp. 26-27, paras. 19-22, as well as CR 2006/33, p. 40, para. 13, Prof. Franck) cannot be drawn in this case, for the following reasons:

- (1) This Court has not called upon the respondent State to produce any document.
- (2) The Applicant failed to request the production of the documents *in due time*. Instead, the Applicant took the position that the case was ready for the hearing and repeatedly asked the Court to commence the hearings without delay. Today, the Applicant’s request seems rather

like an excuse for the lack of evidence and a further attempt to shift the burden of proof to the Respondent.

61. During our presentation on the relationship between the Yugoslav army and the army of Republika Srpska, we made indisputable some issues which, according to the Applicant, were hidden in the SDC documents.

62. On the other hand, the Applicant's accusation that the redacted sections of the SDC documents conceal the position of the Yugoslav Government with respect to the Srebrenica or Markale massacres (CR 2006/30, p. 20, para. 19 (van den Biesen)) is contradicted by the evidence brought before this Court by the Applicant itself. Namely, the British General Sir Richard Dannatt testified in this case as an expert proposed by the Applicant. General Dannatt was also an expert of the ICTY Prosecutor in the *Srebrenica* case. He said that his testimony before this Court had been based on "an extensive number of documents" (CR 2006/23, p. 15). His examination was conducted by Ms Joanna Korner, a former principal trial attorney of the ICTY Prosecution Office, who is therefore most likely to know the contents of the redacted sections of the SDC documents much better than any of us. Of course, she could not ask the expert directly about the documents which were under the protective measures. But General Dannatt was asked to give his expert opinion based on his access to an extensive number of documents. And what did he answer? Did he confirm that the army of Republika Srpska had been operating under specific control and instructions from the authorities in Belgrade? Or did he confirm that he had seen any evidence of orders being issued directly from Belgrade? No, he did not.

63. Madam President, the archive of the ICTY Prosecution Office contains more than one million documents. Several of the Applicant's counsel in this case are former high-ranking employees of the ICTY Prosecution. It is obvious that the Applicant has made use of their previous experience and, based on that experience, the Applicant chose the 23 most important documents for the testimony of its military expert — 23 out of a million. But the outcome is still the same — no orders from Belgrade. No control.

64. Furthermore, we recall that Serbia and Montenegro has so far produced thousands of confidential documents to the Office of the ICTY Prosecutor. The documents produced by Serbia and Montenegro include the stenographic notes from the Council for Harmonization of Positions

on State Policy. One of the sessions of this Council, held on 9 January 1993, was analysed in detail by the Applicant (CR 2006/7, p. 55, para. 66 (van den Biesen)). The notes from this session were also produced by Serbia and Montenegro. Nothing has been blackened in that document, despite the fact that Radovan Karadzic and Ratko Mladic were guests at that session and took part in the discussion. And still, there is no evidence of control and no evidence of a genocidal intent.

65. Madam President, this concludes my last pleading in this case. It was a great honour for me, but a difficult duty at the same time. I would like to thank you for your kind attention and I respectfully ask you to give the floor to our counsel and advocate, Ms Fauveau-Ivanovic. Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Obradović. I now give the floor to Maître Fauveau-Ivanović.

Mme FAUVEAU-IVANOVIĆ : Merci, Madame le président.

## **GENOCIDE**

### **ARGUMENTS JURIDIQUES**

Madame le président, Messieurs les juges, les Parties sont parvenues à un accord quant à la définition des actes pouvant constituer le génocide énumérés dans l'article II de la convention sur le génocide et nous avons convenu que cette liste est exhaustive. Les Parties ont également trouvé un accord sur l'interprétation de l'article III de la convention sur le génocide à l'exception de la complicité dans le génocide. Toutefois, certaines différences significatives existent toujours sur l'interprétation de la convention sur le génocide et sur la notion juridique de certains termes, et il est très important pour la compréhension du crime de génocide de les éclairer. Nous allons présenter ce matin nos arguments juridiques couvrant les notions qui sont toujours en dispute entre les Parties. Nous allons analyser d'abord la notion du groupe protégé, ensuite nous allons nous pencher sur l'intention requise pour le crime de génocide y compris sur les standards de preuves et enfin nous allons présenter nos arguments concernant la complicité.

### **I. Définition du groupe**

1. Dans ses conclusions finales, le demandeur allègue que :

«Serbia and Montenegro, through its organs or entities under its control, has violated its obligations under the convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by intentionally destroying in part the non Serb national, ethnical or religious group within, but not limited to, the territory of Bosnia and Herzegovina, including in particular the Muslim population...»<sup>65</sup>

2. D'un point de vue juridique cette conclusion représente deux problèmes principaux.

Premièrement, le groupe visé n'est pas suffisamment défini comme tel, car selon l'allégation du demandeur ce groupe serait des non-Serbes, donc un ensemble de toutes les personnes vivant en Bosnie-Herzégovine à l'exception des Serbes, mais plus particulièrement la population musulmane qui ne représente qu'une partie de cette population non serbe. Deuxièmement, l'intention de détruire aurait visé une partie de la population non serbe, mais le demandeur ne spécifie pas quelle partie du groupe aurait été visée. Le demandeur ne limite même pas géographiquement son allégation car selon lui l'intention de détruire aurait visé le groupe en Bosnie-Herzégovine mais sans être limitée au territoire de la Bosnie-Herzégovine.

3. Nous allons d'abord analyser la définition du groupe protégé par la convention sur le génocide afin de démontrer que le groupe qui aurait été visé, la population non serbe, ne correspond pas à la définition du groupe national, ethnique, racial ou religieux tel que défini par la convention sur le génocide. Ensuite, nous allons examiner plus particulièrement la détermination de la partie visée du groupe.

**a) *La notion du groupe protégé***

4. Nous sommes parvenus à un accord avec le demandeur que le génocide n'est pas un crime dirigé vers les individus ou vers les Etats, mais envers un groupe déterminé par sa race, sa nationalité, son ethnicité ou sa religion. La liste des groupes protégés énumérés dans l'article II de la convention sur le génocide est exhaustive et les groupes, qui seraient déterminés sur la base des autres critères, par exemple le critère politique ou économique, n'entrent pas dans le cadre de la convention sur le génocide et ne sont pas protégés aux termes de cette convention.

5. Nous avons convenu aussi avec le demandeur que les victimes du génocide ne sont pas visées pour ce qu'elles font mais pour ce qu'elles sont<sup>66</sup>. Ce n'est pas l'activité des individus qui est importante, c'est leur identité, mais l'activité a pourtant une importance dans la détermination

---

<sup>65</sup> CR 2006/37, p. 59.

<sup>66</sup> CR 2006/32, p. 20, par. 6-7

du crime de génocide, car elle l'exclut si les individus sont visés justement en raison de leurs activités. Lorsque certains individus appartenant à un groupe protégé, engagés dans certaines activités, sont visés par des actes criminels, tandis que d'autres individus appartenant à ce même groupe, mais n'étant pas engagés dans les mêmes activités, ne sont pas visés, il apparaît clairement que les individus ne sont pas visés pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire les membres d'un groupe, mais pour ce qu'ils font, par exemple pour leur activités militaires ou politiques. C'est exactement ce qui s'est passé en Bosnie-Herzégovine. Cela ne signifie pas que les crimes n'étaient pas commis, mais cela signifie que le génocide n'a pas été commis.

6. Dans ce contexte, la négation de l'importance de l'assistance et de l'aide apportées par les Serbes de Bosnie aux Musulmans dans la poche de Bihac<sup>67</sup> est sans aucun fondement. Cette aide apportée aux Musulmans soutenant Fikret Abdic démontre que les Serbes n'avaient pas d'intention de détruire les Musulmans. Fikret Abdic, un Musulman de Bosnie, avait la vision de la Bosnie-Herzégovine similaire à la vision des Serbes, il menait une politique qui convenait aux Serbes de Bosnie et les Serbes de Bosnie le soutenaient sans égard à son appartenance au groupe des Musulmans bosniaques. Le demandeur conteste notre analyse que les Musulmans de la poche de Bihac se sont alliés avec les Serbes et allègue qu'au contraire les Serbes se sont alliés avec les Musulmans<sup>68</sup>. Cette distinction est sans aucune importance, peu importe qui s'est allié avec qui, le fait reste le même : les Musulmans soutenant Fikret Abdic et les Serbes de Bosnie étaient des alliés et combattaient ensemble contre les forces de l'armée de la Bosnie-Herzégovine.

7. Le demandeur prétend même que les Serbes ont utilisé les Musulmans de Bihac comme un instrument de destruction<sup>69</sup>. Bien évidemment, le demandeur n'a offert aucune preuve à l'appui de cette allégation et il ne peut l'offrir. Une telle preuve n'existe pas, puisque l'allégation n'est pas fondée sur les faits. Finalement, le demandeur, conscient que ses allégations ne correspondent pas à la vérité, cherche une sortie de son analyse compliquée et non fondée en alléguant que le

---

<sup>67</sup> CR 2006/32, p. 20-22, par. 7.

<sup>68</sup> CR 2006/32, p. 22, par. 7.

<sup>69</sup> *Ibid.*



génocide peut être géographiquement limité<sup>70</sup> voulant sans doute exclure la région de Bihac de l'intention génocidaire qui, selon lui, aurait existé.

8. S'agissant du groupe protégé, le demandeur consent que le groupe protégé est un groupe national, ethnique, racial ou religieux<sup>71</sup>. Toutefois, il n'a pas spécifié le groupe qui aurait été visé conformément à ces critères, car dans ses conclusions finales il allègue que le génocide aurait été commis à l'encontre d'un groupe national, ethnique ou religieux de non-Serbes comprenant particulièrement les Musulmans bosniaques.

9. Les non-Serbes n'ont pas de caractéristiques permettant de les qualifier d'un groupe national, religieux ou ethnique puisque l'ensemble de personnes constituant les non-Serbes est composé de différentes nations, ethnies et religions.

**b) *Les critères de détermination du groupe***

10. Dans ses plaidoiries, le demandeur prétend que le groupe peut être défini positivement comme le groupe des Musulmans de Bosnie et le groupe des Croates de Bosnie ou négativement comme le groupe des non-Serbes<sup>72</sup>. Et le demandeur reconnaît lui-même que l'approche positive et l'approche négative n'atteignent pas le résultat identique puisque le groupe des non-Serbes, selon l'allégation du demandeur inclurait au moins les Musulmans bosniaques et les Croates de Bosnie<sup>73</sup>, ce qui implique que ce groupe inclut nécessairement d'autres personnes aussi.

11. Ainsi, le demandeur démontre, par ses propres arguments, que le groupe des non-Serbes n'est pas un groupe stable et bien défini, car il inclut les Musulmans bosniaques, les Croates de Bosnie, mais également toutes les autres personnes, d'ethnies, nations et religions différentes, qui vivaient en Bosnie-Herzégovine et que le demandeur n'a jamais mentionnées. Nous pouvons citer à titre d'exemple les Juifs, les Roms, les Yougoslaves. Nous n'avons jamais entendu dans les plaidoiries du demandeur et nous n'avons jamais pu lire dans ses écritures aucune allégation les concernant. Bien qu'il reste inconnu si ces personnes entrent dans le groupe que le demandeur qualifie du groupe des non-Serbes, le demandeur prétend, sans présenter aucune preuve que : «tout

---

<sup>70</sup> CR 2006/32, p. 21, par. 7.

<sup>71</sup> CR 2006/32, p. 23, par. 8.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>73</sup> *Ibid.*

ce qui n'était pas serbe devait disparaître des territoires convoités»<sup>74</sup>. Il est bien connu qu'une importante communauté juive vivait dans la Bosnie-Herzégovine. Le demandeur n'a jamais prétendu qu'aucun acte criminel aurait été commis à l'encontre de cette communauté. Et il ne pouvait le faire, les Serbes n'étaient pas en guerre contre les Juifs et les crimes contre les Juifs n'étaient pas commis. Les Serbes n'avaient aucune intention de détruire un groupe. Ils n'avaient l'intention de détruire aucun des groupes vivant en Bosnie-Herzégovine, mais ils étaient en guerre contre certaines forces politiques qui se sont formées sur les bases nationales. Les crimes étaient commis pendant la guerre, les crimes qui n'étaient pas le génocide.

12. Le demandeur allègue aussi que les Croates de Bosnie auraient été également visés par les actes de génocide, mais à un moindre degré<sup>75</sup>. Quelle étrange formulation ! Le génocide n'est pas caractérisé par un seuil numérique des actes criminels, il est caractérisé et constitué par l'intention génocidaire qui existe ou qui n'existe pas. Si l'intention existe, l'acte criminel constitue le génocide, si l'intention n'existe pas, l'acte criminel aussi atroce qu'il soit, aussi massif qu'il soit, ne constitue pas le génocide. Il est impossible de comprendre la signification du «moindre degré» du génocide allégué par le demandeur.

13. Par ailleurs, dans la plupart de ses plaidoiries, le demandeur n'a pas mentionné les Croates de Bosnie. Ainsi, les Croates n'étaient jamais mentionnés dans les plaidoiries concernant les violences sexuelles<sup>76</sup>, Srebrenica<sup>77</sup> ou Sarajevo<sup>78</sup>.

14. Ainsi, il semble que le groupe qui serait visé n'est pas défini d'une manière appropriée permettant, conformément à la convention sur le génocide, sa détermination sur le fondement des critères national, ethnique, ou religieux.

15. Nous adhérons à la position du demandeur selon laquelle les concepts de la nation, race et religion ne sont pas spécifiques et selon laquelle aucune définition de ces groupes, qui aurait été généralement et internationalement acceptée, n'existe. Toutefois, la jurisprudence internationale a déterminé les principes communs applicables à toutes les quatre catégories de groupes qui doivent

---

<sup>74</sup> CR 2006/32, p. 23, par. 9.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> CR 2006/6, CR 2006/7 et CR2006/33.

<sup>77</sup> CR 2006/32, p. 40-69.

<sup>78</sup> CR 2006/4.

être satisfaits pour que le groupe puisse entrer dans le cadre de la convention sur le génocide comme le groupe protégé. Ainsi la Chambre de première instance du Tribunal pour le Rwanda a jugé dans l'affaire *Akayesu* que :

«Ainsi, un critère commun aux quatre ordres de groupe protégés par la convention sur le génocide est que l'appartenance à de tels groupes semblerait ne pouvoir être normalement remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable.»<sup>79</sup>

16. Ainsi, le critère commun bien établi est l'appartenance incontestable au groupe, une appartenance qui ne dépendrait pas de la volonté des individus.

17. Nous ne contestons pas que la théorie reconnaît différentes approches permettant la définition du groupe, et effectivement comme le demandeur l'a dit, ces approches incluent les critères subjectifs et objectifs et les critères positifs et négatifs ou la combinaison de tous ces critères.

18. Toutefois, il est aussi accepté que le groupe doit être identifié dans le contexte dans lequel il existe, par rapport à l'affaire concernée et au cas par cas<sup>80</sup>.

19. Ainsi, nous ne contestons pas que, dans la théorie, toutes les approches, subjective, objective, positive et négative peuvent être appréciées. Toutefois, le résultat obtenu doit être le groupe clairement défini par ses caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses, le résultat qui semble impossible d'obtenir par l'application du critère négatif et qui n'est certainement pas obtenu dans cette affaire. Le groupe des non-Serbes dans le contexte de la société de Bosnie-Herzégovine est composé de plusieurs groupes nationaux, ethniques et religieux, et le demandeur lui-même reconnaît au moins deux de ces groupes. En conséquence, la population non serbe ne peut être considérée comme un groupe ayant des caractéristiques nationales, ethniques ou religieuses distinctives.

#### **i) L'approche objective et l'approche subjective**

20. Avant d'entrer dans l'analyse de l'approche négative, nous voudrions exprimer notre accord avec le demandeur concernant l'approche subjective. Effectivement, comme le demandeur

---

<sup>79</sup> TPIR, *Le procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, par. 511.

<sup>80</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-T, jugement, 2 août 2004, par. 557 et *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 684.

le disait, la jurisprudence internationale a apprécié l'approche subjective<sup>81</sup>. Toutefois, nous voudrions clarifier que la jurisprudence a généralement adopté une approche combinée en concluant que l'approche subjective n'est pas à elle seule suffisante pour la détermination du groupe. Ainsi, en complément des affaires citées par le demandeur où une approche combinée subjective et objective a été adoptée, nous pouvons rappeler que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé dans l'affaire *Brdjanin* que :

«In accordance with the jurisprudence of the Tribunal, the relevant protected group may be identified by means of the subjective criterion of the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime, on the basis of its perceived national, ethnical, racial or religious characteristics. In some instances, the victim may perceive himself or herself to belong to the aforesaid group.»<sup>82</sup>

Cependant, dans cette même affaire, la Chambre de première instance a conclu que la détermination du groupe doit être faite sur les fondements de différents critères et notamment en combinant des critères objectifs et subjectifs.

«The correct determination of the relevant protected group has to be made on a case-by-case basis, consulting both objective and subjective criteria. This is so because subjective criteria alone may not be sufficient to determine the group targeted for destruction and protected by the Genocide Convention.»<sup>83</sup>

21. Et le Tribunal pour le Rwanda a jugé dans l'affaire *Rutaganda* que : «a subjective definition alone is not enough to determine victim groups as provided for in the Genocide Convention»<sup>84</sup>. Egalement, le Tribunal pour le Rwanda a jugé dans l'affaire *Musema* que : «subjective definition alone is not enough»<sup>85</sup>. Et dans l'affaire *Semanza*, la Chambre de première instance du Tribunal pour le Rwanda a conclu que : «the determination of whether a group can be defined as a target group ought to be assessed ... by reference to the objective particulars of a given social or historical context, and by the subjective perception of the perpetrators»<sup>86</sup>.

22. Si le Tribunal pour le Rwanda a accepté dans la plupart des affaires une combinaison des approches objective et subjective, il a également adopté dans certaines affaires uniquement

---

<sup>81</sup> CR 2006/32, p. 27-29, par. 17-23.

<sup>82</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 683.

<sup>83</sup> *Ibid.*, par. 684.

<sup>84</sup> TPIR, *Le procureur c. Georges Anderson Nderubunwe Rutaganda*, affaire n° ICTR-96-3-T, jugement, 6 décembre 1999, par. 56-57.

<sup>85</sup> TPIR, *Le procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, jugement, 27 janvier 2000, par. 162.

<sup>86</sup> TPIR, *Le procureur c. Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-20-T, jugement, 15 mai 2003, par. 317.

l'approche objective. Ainsi, dans l'affaire *Bagilishema*, la Chambre de première instance a jugé que le concept du groupe national, ethnique, racial et religieux doit être apprécié à la lumière du contexte particulier politique, social, historique et culturel et a conclu que l'appartenance au groupe doit être un élément objectif de la société en question<sup>87</sup>.

23. En conséquence, la jurisprudence internationale autorise l'approche subjective en combinaison avec l'approche objective, mais elle adopte parfois aussi uniquement l'approche objective.

## **ii) L'approche positive et l'approche négative**

24. L'approche peut être subjective ou objective, elle ne permet toujours pas la définition négative du groupe. La Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a conclu dans l'affaire *Stakic* que :

«whether or not a group is subjectively defined is not relevant to whether a group is defined in a positive or a negative way... Consequently when a target group is defined in a negative manner (for example non Serbs) whether the composition of the group is identified on the basis of objective criteria or a combination of objective and subjective criteria is immaterial as the group would not be protected under the Genocide Convention.»<sup>88</sup>

25. Certes, le premier jugement pour le génocide, rendu en 1999 par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Jelusic*<sup>89</sup>, a accepté l'approche négative, mais cette considération était une considération purement théorique puisque le procureur, dans l'acte d'accusation pertinent pour cette affaire, a déterminé le groupe visé par des critères positifs. Dans l'affaire *Jelusic*, le procureur alléguait que le groupe visé était le groupe des Musulmans de Bosnie<sup>90</sup>. En plus, bien que la première décision du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ait reconnu en théorie l'approche négative, les décisions récentes du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, y compris de la Chambre d'appel, ont complètement rejeté cette approche.

26. Ainsi, dans l'affaire *Stakic*, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé que :

---

<sup>87</sup> TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-T, jugement, 7 juin 2001, par. 65.

<sup>88</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 26.

<sup>89</sup> TPIY, *Le procureur c. Goran Jelusic*, affaire n° IT-95-10-T, jugement, 14 décembre 1999.

<sup>90</sup> *Ibid.*, acte d'accusation, 19 octobre 1998.

«Article 4 of the Statute protects national, ethnical, racial or religious groups. In cases where more than one group is targeted, it is not appropriate to define the group in general terms, as, for example, «non-Serbs». In this respect, the Trial Chamber does not agree with the «negative approach» taken by the Trial Chamber in Jelusic. A «negative approach» would consist of identifying individuals as not being part of the group to which the perpetrators of the crime consider that they themselves belong and which to them displays specific national, ethnical, racial or religious characteristics. Thereby, all individuals thus rejected would, by exclusion, make up a distinct group. Conversely, a targeted group may be distinguishable on more than one basis and the elements of genocide must be considered in relation to each group separately, e.g. Bosnian Muslims and Bosnian Croats.»<sup>91</sup>

27. L'approche adoptée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakic* a été successivement acceptée par le Chambre de première instance dans l'affaire *Brdjanin* qui a jugé que :

«In addition, the Trial Chamber agrees with the *Stakic* Trial Chamber that, «[i]n cases where more than one group is targeted, it is not appropriate to define the group in general terms, as for example, «non-Serbs»». It follows that the Trial Chamber disagrees with the possibility of identifying the relevant group by exclusion, i.e. on the basis of «negative criteria.»<sup>92</sup>

28. Par ailleurs, la Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé dans l'affaire *Brdjanin* aussi bien que la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakic* que : «Moreover, where more than one group is targeted, the elements of the crime of genocide must be considered in relation to each group separately.»<sup>93</sup>

29. Les conclusions de la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakic* ont été confirmées par la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui a jugé que :

«Article 4 of the Tribunal Statute defines genocide as one of several acts «committed with intent to destroy in whole or in part a national, ethnical, racial or religious group as such». The term as such has great significance, for it shows that the offence requires intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. Yet when a person targets individuals because they lack a particular national, ethnical, racial or religious characteristics, the intent is not to destroy particular groups with particular identities as such but simply to destroy individuals because they lack certain national, ethnical, racial or religious characteristics.»<sup>94</sup>

30. La Chambre d'appel a trouvé l'appui pour sa position dans la définition du crime de génocide de Raphaël Lemkin qui définit le crime de génocide comme la destruction physique d'une nation, ou d'un groupe ethnique. Conformément à Raphaël Lemkin, le crime de génocide devrait

---

<sup>91</sup> TPIY *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-T, jugement, 31 juillet 2003, par. 512.

<sup>92</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 685.

<sup>93</sup> *Ibid.*, par. 686.

<sup>94</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 20.

qualifier un plan coordonné des actions différentes destinées à la destruction des fondements essentiels de la vie des groupes nationaux<sup>95</sup>.

31. En conséquence, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a conclu que : «genocide was originally conceived of as the destruction of a race, tribe, nation or other group with a particular positive identity — not as the destruction of various people lacking a distinct identity»<sup>96</sup>.

32. En plus, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a fondé son raisonnement sur les travaux préparatoires<sup>97</sup> de la convention sur le génocide qui démontrent que le crime de génocide a été conçu afin de désigner les crimes dirigés contre les groupes qui peuvent être qualifiés de stables, constitués de façon permanente auxquels les individus appartiennent par naissance. Tous les autres groupes, qui sont instables et auxquels les individus peuvent adhérer par leur volonté individuelle, par exemple les groupes politiques ou économiques, étaient expressément exclus du cadre de la convention sur le génocide et ne sont pas considérés comme protégés par ladite convention.

33. Finalement, la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, sur le fondement de la convention sur le génocide et les travaux préparatoires, a définitivement abandonné l'approche négative de la détermination du groupe, admise comme l'un des critères théoriquement acceptables dans l'affaire *Jelusic*, qui était par ailleurs la seule et unique affaire citée par le demandeur à l'appui de sa thèse selon laquelle l'approche négative aurait été permise. La Chambre d'appel a abondamment motivé et expliqué les raisons de sa conclusion en jugeant que :

«The drafting history of the Genocide Convention whose second article is repeated verbatim in Article 4 (2) of the Tribunal Statute shows that the Genocide Convention was meant to incorporate this understanding of the term genocide — an understanding incompatible with the negative definition of target groups ... members of the Sixth Committee declined to include destruction of political groups within the definition of genocide accepting the position of countries that wanted the Convention to protect only definite groups distinguished from other groups by certain well established immutable criteria. Given that negatively defined groups lack specific

---

<sup>95</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: laws of Occupation, Analyse of Government, Proposals for redress*, Washington D.C. Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 79.

<sup>96</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 21.

<sup>97</sup> Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, comptes rendus analytiques des séances de la Sixième Commission de l'Assemblée générale*, 21 septembre-10 décembre 1948.

characteristics defining groups by reference to a negative would run counter to the intent of the Genocide Convention drafters.»<sup>98</sup>

34. La Chambre d'appel a également considéré le développement du droit international et du droit pénal international, mais elle a conclu que la notion initiale du groupe protégé tel que défini dans la convention sur le génocide n'a pas changé. En effet, le Conseil économique et social des Nations Unies a observé dans son étude sur la prévention et la punition du crime de génocide que : «genocide should be regarded as crime committed against a group of individual permanently possessing certain common features»<sup>99</sup>. Et le Conseil économique et social a conclu que la convention sur le génocide protège, par exemple, le groupe composé de personnes ayant l'origine nationale commune ou les communautés religieuses unies par le même idéal spirituel<sup>100</sup>.

35. Le groupe qui aurait été visé dans les affaires *Brdjanin* et *Stakic* était le groupe des non-Serbes qui aurait consisté, parmi d'autres, en Musulmans et en Croates de Bosnie. Le groupe qui aurait été visé dans ces affaires du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie était le même que le groupe qui serait visé dans la présente affaire. Les Chambres du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, y compris la Chambre d'appel, ont jugé que les non-Serbes ne constituent pas le groupe protégé aux termes de la convention sur le génocide, et qu'il serait approprié de considérer les groupes qui auraient été visés comme deux groupes nationaux, ethniques et religieux différents et séparés : le groupe des Musulmans bosniaques et le groupe des Croates de Bosnie. La conclusion finale de la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ne demande aucun commentaire, elle est limpide. La Chambre d'appel a conclu que : «As previously explained unlike positively defined groups, negatively defined groups have no unique distinguishing characteristics that could be destroyed.»<sup>101</sup>

36. En plus, dans la présente affaire, le groupe prétendu des non-Serbes n'est nullement défini, car le demandeur lui-même alléguait que le groupe aurait été composé d'au moins les Musulmans et les Croates de Bosnie<sup>102</sup>. Cette formulation même suggère que le groupe comprend

---

<sup>98</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 22.

<sup>99</sup> Etude sur les questions de la prévention et la punition du crime de génocide, UNECOSOC, Commission des droits de l'homme, Nations Unies, doc. E/CH.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 56.

<sup>100</sup> Etude sur les questions de la prévention et la punition du crime de génocide, UNECOSOC, Commission des droits de l'homme, Nations Unies, doc. E/CH.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, par. 78.

<sup>101</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-A, arrêt, 22 mars 2006, par. 23.

<sup>102</sup> CR 2006/32, p. 23, par. 9.



d'autres nations, ethnies et religions que le demandeur n'a pas spécifiées. Comme le demandeur n'inclut pas dans le groupe allégué des non-Serbes toutes les personnes qui de toute évidence ne peuvent être considérées comme des Serbes, et qui donc devraient logiquement appartenir à la communauté des non-Serbes, aucun critère n'existe selon lequel la population non serbe pourrait être proprement déterminée comme un groupe aux termes de la convention sur le génocide.

Madame le président, est-ce que ce serait le temps approprié pour la pause ?

The PRESIDENT: Yes, this would be a good moment. The Court will now rise for 15 minutes.

*The Court adjourned from 11.25 to 11.45 a.m.*

The PRESIDENT: Please be seated.

Mme FAUVEAU-IVANOVIĆ : Merci, Madame le président.

### **c. La détermination du groupe «en partie»**

37. Dans ses conclusions finales, le demandeur a précisé que la Serbie-et-Monténégro aurait eu l'intention de détruire le groupe des non-Serbes en partie, sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine mais sans se limiter sur ce territoire<sup>103</sup>. Afin d'être honnêtes envers le demandeur, nous reconnaissons que dans ses plaidoiries le demandeur a dit que le génocide aurait été commis sur un territoire particulier<sup>104</sup> qu'il a qualifié comme la zone de Bosnie-Herzégovine que les autorités de Belgrade et de Pale entendaient soustraire à la Bosnie-Herzégovine pour la rattacher à la Yougoslavie<sup>105</sup>. Au-delà du fait que de telles zones n'existent pas car les autorités de Belgrade ne voulaient jamais soustraire à la Bosnie-Herzégovine une partie de son territoire, une telle allégation ne définit pas les territoires où le génocide aurait été commis.

38. Les plaidoiries du demandeur n'apportent aucune clarification à ses conclusions finales et il reste complètement inconnu ce que le terme «en partie» signifie. Nous ne savons pas si le demandeur voudrait alléguer que l'intention de détruire le groupe des non-Serbes en partie visait

---

<sup>103</sup> CR 2006/37, p. 59.

<sup>104</sup> CR 2006/31, p. 32, par. 58.3.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 24, par. 35.

les non-Serbes en Bosnie-Herzégovine comme une partie d'un ensemble de tous les non-Serbes vivant dans le monde entier ou si le demandeur entendait par l'expression «en partie», une partie de la population non serbe vivant en Bosnie-Herzégovine.

39. Cependant, avant d'entrer dans la détermination de la signification du groupe en partie, il faut dire qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de parler de la destruction d'une partie du groupe lorsque le groupe lui-même n'est pas défini.

40. Il est bien établi que la partie visée du groupe doit être une partie substantielle du groupe. Ainsi, la Chambre de première instance du Tribunal pour le Rwanda a jugé dans l'affaire *Kayishema* que : «The Trial Chamber opines, therefore, that «in part» requires the intention to destroy a considerable number of individuals who are part of the group. Individuals must be targeted due to their membership of the group to satisfy this definition.»<sup>106</sup> Cette définition a été acceptée et affinée par les Chambres de première instance du Tribunal pour le Rwanda dans les affaires *Bagilishema* et *Semanza* qui ont jugé que l'intention de détruire doit être au moins dirigée vers la partie substantielle du groupe<sup>107</sup>.

41. La doctrine demande aussi que la partie visée par l'intention de détruire doit être substantielle. Ainsi, Raphaël Lemkin expliquait que : «the destruction in part must be of a substantial nature so as to affect the entirety»<sup>108</sup>. Nehemiah Robinson a repris cette position en expliquant que l'auteur du génocide doit avoir l'intention de détruire un nombre substantiel des individus constituant le groupe ciblé. En motivant sa position, Nehemiah Robinson a souligné que l'acte doit être dirigé à la destruction du groupe car tel était l'objectif de la convention sur le génocide<sup>109</sup>. Benjamin Whitaker, quant à lui, a écrit que : ««In part» would seem to imply a reasonably significant number, relative to the total of the group as a whole, or else a significant section of a group, such as its leadership.»<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> TPIR, *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999, par. 97.

<sup>107</sup> TPIR, *Le procureur c. Ignace Bagilishema*, affaire n° ICTR-95-1A-T, jugement, 7 juin 2001, par. 54 et *Le procureur c. Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-20-T, jugement, 15 mai 2003, par. 316.

<sup>108</sup> Executive Sessions of the Senate Foreign Relations Committee, Historical Series, 1976, p. 370, citées par William A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, p. 238.

<sup>109</sup> Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 63.

<sup>110</sup> Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Nations Unies, doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, par. 29.

42. La jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a également établi les critères pour la détermination de la partie du groupe qui peut être considérée comme substantielle dans le cadre de la convention sur le génocide. La Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a ainsi jugé que :

«The determination of when the targeted part is substantial enough to meet this requirement may involve a number of considerations. The numeric size of the targeted part of the group is the necessary and important starting point, though not in all cases the ending point of the inquiry. The number of individuals targeted should be evaluated not only in absolute terms, but also in relation to the overall size of the entire group. In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of Article 4.»<sup>111</sup>

43. Comme dans la présente affaire le groupe en soi n'est pas défini, il n'est pas possible d'évaluer ce qui en fait la partie substantielle. En plus, le demandeur n'offre pas beaucoup d'assistance quant à la détermination de la partie visée du groupe. En conséquence, et le groupe comme tel et sa partie prétendument visée restent complètement indéfinis.

44. Par ailleurs, dans l'affaire *Brdjanin*, la Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé que : «the intent to destroy a group, even if only in part, means seeking to destroy a distinct part of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals within it»<sup>112</sup>. Cette conclusion n'est pas spécifique à l'affaire *Brdjanin* puisque la Chambre de première instance dans l'affaire *Krstic* est parvenue à la même conclusion en jugeant que l'auteur du génocide doit considérer la partie du groupe qu'il souhaite détruire comme une entité distincte qui doit être éliminée comme telle<sup>113</sup>. Dans la présente affaire, il est impossible de définir la partie distincte du groupe qui aurait été visée.

45. La jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a accepté que le génocide destiné à détruire le groupe en partie peut être commis sur un territoire géographiquement limité<sup>114</sup>. Toutefois, la Chambre d'appel a noté que : «The intent to destroy formed by a perpetrator of genocide will always be limited by the opportunity presented to him. While this factor alone will

---

<sup>111</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 12.

<sup>112</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 700.

<sup>113</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-T, jugement, 2 août 2001, par. 590.

<sup>114</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 703.

not indicate whether the targeted group is substantial, it can — in combination with other factors — inform the analysis.»<sup>115</sup>

46. Ainsi, il apparaît clairement que l'intention génocidaire peut être déduite de la possibilité que l'auteur du crime avait eue d'exécuter ses intentions. Dans l'affaire du général *Krstic*, la Chambre d'appel a jugé que :

«the ambit of the genocidal enterprise in this case was limited to the area of Srebrenica. While the authority of the VRS Main Staff extended throughout Bosnia, the authority of the Bosnian Serb forces charged with the take-over of Srebrenica did not extend beyond the Central Podrinje region. From the perspective of the Bosnian Serb forces alleged to have had genocidal intent in this case, the Muslims of Srebrenica were the only part of the Bosnian Muslim group within their area of control.»<sup>116</sup>

47. En plus, bien que la Commission du droit international accepte que le génocide peut être commis sans être dirigé contre la totalité du groupe dans le monde entier, il semblerait que sa position n'est pas favorable à la possibilité de commettre le génocide sur un territoire très limité. Ainsi, la Commission du droit international a écrit dans le commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que :

«the intention must be to destroy a group in whole or in part. It is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe. Nonetheless the crime of genocide by its very nature requires the intention to destroy at least a substantial part of a particular group.»<sup>117</sup>

48. Cette conclusion explique que le génocide géographiquement limité doit être considéré dans le cadre de la possibilité que l'auteur a effectivement eu à commettre le crime. En effet, le génocide géographiquement limité serait admis uniquement si l'auteur exerce le contrôle sur un territoire limité et n'a pas de possibilité d'étendre ses méfaits au-delà de ce territoire.

49. Dans ce cadre, il faut souligner aussi que cette interprétation est certainement la seule interprétation possible lorsque le génocide est limité à un territoire restreint car la notion du génocide géographiquement limité ne fait pas l'unanimité. Ainsi, la Chambre de première instance a jugé dans l'affaire *Stakic* que :

---

<sup>115</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 13.

<sup>116</sup> *Ibid.*, par. 17.

<sup>117</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, vol. II, Part Two, p. 46.

«In construing the phrase «destruction of a group in part», the Trial Chamber with some hesitancy follows the jurisprudence of the Yugoslavia and Rwanda Tribunals which permits a characterisation of genocide even when the specific intent extends only to a limited geographical area, such as a municipality. The Trial Chamber is aware that this approach might distort the definition of genocide if it is not applied with caution.»<sup>118</sup>

La doctrine a également émis des réserves concernant le génocide commis dans une zone géographiquement limitée. Le professeur William Schabas a écrit que :

«Although the concept of genocide on a limited geographic scale seems perfectly compatible with the object and purpose of the convention, it does raise questions relating to the plan or policy issue. Localized genocide may tend to suggest the absence of a plan or policy on a national level, and while it may result in convictions of low-level officials within the municipality or region, it may also create a presumption that the crime was not in fact organized on a larger scale.»<sup>119</sup>

50. Ainsi, le raisonnement de la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Krstic* pourrait être acceptable avec la conclusion que les autorités serbes locales avaient l'intention de détruire les Musulmans de Srebrenica avec la précision que l'intention était la leur, et uniquement la leur, car uniquement leur intention pouvait être déduite des actes limités à un territoire géographiquement restreint qui était le seul territoire sur lequel ces forces avaient le contrôle. Toutefois, cet argument milite directement, comme le disait professeur William Schabas, contre l'existence de l'intention génocidaire au niveau national et donc, au niveau d'un Etat.

51. Le demandeur n'a pas déterminé le groupe protégé car il l'avait décrit par des critères négatifs et sans aucune limite géographique, ce qui signifierait que tous les non-Serbes seraient le groupe visé. En plus, même si nous nous limitons à la Bosnie-Herzégovine, la population non serbe reste toujours trop complexe et sans aucune caractéristique distinctive qui permettrait sa définition comme groupe aux termes de la convention sur le génocide.

52. Comme le groupe n'a pas été défini conformément aux critères prévus par la convention sur le génocide, il est impossible de déterminer sa partie substantielle qui est nécessaire afin de pouvoir déduire l'intention génocidaire dirigée à la destruction de groupe en partie. En plus, le demandeur n'a offert aucun critère qui pourrait nous assister dans la détermination de la partie visée du groupe.

---

<sup>118</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-T, jugement, 31 juillet 2003, par. 523.

<sup>119</sup> W. Schabas, «Was genocide committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgements of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», (November 2001) *Fordham International Law Journal*, p. 23, par. 42-43.

## **II. L'intention génocidaire et le standard de preuve dans l'établissement de la responsabilité de l'Etat**

1. La convention sur le génocide impose aux Etats l'obligation de prévenir et de punir le crime de génocide. Elle interdit également la commission du crime de génocide. Les obligations de prévenir et de punir le crime de génocide sont des obligations de l'Etat et leurs violations sont appréciées conformément aux principes généraux applicables à la responsabilité de l'Etat. Mon collègue, le professeur Brownlie, a présenté nos arguments principaux concernant la responsabilité de l'Etat. Nous allons présenter aujourd'hui nos arguments alternatifs concernant uniquement la responsabilité de l'Etat pour les violations des articles II et III de la convention sur le génocide.

### **a) *La responsabilité de l'Etat et l'intention génocidaire***

2. Nous sommes parvenus à un accord avec le demandeur s'agissant de la nature de la responsabilité de l'Etat qui, n'étant pas une responsabilité pénale, doit en conséquence être appréciée conformément aux principes de la responsabilité internationale de l'Etat. Nous sommes également d'accord avec le demandeur que le droit applicable dans le présent cas est la convention sur le génocide<sup>120</sup>. La convention sur le génocide est un traité international et, comme tel, elle impose aux Etats parties des obligations dont la violation engage la responsabilité internationale de l'Etat. Toutefois, la convention sur le génocide est également un texte contenant des normes pénales établissant un crime, un crime international dont l'existence ne peut être établie autrement qu'en application des principes et des règles du droit pénal.

3. Tandis que la convention sur le génocide est un traité dont la violation peut engager la responsabilité de l'Etat, il est nécessaire que le crime de génocide soit préalablement établi conformément aux règles du droit pénal international qui requièrent que le génocide soit commis par une personne physique. L'Etat sera responsable uniquement si le génocide est commis par une personne physique pouvant engager la responsabilité de l'Etat. La Commission du droit international a écrit dans son commentaire du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites que :

«The State is a real organized entity, a legal person with full authority to act under international law. But to recognize this is not to deny the elementary fact that the State cannot act of itself. An act of the State must involve some actions or

---

<sup>120</sup> CR 2006/32, p. 12, par. 10.

omission by a human being or group. States can act only by and through their agents and representatives.»<sup>121</sup>

4. En plus, le texte de l'article IV de la convention sur le génocide implique que le génocide peut être commis uniquement par des personnes physiques car cet article dispose que : «Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des actes énumérés à l'article III seront punies qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers.» Ainsi, la convention sur le génocide dispose expressément que les personnes physiques doivent répondre pour le génocide y compris celles qui peuvent engager la responsabilité de l'Etat. En aucun cas la convention ne suggère que l'Etat lui-même pourrait commettre le génocide.

5. Conformément à la règle générale de la responsabilité internationale de l'Etat, la seule conduite qui peut être imputée à l'Etat est celle de ses organes ou des personnes qui ont agi sous le contrôle de ces organes<sup>122</sup>. Dans ses plaidoiries du 20 avril 2006, le demandeur a déclaré que :

«le génocide est dans la pleine acception que cette expression revêt, un crime international qui engage non seulement la responsabilité pénale des individus qui le commettent mais également celle de l'Etat auquel peuvent être attribués les actes commis par des individus agissant *de jure* ou *de facto* pour son compte»<sup>123</sup>.

Et le demandeur déclarait aussi : «c'est de la violation de l'interdiction de commettre le génocide que le défendeur est responsable puisque les actes constitutifs dudit génocide ont été commis par ses agents ou ses organes»<sup>124</sup>.

6. En conséquence, il semble nécessaire d'établir préalablement comme la condition *sine qua non* de la responsabilité de l'Etat, la responsabilité de l'auteur individuel pouvant engager la responsabilité de l'Etat. La responsabilité de l'Etat sera gouvernée par les règles de la responsabilité générale applicables à la responsabilité internationale de l'Etat, mais tout d'abord et préalablement le crime de génocide doit être établi conformément aux règles du droit pénal et l'auteur individuel du crime doit être identifié.

7. La convention sur le génocide requiert l'intention spéciale de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel et aucun crime ne peut être qualifié de génocide sans cette intention spéciale. La Commission du droit international a noté dans son projet

---

<sup>121</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 71.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>123</sup> CR 2006/33, p. 31, par. 44.

<sup>124</sup> CR 2006/34, p. 22, par. 27.

d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites que : «Genocide is not committed until there has been an accumulation of acts of killing, causing harm etc. committed with the relevant intent so as to satisfy the definition in article II.»<sup>125</sup>

8. Le demandeur a déclaré dans ses plaidoiries le 18 avril 2006 qu'«il convient de ne pas confondre les actes génocidaires énumérés à l'article II de la convention de 1948 et le génocide en tant que fait internationalement illicite global pouvant engager la responsabilité d'un Etat partie»<sup>126</sup>. Nous voudrions souligner que la convention sur le génocide ne reconnaît pas deux concepts du génocide : l'un pour lequel les personnes physiques répondraient dans une procédure pénale et conformément aux règles du droit pénal et l'autre qui pourrait engager la responsabilité de l'Etat selon les règles coutumières de la responsabilité internationale de l'Etat. Le crime de génocide, ce crime international a une seule et unique définition qui est déterminée par la convention sur le génocide et sa commission peut en certains cas engager la responsabilité de l'Etat.

9. Ainsi, l'Etat ne peut être responsable pour les violations des articles II et III de la convention sur le génocide si l'intention spéciale de ses organes, ses fonctionnaires, qui serait *in fine* toujours une personne physique, n'est pas établie. La Commission du droit international a noté dans le projet d'articles sur à la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites que :

«whether there has been a breach of a rule may depend on the intention or knowledge of relevant State organs or agents ... for example article II of the Convention on genocide states that in the present Convention genocide means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part a national ethnical racial or religious group ... whether responsibility is objective or subjective in this sense depends on the circumstances including the content of the primary obligation in question»<sup>127</sup>.

L'obligation primaire en question est clairement celle prévue par la convention sur le génocide qui demande l'établissement de l'intention spéciale.

10. Le demandeur reconnaît que tout acte doit être accompagné par l'intention génocidaire afin d'être constitutive du génocide, mais il considère que cette intention génocidaire ne doit pas nécessairement existé chez chacun des auteurs directs qui pourraient exécuter des actes sans être

---

<sup>125</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 147.

<sup>126</sup> CR 2006/31, p. 32, par. 58.3.

<sup>127</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, pp. 69-70.



animés par l'intention génocidaire. Il ne semble pas nécessaire d'entrer dans la discussion à savoir si l'auteur direct des actes constitutifs du génocide doit avoir l'intention génocidaire<sup>128</sup>, car l'intention de celui-ci sera importante uniquement si cet auteur entre dans la catégorie des personnes pouvant engager la responsabilité de l'Etat. En revanche, nous soulignons que l'intention directe de la personne pouvant engager la responsabilité de l'Etat, sans égard si celle-ci est l'auteur direct de l'acte génocidaire ou la personne qui l'a conçu, planifié ou préparé, doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Par ailleurs, si la personne pouvant engager la responsabilité de l'Etat n'est pas l'auteur direct du crime il faudra encore établir les liens qui l'unissent aux exécutants directs du crime afin d'établir que les actes criminels étaient commis dans l'exécution de l'intention génocidaire de la personne pouvant engager la responsabilité de l'Etat. Et *seulement* si toutes ces conditions sont remplies, la responsabilité de l'Etat pourrait être engagée. Dans la présente affaire le demandeur n'a démontré rien de tel.

11. Par ailleurs, nous devons noter l'observation de la Commission du droit international qui a noté dans son projet du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que :

«The definition of the crime of genocide requires a degree of knowledge of the ultimate objective of the criminal conduct rather of knowledge of every detail of a comprehensive plan or policy of genocide. A subordinate is presumed to know the intentions of his superiors when he receives orders to commit prohibited acts against individuals who belong to a particular group... A soldier who is ordered to go from house to house and kill only persons who are members of a particular group cannot be unaware of the destructive effect of this criminal conduct on group itself.»<sup>129</sup>

L'analyse de la Commission du droit international est plus que logique. En effet, les auteurs directs pourraient difficilement prétendre qu'ils n'avaient pas connaissance de l'intention qui animait les ordres qu'ils avaient reçus lorsqu'il s'agit du crime de génocide, car si elle est rarement exprimée dans les termes explicites, l'intention génocidaire, lorsqu'elle existe, elle est évidente et il serait difficile de prétendre qu'elle n'était pas connue.

12. Le demandeur allègue qu'il faut présumer que l'Etat avait l'intention d'atteindre le résultat atteint et que l'Etat doit en conséquence répondre pour ce résultat<sup>130</sup>. Nous avons démontré

---

<sup>128</sup> CR 2006/31, p. 26-27, par. 44.

<sup>129</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, Vol. II, Part Two, pp. 46.

<sup>130</sup> CR 2006/33, p. 40, par. 12.

que le génocide n'a pas été commis, mais au-delà de ce fait nous ne pouvons consentir à la thèse selon laquelle l'intention de l'Etat puisse être présumée si l'intention de la personne physique qui aurait commis le génocide et qui peut engager la responsabilité de l'Etat n'a pas été établie.

**b) *La déduction de l'intention génocidaire des preuves circonstancielle*s**

13. Puisque le demandeur n'a offert aucune preuve directe de l'intention que les personnes pouvant engager la responsabilité de l'Etat auraient eue dans cette affaire, il essaie de déduire l'intention des preuves circonstancielle et notamment du plan, du projet ou de la ligne de conduite, à savoir le nombre et la nature des crimes. Toutefois, les preuves circonstancielle présentées par le demandeur ne sont pas de telle nature qu'elles permettraient la déduction de l'intention génocidaire. Ce n'est que logique, car cette intention n'a pas existé et les actes criminels commis en Bosnie-Herzégovine ne constituent pas le génocide.

**i) *L'inexistence du plan***

14. L'existence d'un plan n'est pas un élément constitutif du génocide, mais l'existence d'un tel plan peut faciliter l'établissement de l'intention spéciale requise pour le crime de génocide<sup>131</sup>. Conformément au demandeur, la preuve principale du plan aurait été les objectifs stratégiques des Serbes de Bosnie adoptés le 12 mai 1992 lors de la session de l'Assemblée du peuple serbe en Bosnie-Herzégovine. Ces objectifs stratégiques ne contenaient cependant aucune intention génocidaire, ce que nous avons démontré dans notre plaidoirie, jeudi dernier. Par ailleurs, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a considéré ces objectifs stratégiques dans de nombreuses affaires<sup>132</sup>. Nous n'allons pas répéter les conclusions du Tribunal car nous les avons déjà présentées la semaine dernière, mais nous soulignons encore une fois que le Tribunal n'a jamais pu déduire une intention génocidaire des objectifs stratégiques des Serbes de Bosnie. Certes, cette honorable Cour n'est pas liée par des jugements du Tribunal, mais certaines conclusions peuvent en être déduites.

---

<sup>131</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 225.

<sup>132</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-T, jugement, 31 juillet 2003, par. 41, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 981; *Le procureur c. Stanislav Galic*, affaire n° IT-98-29-T, jugement, 5 décembre 2003, par. 725-729; *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-T, jugement, 2 août 2001, par. 562.

15. Le demandeur dirait certainement que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie n'a pas eu une image globale, ce qu'il a en effet allégué : «the ICTY with jurisdiction over individual crimes but not State responsibility had no reason to discern that pattern or to name the perpetrator the mastermind of the pattern because that mastermind was not an individual by a State»<sup>133</sup>. Nous ne pouvons pas consentir à cette analyse des travaux du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, car celui-ci apprécie le contexte politique et évalue les preuves qui ne concernent pas seulement la responsabilité individuelle de la personne accusée. Ceci est particulièrement vrai dans les affaires dans lesquelles les personnes accusées sont accusées de la complicité et lorsqu'il est nécessaire d'établir l'intention de l'auteur principal afin de pouvoir proprement qualifier le crime.

16. Le Tribunal a rarement jugé les auteurs directs des crimes allégués, la plupart des personnes jugées par le Tribunal sont des personnes ayant eu des hautes fonctions politiques et militaires et dont la responsabilité ne peut être établie sans la vision claire du contexte global de la guerre en Bosnie-Herzégovine. Ainsi, dans l'affaire *Stakic*, le Tribunal a établi que : «The Trial Chamber has considered whether anyone else on a horizontal level in the Municipality of Prijedor had the *dolus specialis* for genocide by killing members of the Muslim group but concludes that there is no compelling evidence to this effect.»<sup>134</sup>

Et le Tribunal a jugé aussi :

«Having heard all the evidence, the Trial Chamber finds that it has not been provided with the necessary insight into the state of mind of alleged perpetrators acting on a higher level in the political structure than Dr. Stakic to enable it to draw the inference that those perpetrators had the specific genocidal intent.»<sup>135</sup>

Ainsi, il apparaît clairement que la Chambre de première instance dans l'affaire *Stakic* ne s'est pas limitée à l'établissement de l'intention individuelle de l'accusé, mais elle a également apprécié l'intention que toute autre personne dans la hiérarchie politique de la Republika Srpska aurait pu avoir. Après avoir apprécié la totalité des preuves concernant aussi bien l'accusé que toute autre personne à laquelle l'accusé aurait pu apporter l'aide et l'assistance, la Chambre de première instance a conclu que : «In order for Dr. Stakic to be held responsible for complicity in genocide, it

---

<sup>133</sup> CR 2006/33, p. 39, par. 10.

<sup>134</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-T, jugement, 31 juillet 2003, par. 555.

<sup>135</sup> *Ibid.*, par. 547.

must be proved that genocide in fact occurred. On the basis of the evidence presented in this case, the Trial Chamber has not found beyond a reasonable doubt that genocide was committed in Prijedor.»<sup>136</sup>

17. Tout comme dans l'affaire *Stakic*, la Chambre de première instance dans l'affaire *Brdjanin* a considéré la totalité des preuves présentées, qui dans cette affaire particulière concernaient toute une région de seize municipalités, et a conclu que :

«Although the factors raised by the Prosecution have been examined on an individual basis, the Trial Chamber finds that, even if they were taken together, they do not allow the Trial Chamber to legitimately draw the inference that the underlying offences were committed with the specific intent required for the crime of genocide. On the basis of the evidence presented in this case, the Trial Chamber has not found beyond reasonable doubt that genocide was committed in the relevant ARK municipalities.»<sup>137</sup>

18. Bien qu'il rejette en principe les conclusions du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le demandeur allègue cependant que les condamnations du général Krstic et du colonel Blagojevic, prononcées par le Tribunal, peuvent engager la responsabilité de la Serbie-et-Monténégro. Sans vouloir entrer dans la question de l'imputabilité à la Serbie-et-Monténégro des actes commis par les officiers de l'armée de la Republika Srpska, ce qui a été présenté par notre conseil et avocat, le professeur Brownlie, il faut dire que l'analyse juridique des conclusions concernant la responsabilité du général Krstic et du colonel Blagojevic, telle qu'établie par le Tribunal, ne soutient pas l'allégation du demandeur.

19. Premièrement, conformément aux conclusions du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, ni le général Krstic ni le colonel Blagojevic n'ont eu l'intention génocidaire. Ni l'un ni l'autre n'était condamné sur le fondement de la convention sur le génocide, mais sur le fondement du Statut du Tribunal et, plus particulièrement, sur le fondement de l'article 7 de ce Statut pour l'aide et l'assistance, une forme de coaction dans la commission du crime que la convention sur le génocide ne reconnaît pas. Deuxièmement, dans aucune de ces affaires, le Tribunal, qui a pourtant apprécié l'intention génocidaire des autres personnes que des accusés, n'a pas établi l'existence de cette intention qu'elle aurait eue une personne pouvant engager la responsabilité de la Serbie-et-Monténégro. Dans l'affaire *Blagojevic*, la Chambre de première instance a conclu

---

<sup>136</sup> TPIY, *Le procureur c. Milomir Stakic*, affaire n° IT-97-24-T, jugement, 31 juillet 2003, par. 561.

<sup>137</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Brdjanin*, affaire n° IT-99-36-T, jugement, 1<sup>er</sup> septembre 2004, par. 989.

prudemment que les forces serbes de Bosnie, une entité complètement indéfinie, et de toute façon n'appartenant pas à l'Etat de Serbie-et-Monténégro, ont eu l'intention de détruire la population musulmane de Srebrenica<sup>138</sup>. En ce qui concerne l'affaire *Krstic*, la Chambre de première instance et ensuite la Chambre d'appel se sont engagées dans une analyse détaillée sur la personne qui aurait pu avoir l'intention génocidaire, ce qui les a amenées à de nombreuses contradictions.

20. Ainsi, dans l'affaire *Krstic*, la Chambre d'appel a confirmé la conclusion de la Chambre de première instance que certains membres de l'état-major de l'armée de la Republika Srpska ont eu l'intention génocidaire en jugeant que : «The Trial Chamber — as the best assessor of the evidence presented at trial — was entitled to conclude that the evidence of the transfer supported its finding that some members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims in Srebrenica.»<sup>139</sup> Toutefois, la Chambre d'appel a jugé aussi que :

«the ambit of the genocidal enterprise in this case was limited to the area of Srebrenica. While the authority of the VRS Main Staff extended throughout Bosnia, the authority of the Bosnian Serb forces charged with the take-over of Srebrenica did not extend beyond the Central Podrinje region. From the perspective of the Bosnian Serb forces alleged to have had genocidal intent in this case, the Muslims of Srebrenica were the only part of the Bosnian Muslim group within their area of control.»<sup>140</sup>

Ces deux conclusions ne sont pas seulement contradictoires, elles sont exclusives. Conformément à la première conclusion, les membres de l'état-major de l'armée de la Republika Srpska auraient eu l'intention génocidaire, tandis qu'aux termes de la deuxième conclusion, ceux qui ont eu l'intention génocidaire auraient été des forces des Serbes de Bosnie qui n'avaient le contrôle que sur les Musulmans de Srebrenica. Comme la Chambre d'appel admet elle-même, l'état-major de l'armée de la Republika Srpska avait le contrôle sur tout le territoire de la Bosnie-Herzégovine sous le contrôle des Serbes de Bosnie; en conséquence, les membres de l'état-major de l'armée de la Republika Srpska sont de toute évidence exclus du groupe de personnes qui auraient pu avoir l'intention de détruire les Musulmans bosniaques sur le territoire limité à Srebrenica.

---

<sup>138</sup> TPIY, *Le procureur c. Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic*, affaire n° IT-02-60-T, jugement, 17 janvier 2005, par. 677.

<sup>139</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 33.

<sup>140</sup> *Ibid.*, par. 17.

21. En plus, le demandeur allègue incorrectement que les personnes condamnées pour complicité de génocide dans les affaires *Krstic* et *Blagojevic* avaient agi dans le cadre d'une entreprise criminelle dont l'objectif aurait été la destruction en tout ou en partie du groupe auquel les victimes appartenaient. Une telle allégation est la déformation des jugements rendus par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans les affaires *Krstic* et *Blagojevic*. En effet, le Tribunal n'a jamais établi l'existence de l'entreprise criminelle dont l'objectif aurait été la destruction en tout ou en partie d'un groupe. Dans l'affaire *Krstic*, la Chambre d'appel a annulé la condamnation du général Krstic prononcée par la Chambre de première instance et selon laquelle celui-ci aurait participé à une entreprise criminelle ayant pour objectif la commission du génocide<sup>141</sup> et a jugé que l'objectif de l'entreprise criminelle était le transfert forcé de la population civile<sup>142</sup>, un crime contre l'humanité. S'agissant de l'affaire *Blagojevic*, la Chambre de première instance n'a pas trouvé que le colonel Blagojevic avait participé à une entreprise criminelle, même pas celle ayant pour objectif le transfert forcé, tandis que l'entreprise criminelle prétendue par le demandeur dont l'objectif aurait été la commission du génocide n'a jamais été considérée dans l'affaire *Blagojevic*<sup>143</sup>.

22. Certes, la responsabilité de l'Etat n'est pas limitée au génocide, dont l'auteur, la personne physique pouvant engager la responsabilité de l'Etat, était condamné pour le génocide. Cependant, lorsque l'auteur, la personne physique, n'a pas été condamné, la Cour devra, avant d'apprécier la responsabilité de l'Etat, établir la responsabilité individuelle de la personne physique pouvant engager la responsabilité de cet Etat. S'il n'est pas nécessaire que l'auteur du génocide soit jugé et condamné, il est toutefois nécessaire de l'identifier et d'établir sa responsabilité, car l'Etat ne peut répondre que pour les actes constituant le génocide commis avec l'intention spéciale requise par la convention sur le génocide par les personnes pouvant engager sa responsabilité et dont l'intention spéciale doit être préalablement établie.

---

<sup>141</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 143 et 237.

<sup>142</sup> *Ibid.*, par. 151.

<sup>143</sup> TPIY, *Le procureur c. Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic*, affaire n° IT-02-60-T, jugement, 17 janvier 2005, par. 714 et 705.

**ii) L'intention génocidaire ne peut être déduite de la ligne de conduite criminelle et du nombre de crimes**

23. S'agissant de la ligne de conduite (*a pattern*) et du nombre de crimes, le demandeur allègue que le nombre de crimes ainsi que leur nature systématique et discriminatoire démontrent une ligne de conduite dont l'intention génocidaire peut être déduite. Nous ne pouvons consentir à cette allégation. Tout d'abord, les crimes étaient commis dans un contexte de guerre. Bien entendu, la guerre n'aurait pas pu excuser le génocide s'il avait été commis, mais elle met en question l'intention de ceux qui ont commis les crimes, car elle offre sans aucun doute une autre explication des crimes commis. Ensuite, et plus important, la ligne de conduite et les crimes commis ne démontrent pas la nature génocidaire. Une addition de plusieurs crimes, peu importe leur gravité, ne peut jamais devenir le génocide sans l'intention génocidaire et celle-ci n'a jamais existé et en conséquence, elle n'a pas pu être prouvée.

24. Les crimes allégués par le demandeur peuvent être les crimes de droit commun, les violences des lois et coutumes de la guerre ou les crimes contre l'humanité. Des similitudes particulières existent entre le génocide et les crimes contre l'humanité. Le demandeur a déclaré plusieurs fois que les crimes étaient commis à large échelle, systématiquement et avec l'intention discriminatoire. Cette caractérisation ne porte aucune assistance quant à l'établissement de l'intention génocidaire car les crimes contre l'humanité, et particulièrement la persécution et l'extermination, ont les mêmes caractéristiques.

25. La Commission du droit international a défini dans l'article 18 de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, les crimes contre l'humanité comme des actes : «committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group»<sup>144</sup>.

26. En conséquence, conformément au droit international, les crimes contre l'humanité doivent être commis ou à large échelle ou systématiquement. Par ailleurs, ils doivent être dirigés par le gouvernement, une organisation ou un groupe, ce qui démontre leur caractère organisé et coordonné. D'ailleurs, la Commission du droit international a expliqué que l'expression

---

<sup>144</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, Vol. II Part Two, p. 47.

«systématiquement» signifie les crimes commis en répétition ou continuellement, en exécution d'un plan préconçu ou une politique, tandis que le terme «à large échelle» implique des victimes nombreuses. Ainsi, l'expression «systématiquement» exclut les actes aléatoires, les crimes aveugles, et l'expression «à large échelle» exclut les actes isolés qui donc ne constituent pas les crimes contre l'humanité<sup>145</sup>.

27. Les Tribunaux *ad hoc* ne requièrent pas que les crimes contre l'humanité soient dirigés par un Etat ou une organisation. Cependant, la Cour pénale internationale a clairement indiqué dans les éléments des crimes que :

«it is understood that policy to commit such attack requires that the State or organization actively promote or encourage such attack against a civilian population. A policy which has a civilian population as the object of the attack would be implemented by State or organizational action. Such a policy may in exceptional circumstances be implemented by deliberate failure to take action, which is consciously aimed at encouraging such attack. The existence of such policy cannot be inferred solely from the absence of governmental or organizational action.»<sup>146</sup>

28. Toutefois, les juridictions internationales requièrent toutes que les crimes contre l'humanité soient commis systématiquement ou à large échelle. La Chambre de première instance a défini dans l'affaire *Kayishema* la signification de ces termes dans le droit pénal international en jugeant que :

«A widespread attack is one that is directed against a multiplicity of victims. A systematic attack means an attack carried out pursuant to a preconceived policy or plan. Either of these conditions will serve to exclude isolated or random inhumane acts committed for purely personal reasons.»<sup>147</sup>

29. En conséquence, les actes criminels, afin d'être qualifiés comme les crimes contre l'humanité, doivent être commis systématiquement ou à large échelle. Justement, ces caractéristiques sont des éléments desquels le demandeur veut déduire l'intention génocidaire. Mais ces éléments ne permettent pas la déduction de l'intention génocidaire car ces mêmes éléments, les crimes systématiques et les crimes à large échelle, sont des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité qui de toute façon sont de très sérieux crimes internationaux. Dans ce

---

<sup>145</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, Vol. II Part Two, p. 47.

<sup>146</sup> Cour pénale internationale, Elements of Crimes, ICC-ASP 1/3, p. 116.

<sup>147</sup> TPIR, *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999, par. 123.



cadre, il faut souligner que la Cour pénale internationale a décrit les crimes contre l'humanité dans les éléments des crimes comme : «Crimes against humanity as defined in Article 7 are among the most serious crimes of concern to the international community as a whole.»<sup>148</sup>

30. En plus, le crime contre l'humanité persécution est traditionnellement considéré comme un crime proche du génocide puisque les deux crimes requièrent l'intention discriminatoire. Toutefois, tandis que la victime du crime de génocide est le groupe, la victime du crime de persécution est un individu, mais l'individu, en raison de ses caractéristiques particulières et notamment en raison de son appartenance à un groupe dont les caractéristiques sont visées. Ainsi l'intention discriminatoire est requise pour la persécution aussi. Et comme la Commission du droit international a si justement remarqué dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le crime de persécution s'applique : «to acts or persecution which lacked the specific intent required for a crime of genocide»<sup>149</sup>. Ainsi, Madame le président, Messieurs les juges, il n'est pas possible de déduire l'intention génocidaire des actes pouvant constituer le génocide accompagnés d'une intention discriminatoire, car ces mêmes actes accompagnés de cette même intention constituent les crimes contre l'humanité.

31. En plus, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité énumère dans l'article 18 plusieurs actes constituant les crimes contre l'humanité et parmi ces actes dans l'alinéa *e*) «persecution on political racial religious or ethnic grounds» qui est également un crime contre l'humanité dans les Statuts des Tribunaux *ad hoc* et dans le statut de la Cour pénale internationale. Cependant, le projet de code préparé par la Commission du droit international prévoit en plus de la persécution, un autre crime contre l'humanité demandant l'intention discriminatoire. L'alinéa *f*) de l'article 18 du projet de code définit ce crime contre l'humanité comme «institutionalized discrimination on racial, ethnic, religious ground involving the violation of fundamental human rights and freedoms and resulting in seriously disadvantaging a part of the population».

---

<sup>148</sup> Cour pénale internationale, Elements of Crimes, ICC-ASP 1/3, p. 116.

<sup>149</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, Vol. II Part Two, p. 48.

32. Le crime prévu dans l'article 18 *f*) du projet de code préparé par la Commission du droit international dépasse une simple discrimination des individus et vise une partie de la population, ce qui le rapproche encore plus du génocide qui vise, lui, le groupe. Ce crime, au-delà du fait qu'il vise une partie de la population et qu'il doit être commis dans l'intention discriminatoire, requiert aussi qu'il soit commis systématiquement ou à large échelle et qu'il soit organisé par un gouvernement ou une organisation ou un groupe. Seulement si tous ces éléments sont réunis, l'acte criminel pourra être qualifié comme le crime contre l'humanité et il restera le crime contre l'humanité car ses auteurs ne possèdent pas l'intention spéciale requise pour le crime de génocide qui est la destruction en tout ou en partie d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux.

33. La persécution est généralement acceptée comme étant le crime proche du génocide, mais certains autres crimes contre l'humanité peuvent également être facilement confondus avec le génocide. En effet, ces crimes peuvent être distingués du génocide uniquement par le manque de l'intention génocidaire, tandis que leurs éléments matériels sont identiques aux éléments qui pouvant constituer le génocide.

34. Ainsi, la Commission du droit international a décrit dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité le crime contre l'humanité, l'extermination comme : «a crime which is by its very nature directed against a group of individuals and involves a mass destruction — it is closely related to the genocide»<sup>150</sup>.

35. La Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Vasiljevic* a accepté l'opinion de la Commission du droit international et a jugé que :

«Extermination covers situations in which a group of individuals who do not share any common characteristics are killed. It also covers situations where some members of a group are killed while others are spared. Extermination refers to killing on a vast scale. It is directed towards members of a collection of individuals, the method used to carry out the killing is irrelevant, knowledge of the vast murderous enterprise is required.»<sup>151</sup>

Par ailleurs, la Chambre de première instance n'a pas expliqué seulement l'élément matériel du crime de l'extermination, mais a également souligné la distinction entre le crime de génocide et l'extermination en jugeant que :

---

<sup>150</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, Vol. II Part Two, p. 48.

<sup>151</sup> TPIY, *Le procureur c. Mitar Vasiljevic*, affaire n° IT-98-32-T, jugement, 29 novembre 2002, par. 224.

«This Trial Chamber concludes from the material which it has reviewed that criminal responsibility for extermination only attaches to those individuals responsible for a large number of deaths even if their part therein was remote or indirect. Responsibility for one or for a limited number of such killings is insufficient. The Trial Chamber also concludes that the act of extermination must be collective in nature rather than directed towards singled out individuals. However contrary to genocide the offender need not have intended to destroy the group or part of the group to which the victims belong.»<sup>152</sup>

36. Et la Chambre de première instance du Tribunal pour le Rwanda a défini dans l'affaire *Kayishema* les éléments constitutifs du crime de l'extermination comme :

«The actor participates in the mass killings of others or in the creation of conditions of life that lead to the mass killing of others through his acts or missions having intended the killing or being reckless or grossly negligent as to whether the killing would result and being aware that his acts or omissions form part of a mass killing event where his acts or omissions form part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds.»<sup>153</sup>

37. En conséquence, les actes criminels, la ligne de conduite et le plan auraient été les mêmes pour l'extermination et pour le génocide, le seul élément permettant la distinction est l'intention génocidaire, mais cette intention doit être prouvée comme telle. Elle ne peut être déduite de l'acte matériel en soi, du plan ou du projet qui tous, sans l'intention génocidaire, ne démontrent que les crimes contre l'humanité.

38. L'intention génocidaire est clairement le seul élément qui permet la distinction entre le crime de génocide et les autres crimes constituant les crimes contre l'humanité. La Commission du droit international a observé dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que :

«the definition of the crime of genocide requires a specific intent which is the distinguishing characteristic of this particular crime under international law. The prohibited acts enumerated in subparagraphs (a) to (e) are by their very nature conscious, intentional or volitional acts which an individual could not usually commit without knowing that certain consequences were likely to result. These are not the type of acts that would normally occur by accident or even as a result of mere negligence... The definition of this crime requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequences of the prohibited act. As indicated in the opening clause of article 17, an individual incurs responsibility for the crime of genocide only when one of the prohibited acts is «committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such.»<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> TPIY, *Le procureur c. Mitar Vasiljevic*, affaire n° IT-98-32-T, jugement, 29 novembre 2002, par. 224.

<sup>153</sup> TPIR, *Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, jugement, 21 mai 1999, par. 144.

<sup>154</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, International Law Commission, *Yearbook 1996*, vol. II, Part Two, p. 44.

39. En conséquence, l'intention spéciale requise pour le génocide ne peut en aucun cas, sans égard s'il s'agit de la responsabilité individuelle ou la responsabilité internationale de l'Etat, être déduite de la commission des actes constituant l'élément matériel du crime de génocide. L'intention spéciale étant l'élément constitutif du génocide doit être prouvée et la charge de preuve est sur le demandeur qui n'a pas pu la prouver car tout simplement l'intention génocidaire n'a jamais existé.

### **III. Complicité dans le génocide**

1. Je parviens à la dernière partie de ma plaidoirie qui concerne la question de la complicité dans le génocide. Le demandeur a déclaré lors de ses plaidoiries du 18 avril 2006 que nos interprétations des actes figurant dans l'article III de la convention sur le génocide ne diffèrent pas significativement. Si nous pouvons être d'accord avec le demandeur sur la plupart des formes de commission du crime de génocide prévues dans l'article III de la convention sur le génocide, il semblerait toutefois que nous n'interprétons pas la complicité dans le génocide de manière que le demandeur veut la représenter dans ses plaidoiries<sup>155</sup>.

2. Nous reconnaissons évidemment que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a condamné deux Serbes de Bosnie pour la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) sur le fondement de l'article 7.1 du Statut du Tribunal qui se réfère spécifiquement à l'aide et l'assistance en conjonction avec l'article 4 du Statut du Tribunal qui inclut, quant à lui, le texte des articles II et III de la convention sur le génocide. Nous reconnaissons aussi que le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a jugé que les personnes fournissant aide et assistance peuvent être condamnées pour complicité de génocide sans avoir l'intention génocidaire. Toutefois, nous ne considérons pas qu'une telle conclusion est légalement juste et, par ailleurs, elle n'est certainement pas fondée sur la convention sur le génocide qui requiert l'intention génocidaire pour toutes les formes de commission, y compris la complicité dans le génocide. La qualification de l'aide et l'assistance à la commission du génocide (*aiding and abetting genocide*) a été établie uniquement sur le fondement du Statut du Tribunal, et particulièrement sur le fondement de son article 7.1 qui

---

<sup>155</sup> CR 2006/31, p. 39, par. 75.

s'applique à la responsabilité individuelle des personnes jugées par le Tribunal. Une telle qualification est méconnue de la convention sur le génocide.

3. La Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a reconnu d'ailleurs dans l'affaire *Krstic* que : «Krstić's responsibility is accurately characterized as aiding and abetting genocide under Article 7 (1) of the Statute, not as complicity in genocide under Article 4 (3) (e)»<sup>156</sup>. La disposition de l'article 4.3 e) du Statut du Tribunal est identique à la disposition de l'article III e) de la convention sur le génocide qui définit la complicité dans le génocide. Le Tribunal a ainsi établi la différence entre la complicité dans le génocide déterminée par la convention sur le génocide et la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) qui, aux termes de l'interprétation du Tribunal, aurait été prévue par le Statut du Tribunal et notamment son article 7.1.

4. La distinction est importante car la complicité dans le génocide requiert l'intention spéciale de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel. En revanche, la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) ne requiert pas une telle intention, mais uniquement la connaissance que l'auteur principal du crime a une intention génocidaire. Ainsi la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) permet la condamnation d'une personne, une personne physique, pour la participation dans le crime de génocide sans que cette personne ait eu l'intention génocidaire qui est, conformément à la convention sur le génocide, un élément constitutif du génocide et nécessaire pour la complicité dans le génocide.

5. La Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a reconnu que la complicité dans le génocide, prévue par la convention sur le génocide requiert l'intention de détruire un groupe protégé car elle a jugé dans l'affaire *Krstic* que : «Article 4 of the Statute is most naturally read to suggest that Article 4 (2)'s requirement that a perpetrator of genocide possess the requisite «intent to destroy» a protected group applies to all of the prohibited acts enumerated in Article 4 (3), including complicity in genocide.»<sup>157</sup> Et la Chambre d'appel a ajouté que : «the same analysis applies to the relationship between Article II of the Genocide Convention, which contains the

---

<sup>156</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-36-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 138.

<sup>157</sup> *Ibid.*, par. 142.

requirement of specific intent, and the Convention's Article III, which lists the proscribed acts, including that of complicity»<sup>158</sup>.

6. La distinction entre la complicité dans le génocide et la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) a été faite par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, mais la convention sur le génocide ne reconnaît que la complicité dans le génocide prévue dans l'article III e) de la convention sur le génocide. La complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*), telle que reconnue par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, ne peut être étendue à la responsabilité de l'Etat car la convention sur le génocide ne la reconnaît pas.

7. Les travaux préparatoires de la convention sur le génocide démontrent clairement que le génocide et toutes les formes de sa commission prévues dans l'article III de la convention sur le génocide requièrent l'intention spéciale qui, comme élément constitutif du crime de génocide, doit être proprement établie. La Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a d'ailleurs reconnu dans l'affaire *Krstic* que : «There is also evidence that the drafters of the Genocide convention intended the charge of complicity in genocide to require a showing of genocidal intent.»<sup>159</sup> En effet, le représentant du Royaume-Uni dans la Sixième Commission de l'Assemblée générale a proposé que le mot «intentionnelle» soit inclus dans le texte de la convention avant le mot «complicité», en expliquant qu'il est important de spécifier que la complicité doit être délibérée parce que dans certains systèmes juridiques la complicité est punissable sans que l'intention requise pour le crime soit établie. Cependant, les représentants de plusieurs Etats déclaraient que cette précision semblait superflue car le caractère intentionnel de la complicité dans le génocide n'a jamais été mis en doute. Le Royaume-Uni a finalement retiré sa proposition puisqu'il a été clarifié que la complicité dans le génocide afin d'être punissable doit être délibérée, intentionnelle<sup>160</sup>.

8. Ainsi, aucun doute ne subsiste que la complicité du génocide (*aiding and abetting genocide*) n'est qu'une construction du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui lui a permis de condamner le général Krstic bien que le Tribunal ait conclu que celui-ci n'a pas eu d'intention

---

<sup>158</sup> TPIY, *Le procureur c. Radoslav Krstic*, affaire n° IT-98-36-A, arrêt, 19 avril 2004, par. 142, note de bas de page 245.

<sup>159</sup> *Ibid.*, par. 142.

<sup>160</sup> Nations Unies, doc. A/C.6/236 & corr. 1; doc. A/C.6/SR.87.

génocidaire. Cette Cour n'est pas la Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et nous n'avons pas l'intention d'apprécier la légalité des conclusions du Tribunal, mais en aucun cas cette construction ne peut être appliquée dans cette procédure qui est fondée uniquement et exclusivement sur la convention sur le génocide qui elle demande l'intention spéciale génocidaire pour toutes les formes de la commission du crime de génocide prévues par l'article III de la convention y compris la complicité.

9. Dans sa plaidoirie, le demandeur essaie de faire la même distinction entre la complicité dans le génocide fondée sur la convention sur le génocide et la complicité du génocide qui serait fondée sur les règles générales de la responsabilité internationale de l'Etat en alléguant que : «Cette seconde forme de complicité n'est pas juridiquement fondée sur la disposition expresse de l'article III *e*) de la convention, mais sur les principes généraux du droit international de la responsabilité des Etats.»<sup>161</sup>

10. Le demandeur ne le dit pas explicitement, mais il semblerait que cette forme de l'aide et assistance serait fondée sur la règle du droit international coutumier qui est proposé dans l'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites qui dispose que :

«A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

(a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and

(b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.»<sup>162</sup>

11. En effet, il est compréhensible que le demandeur a évité de se référer à cet article. Le projet d'articles prévoit que l'aide et l'assistance doivent être fournies à un Etat ce qui ne serait pas le cas dans la présente affaire, car le demandeur lui-même allègue que dans ce cas l'auteur principal aurait été la Republika Srpska qui n'est pas un sujet du droit des gens<sup>163</sup>. Par ailleurs, la Commission du droit international requiert que l'Etat qui fournit l'aide et l'assistance sait que l'aide et l'assistance sont destinées à faciliter un fait internationalement illicite et doit avoir

---

<sup>161</sup> CR 2006/31, p. 40, par. 77.

<sup>162</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 155.

<sup>163</sup> CR 2006/31, p. 40, par. 75.

l'intention de faciliter la commission de ce fait illicite. Dans son commentaire du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites la Commission du droit international a écrit que :

«the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of the wrongful act, and must actually do so. This limits the application of article 16 to those cases where the aid or assistance given is clearly linked to the subsequent wrongful conduct. A State is not responsible for aid or assistance under article 16 unless the relevant State organ intended, by the aid or assistance given, to facilitate the occurrence of the wrongful conduct and the internationally wrongful conduct is actually committed by the aided or assisted State.»

En conséquence, les principes généraux de la responsabilité internationale de l'Etat ne libèrent pas le demandeur de son obligation de prouver une certaine intention que l'Etat aurait eue et cette intention dans la présente affaire n'a jamais été prouvée. Elle n'a pas pu être prouvée car elle n'a jamais existé.

12. En plus et le plus important, le projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites prévoit dans son article 55 que les articles de ce projet qui sont en effet une codification des principes généraux de la responsabilité internationale de l'Etat ne s'appliquent pas lorsqu'une règle spéciale régit la question de la responsabilité. L'article 55 du projet dispose que :

«These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.»<sup>164</sup>

L'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat s'applique à tous les aspects de la responsabilité de l'Etat y compris au contenu de cette responsabilité. En conséquence, si une règle internationale spéciale requiert l'intention spéciale pour que la violation de l'obligation internationale soit constituée, la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée uniquement par la violation de cette règle dans l'intention spéciale requise. La Commission du droit international a noté dans son commentaire du projet que :

«Article 55 provides that the Articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or its legal

---

<sup>164</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 356.



consequences are determined by special rules of international law. It reflects the maxim *lex specialis derogat legi generali*.»<sup>165</sup>

La convention sur le génocide est la règle primaire dans cette affaire, elle contient le droit applicable et elle contient une règle particulière concernant la complicité dans le génocide et, en conséquence, l'existence de la violation des obligations contenues dans la convention sur le génocide doit être appréciée conformément aux dispositions de cette convention y compris la question de la complicité.

13. L'intention génocidaire doit donc être établie afin qu'un Etat puisse être responsable pour des violations des articles II et III de la convention sur le génocide. Et comme l'Etat ne peut directement commettre aucun acte illicite mais il le fait par l'intermédiaire de ses organes qui sont *in fine* toujours des personnes physiques, l'intention spéciale d'une personne physique pouvant engager la responsabilité de l'Etat dirigée à la destruction en tout ou en partie d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel doit être établie afin que l'Etat puisse répondre pour les violations des articles II et III de la convention sur le génocide.

### **Conclusions**

1. Madame le président, Messieurs les juges, le génocide est souvent appelé le crime des crimes et il est le crime suprême, la négation de l'humanité même, mais il n'est pas le seul crime international sérieux. Les crimes contre l'humanité sont des crimes internationaux, massifs, systématiques et extrêmement graves. L'intention génocidaire est le seul élément qui permet de distinguer le crime de génocide des autres crimes contre l'humanité.

2. L'intention génocidaire est un élément constitutif du crime de génocide qui doit être établie afin qu'une personne physique puisse répondre pour le crime de génocide. Cette intention doit également être établie pour que l'Etat puisse répondre pour les violations de la convention sur le génocide. Le demandeur a failli à établir l'intention génocidaire des personnes pouvant engager la responsabilité de l'Etat. Le demandeur ne pouvait établir cette intention car une telle intention n'a jamais existé.

3. Ni la Serbie-et-Monténégro ni les Serbes de Bosnie n'ont eu l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Le génocide ne peut être commis

---

<sup>165</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, p. 356.

sans cette intention et il n'a pas été commis en Bosnie-Herzégovine. Les faits démontrent la réalité de ce qui s'est passé en Bosnie-Herzégovine : une guerre civile, sanglante et fratricide. Les crimes ont été commis, mais le génocide n'a pas été commis.

Madame le président, ainsi se termine ma plaidoirie.

The PRESIDENT: Je vous remercie, Maître Fauveau-Ivanović.

The Court now rises, and the session will resume at 3 o'clock this afternoon.

*The Court rose at 12 h 55 p.m.*

---