

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MAHIOU

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

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

3. *Problème des preuves en matière de génocide — Charge de la preuve — Critères qu'il convient de retenir — Apport de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et particulièrement le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie — Pouvoirs de la Cour — Article 49 du Statut et article 62 du Règlement — Critique de la position de la Cour qui refuse de mettre en œuvre les pouvoirs dont elle dispose en matière de preuve.*

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

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

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3
I. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE ET SES INCIDENCES	4-36

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* MAHIU

[Translation]

1. *Course of proceedings and related effects — Respondent's conduct and access to the Court — Chronology of events — Analysis of the Respondent's conduct — Respondent's unilateral declarations and their implications for its treaty obligations and its status with the United Nations — Issues of acquiescence and estoppel — Effects of the Respondent's conduct and the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.*

2. *State responsibility in respect of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide — Contents and scope of the travaux préparatoires — Issue of the addition of State responsibility for acts of genocide — Recognition of the civil responsibility of States — Link between the Genocide Convention and the rules of international law on responsibility.*

3. *Question of evidence with respect to genocide — Burden of proof — Criteria to be adopted — Contribution of the jurisprudence of the international criminal tribunals and particularly the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia — Powers of the Court — Article 49 of the Statute and Article 62 of the Rules of Court — Criticism of the Court's position in refusing to make use of the powers available to it with respect to evidence.*

4. *Intentional element of the crime of genocide — Definition of the intentional element — To destroy, in whole or in part, a group, as such — To destroy a national, ethnical, racial or religious group — Total or partial destruction of the Muslims of Bosnia and Herzegovina — Positive or negative definition of a group — Relevance of application to the present case — Evidence and deduction of genocidal intent — Intent of the perpetrators of acts of genocide — Genocidal intent or knowledge of such intent for accomplices — Policy of ethnic cleansing and its links to the genocide — Contribution of the jurisprudence of the international criminal tribunals.*

5. *Attributability of responsibility for the crime of genocide to the Respondent — Respondent's responsibility for acts committed by its de jure organs — Respondent's responsibility for the acts of organs of Republika Srpska regarded as de facto organs of the Respondent — Respondent's responsibility for the acts of organs of Republika Srpska in view of the control exerted over them by the Respondent — Respondent's responsibility for incitement and conspiracy to commit genocide — Respondent's responsibility for complicity in genocide.*

 TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
INTRODUCTION	1-3
I. THE COURSE OF THE PROCEEDINGS AND RELATED EFFECTS	4-36
	342

382	APPLICATION DE CONVENTION GÉNOCIDÉ (OP. DISS. MAHIU)	
A.	L'incidence du comportement du défendeur et l'accès à la Cour	8-18
1.	Chronologie	8-10
2.	Analyse de la conduite du défendeur	11-18
a)	Les implications de la déclaration unilatérale de la RFY se considérant Membre de l'Organisation des Nations Unies en tant que continuateur de l'ex-RFSY	11-12
b)	Le problème de l'acquiescement et de l' <i>estoppel</i>	13-18
B.	L'incidence du comportement du défendeur et la convention sur le génocide	19-36
1.	Chronologie	19
2.	Analyse de la conduite du défendeur	20-36
II.	LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS AU REGARD DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDÉ	37-49
A.	L'examen des travaux préparatoires de la convention sur le génocide	41-45
B.	La nature de la responsabilité des Etats	46-49
III.	LE PROBLÈME DES PREUVES	50-63
IV.	LE PROBLÈME DE L'INTENTION DANS LE CRIME DE GÉNOCIDÉ	64-91
A.	L'élément intentionnel	66-78
1.	Détruire en tout ou en partie un groupe comme tel	71-72
2.	Un groupe national, ethnique, racial ou religieux	73-78
B.	La déduction de l'intention génocidaire	79-91
1.	La preuve de l'élément intentionnel	81-82
2.	Le nettoyage ethnique	83-85
3.	La jurisprudence du TPIY	86-91
V.	LE PROBLÈME DE L'IMPUTABILITÉ AU DÉFENDEUR DE LA RESPONSABILITÉ POUR ACTES DE GÉNOCIDÉ	92-129
A.	La responsabilité du défendeur pour les actes commis pas ses organes <i>de jure</i>	94-100
B.	La responsabilité du défendeur pour les actes des organes de la Republika Srpska	101-117
1.	Les organes de la Republika Srpska considérés comme des organes <i>de facto</i> du défendeur	102-111
2.	Le contrôle exercé par le défendeur sur les organes de la Republika Srpska	112-117
C.	La responsabilité du défendeur pour les autres actes liés au génocide	118-122
D.	L'aide ou l'assistance du défendeur pour la commission du génocide	123-129

—

APPLICATION OF GENOCIDE CONVENTION (DISS. OP. MAHIU)	382
A. The effects of the Respondent's conduct and access to the Court	8-18
1. Chronology	8-10
2. Analysis of the Respondent's conduct	11-18
(a) The implications of the FRY's unilateral declaration regarding membership of the United Nations as the continuator State of the former SFRY	11-12
(b) The issues of acquiescence and estoppel	13-18
B. The effects of the Respondent's conduct and the Genocide Convention	19-36
1. Chronology	19
2. Analysis of the Respondent's conduct	20-36
II. STATE RESPONSIBILITY IN RESPECT OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE	37-49
A. An examination of the <i>travaux préparatoires</i> for the Genocide Convention	41-45
B. The nature of State responsibility	46-49
III. THE QUESTION OF EVIDENCE	50-63
IV. THE PROBLEM OF INTENT IN THE CRIME OF GENOCIDE	64-91
A. The intentional element	66-78
1. To destroy, in whole or in part, a group, as such	71-72
2. A national, ethnical, racial or religious group	73-78
B. Deduction of genocidal intent	79-91
1. Evidence of genocidal intent	81-82
2. Ethnic cleansing	83-85
3. The case law of the ICTY	86-91
V. THE ISSUE OF THE ATTRIBUTABILITY OF ACTS OF GENOCIDE TO THE RESPONDENT	92-129
A. The responsibility of the Respondent for acts committed by its <i>de jure</i> organs	94-100
B. The responsibility of the Respondent for the acts of organs of the Republika Srpska	101-117
1. The organs of the Republika Srpska regarded as <i>de facto</i> organs of the Respondent	102-111
2. The control exerted by the Respondent over the organs of the Republika Srpska	112-117
C. The responsibility of the Respondent for other acts related to genocide	118-122
D. Aid or assistance provided by the Respondent in the commission of genocide	123-129

INTRODUCTION

1. Par-delà le terrible drame qu'elle représente — puisque les Parties en cause admettent qu'environ 100 000 personnes ont péri dans des conditions généralement très cruelles auxquelles s'ajoutent des séquelles physiques et psychologiques d'une ampleur indicible — l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* est sans doute l'affaire la plus importante, la plus complexe et la plus difficile soumise à la Cour internationale de Justice. Elle s'est déjà singularisée sur le plan procédural, car cela fait maintenant quatorze ans que l'affaire est devant la Cour et les débats sur le fond n'ont cessé d'être retardés par un combat de procédure sans égal; toutes les ressources possibles et imaginables ont été mises en œuvre et exploitées au-delà même de ce que le Statut de la Cour pouvait légitimement offrir; il apparaît donc opportun de revenir sur le déroulement de la procédure et le comportement du défendeur. Elle se singularise également par le volume des écritures, des plaidoiries et des témoignages. Elle se singularise surtout par le fait que c'est la première fois que la Cour est saisie pour se prononcer sur l'accusation de génocide et ses conséquences, le génocide étant considéré comme le plus terrible des crimes que l'on puisse imputer aussi bien à un individu qu'à un Etat comme en l'espèce. Cette affaire permet à la Cour de mettre en œuvre la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et d'en interpréter la plupart des dispositions dont certaines ont suscité d'importants débats sur la signification et la portée qu'il convenait de leur donner¹. Au demeurant, c'est en évoquant le génocide dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* que la Cour est sortie de ses hésitations et réserves à l'égard du *jus cogens*, en déclarant expressément que la norme interdisant le génocide constituait assurément une norme impérative du droit international (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 31-32, par. 64).

2. L'importance, la complexité et la difficulté concernent aussi et surtout le fond de l'affaire comme le montre d'ailleurs la longueur de l'arrêt de la Cour dont la plupart des développements pourraient appeler des observations afin d'exprimer l'accord ou le désaccord concernant tel ou tel aspect des constats faits, du raisonnement adopté et des conclusions auxquelles elle est parvenue. Il ne m'a pas semblé opportun ou pertinent d'aller dans ce sens; à mon humble avis, l'opinion d'un juge, même si elle est dissidente, n'a pas pour objet de s'engager dans des développements substantiels excessivement longs, de procéder à un réexamen et à une réévaluation de chacun des points abordés par la Cour et de reconstruire en quelque sorte un autre arrêt; il s'agit plutôt de mettre l'accent sur

¹ La Cour dément ainsi l'opinion d'un auteur qui a affirmé un peu trop hâtivement ce qui suit: «La convention sur le génocide est inutile lorsqu'elle est applicable et inapplicable lorsqu'elle est nécessaire.» (G. Schwarzenberger, *International Law*, vol. 1, 3^e éd., 1957, p. 143.) [Traduction du Greffe.]

INTRODUCTION

1. Beyond the terrible human tragedy that it represents, as the Parties in dispute admit that some 100,000 individuals lost their lives in usually very cruel circumstances, while others were left with an unspeakable range of physical and psychological scars, the *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* case is probably the most important, the most complex and the most difficult one ever to come before the International Court of Justice. It is exceptional just in terms of proceedings, as the case has been before the Court for over 14 years now and the hearings on the merits were constantly put back by an unparalleled procedural battle; all possible and conceivable means have been called upon and exploited beyond the point of what the Court's Statute might legitimately permit; it therefore seems appropriate to review the course of the proceedings and the conduct of the Respondent. It is also exceptional for the volume of written arguments, pleadings and testimony. It is exceptional above all in that it is the first time that the Court has been seised to adjudicate on an accusation of genocide and its consequences, given that genocide is considered to be the worst crime of which either an individual or a State, as in the present instance, can be accused. This case has allowed the Court to apply the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and to interpret most of its provisions, some of which have given rise to considerable debate as to their meaning and the scope which should be attributed to them¹. It was incidentally in its reference to genocide in the *Armed Activities on the Territory of the Congo* case that the Court put to one side its hesitations and reservations regarding the *jus cogens*, by expressly asserting that the rule prohibiting genocide assuredly constituted a peremptory norm of international law (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2006*, pp. 31-32, para. 64).

2. The importance, complexity and difficulty also and especially extend to the merits of the case, as is evidenced by the length of the Court's Judgment, most of the considerations of which could be commented upon to express agreement or dissent regarding one aspect or another of the assertions made, the reasoning used and the findings arrived at. I did not, however, regard it as appropriate or relevant to do so; I humbly submit that the purpose of a judge's separate opinion, even a dissenting one, is not to engage in excessively lengthy considerations of substance, to undertake a re-examination and re-appraisal of each of the points addressed by the Court and to put together, as it were, another Judgment; the aim is rather to focus on a number of key elements in the Court's approach in

¹ The Court has thus contradicted the opinion of one author who rather rashly asserted the following: "The Genocide Convention is unnecessary when applicable and inapplicable when necessary" (G. Schwarzenberger, *International Law*, Vol. 1, 3rd ed., 1957, p. 143).

quelques points fondamentaux de la démarche de la Cour pour indiquer les motifs de fait et de droit qui font que l'on peut adhérer ou ne pas adhérer à tout ou partie de son argumentation et de ses conclusions. Il me semble notamment que cette affaire de génocide, par la nouveauté et la singularité des problèmes posés devant la Cour, a révélé non seulement des insuffisances dans la démarche retenue mais peut-être aussi les limites de l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour. Alors même que la Cour s'estime pleinement apte à trancher toutes les questions difficiles et complexes entourant une allégation de crime de génocide, elle n'a pas entendu se donner réellement les moyens d'accomplir cette mission. La présente opinion a essentiellement pour but, d'une part, de faire état de la manière dont je vois certains aspects des problèmes évoqués par la Cour même lorsque je ne suis pas en désaccord avec les solutions retenues, d'autre part, d'indiquer et d'expliquer, avec tout le respect que je dois à la Cour, les points de désaccord sur l'approche qu'elle a retenue dans l'accomplissement de sa fonction judiciaire et sur les principales conclusions auxquelles elle est parvenue.

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

I. LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE ET SES INCIDENCES

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

5. De 1992 jusqu'à 2000, la République fédérative de Yougoslavie (ci-après RFY) affirmait être le seul État «continuateur» de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY), et elle a constamment sou-

order to identify the points of fact and of law which may lead one to agree or disagree with all or part of its reasoning and findings. For example, it would appear that the novelty and singularity of the issues raised for the Court by this genocide case have revealed not only shortcomings in the approach adopted, but possibly also the limits to the exercise of the Court's judicial functions. While the Court holds itself to be fully competent to settle all the difficult and complex issues surrounding an allegation of genocide, it did not see fit to provide itself with the real means to carry out such a task. The aim of this opinion is essentially, on the one hand, to record my views on certain aspects of the issues raised by the Court, even where I do not disagree with the solutions applied, and, on the other hand, to indicate and explain, with all due respect for the Court, my points of contention as regards the approach it adopted in performing its judicial function and the major findings at which it has arrived.

3. As indicated above, I do not intend to address all the issues which could legitimately be raised by each of the points considered by the Court, or even a majority of them; the present opinion will be confined to a few major points which, to my mind, constitute the crux of the problem. It is true, nevertheless, that a great many of the issues are linked more or less solidly to each other and a response to one often implies, explicitly or implicitly, a response to the other; this allows for a leaner elucidation of the arguments which follow, addressing in turn the course of the proceedings, State responsibility in respect of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the question of evidence, the problem of intent in the crime of genocide and the issue of the attributability of the crime of genocide and related acts to the Respondent.

I. THE COURSE OF THE PROCEEDINGS AND RELATED EFFECTS

4. Although it is the Respondent's prerogative to draw on all the possibilities afforded by the Court's Statute and Rules to assert its point of view, I believe it is worthwhile, in this case, to review the course of the proceedings, as the Court was obliged to rule several times on its jurisdiction, after having established it 11 years earlier in 1996. Given that the course of these proceedings was dominated by the Respondent's initiatives, a review of its conduct and all the resulting implications will be instructive.

5. From 1992 to 2000, the Federal Republic of Yugoslavia (hereinafter the FRY) claimed to be the only continuator State of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) and consistently maintained

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

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

«n'était pas partie au Statut et n'avait pas qualité pour ester devant la Cour lorsque la requête a été introduite ... le défendeur n'a jamais

that it was bound by all the international commitments entered into by the former SFRY. It regarded itself as a Member of the United Nations and thus a party to the Statute of the Court, and certainly did not hesitate to use the right of access to the Court that is granted by the Statute. As the respondent State in the present case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, the FRY disputed the Court's jurisdiction, but on grounds other than Article IX of the Genocide Convention; not only did it take part in the proceedings by submitting requests for the indication of provisional measures in response to the requests filed by Bosnia and Herzegovina in 1993 and by raising preliminary objections in 1995, but it filed counter-claims in 1997. The FRY also appeared before the Court as an Applicant; on 29 April 1999 it filed ten Applications concerning NATO Member States. Finally, the FRY is the Respondent in another case pending before the Court, having been accused in the Application filed by Croatia on 2 July 1999 of violations of the Genocide Convention.

6. In September 2000, Mr. Koštunica won the presidential election and the democratic opposition implemented a change of régime in Serbia and Montenegro. The new Government of Serbia and Montenegro then decided to alter its position concerning the automatic continuation of the legal personality of the former SFRY, its membership of the United Nations and its status as a party to the Court's Statute and to the Genocide Convention. Consequently, it applied for admission to the United Nations as a new Member, eight years after the Security Council and General Assembly resolutions encouraging it to do so. The FRY was admitted to the United Nations on 1 November 2000. Subsequently, the FRY adopted a completely different attitude from the one held before that date, stating that it had discovered *a posteriori* that prior to 1 November 2000 it had not been a Member of the United Nations and, consequently, had not been a party to the Court's Statute or to the Genocide Convention. Thus on 23 April 2001, the Respondent filed an Application seeking revision of the Judgment of 11 July 1996 on the Preliminary Objections (in which the Court established its jurisdiction under Article IX of the Genocide Convention), on the grounds that its admission to the United Nations on 1 November 2000 unequivocally demonstrated that it had not been a party to the Statute of the Court or to the Genocide Convention before that date. On 4 May 2001, it submitted an Initiative to the Court to reconsider *ex officio* jurisdiction in the present case, which was based on the same arguments to challenge the Court's jurisdiction. Similarly, in its oral arguments in 2006, Serbia and Montenegro defended the position that it

“was not a party to the Statute, and had no access to the Court when the Application was submitted . . . the Respondent never became

été lié par l'article IX de la convention sur le génocide. La Serbie-et-Monténégro n'a pas consenti à la compétence de votre éminente Cour en l'espèce.» (CR 2006/12, p. 47, par. 1.11.)

7. Rappelons que l'Etat, personne morale, ne voit pas son identité atteinte par la substitution dans la personne et l'orientation de ses gouvernants. Et bien évidemment, le prétoire de la Cour n'est pas ouvert à des gouvernements mais à des Etats. D'autre part, le droit international attache des conséquences juridiques à certaines manifestations de la volonté unilatérale des Etats. Ainsi, la reconnaissance de situation, la notification, l'acquiescement, le comportement d'un Etat dans un procès sont autant de sources d'obligations pour les Etats dont elles émanent. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice a attaché à plusieurs reprises des conséquences juridiques au comportement des Etats. (*Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, C.I.J. Recueil 1960*, p. 213, «le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence»); *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), C.I.J. Recueil 1962*, p. 32, («que la Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte».) Si la Cour a déjà eu l'occasion de dire que

«[i]l est assurément insolite que l'Etat qui a introduit une demande en présentant une requête vienne contester la juridiction de la Cour à laquelle il s'est volontairement adressé» (*Or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 28),

la Serbie-et-Monténégro est allée bien plus loin et a adopté des positions qui contredisent ce qu'elle avait antérieurement admis, explicitement ou tacitement, dans la présente affaire. Ce changement d'attitude de la Serbie-et-Monténégro concernant la compétence de la Cour, à travers la remise en cause de son appartenance à l'Organisation des Nations Unies et de ses obligations vis-à-vis de la convention sur le génocide, soulève de multiples problèmes qui méritent que l'on s'y arrête.

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

1. *Chronologie*

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

«La position adoptée par l'ancien gouvernement de la RFY a été en substance la suivante: nous avons gardé le cap. Nous sommes

bound by Article IX of the Genocide Convention. Serbia and Montenegro did not consent to the jurisdiction of this honoured Court in this case.” (CR 2006/12, p. 47, para. 1.11.)

7. It should be pointed out that the identity of the State, as a legal person, is not affected by changes in the stance and composition of its rulers. And of course the Court is not open to governments, but to States. Moreover, international law attributes legal consequences to certain manifestations of the unilateral will of States. Hence the acknowledgment of the situation, notification, acquiescence and conduct of a State during proceedings all give rise to obligations for the States concerned. The jurisprudence of the International Court of Justice has attributed legal consequences to State conduct on a number of occasions: *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906*, *I.C.J. Reports 1960*, p. 213, “Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award”; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 32, “that Thailand is now precluded by her conduct from asserting that she did not accept it”. Although the Court had already had reason to observe that

“[i]t is indeed unusual that a State which has submitted a claim by the filing of an Application should subsequently challenge the jurisdiction of the Court to which of its own accord it has applied” (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Preliminary Question (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 28),

Serbia and Montenegro went a great deal further, adopting positions which contradicted what it had previously accepted, expressly or tacitly, in the present case. This change of attitude by Serbia and Montenegro concerning the Court’s jurisdiction, by challenging the country’s membership of the United Nations and its obligations under the Genocide Convention, raises many issues which deserve our attention here.

A. *The Effects of the Respondent’s Conduct and Access to the Court*

1. *Chronology*

8. The FRY had consistently maintained that it was the continuator State of the former SFRY and thus a Member of the United Nations, a position very well described by Serbia and Montenegro in the course of the oral proceedings of 2006:

“The essence of the position taken by the former Government of the FRY was the following: we stayed on course. We are a founding

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

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

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

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

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

Member of the United Nations. We remained a Member of the United Nations, and a party to international conventions continuing the personality of the former Yugoslavia. We remained the same State from which others have tried to secede (or did secede). Hence, our admission to the United Nations is beside the point, and no scrutiny under Article 4 of the Charter is needed, since we never ceased to be a Member. Due to continuity, we remained a Member of the United Nations, and we remained a party to the treaties to which the SFRY was a party.” (CR 2006/12, p. 53, para. 1.33.)

9. When the Federal Republic of Yugoslavia was proclaimed on 27 April 1992, a formal declaration was adopted in its name, whereby:

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

The intention thus expressed by the FRY to abide by the international treaties to which the former Yugoslavia had been a party was confirmed in an official Note dated 27 April 1992 addressed to the Secretary-General by Yugoslavia’s Permanent Mission to the United Nations (United Nations, doc. A/46/915, Ann. I). In the present case, it continued to take numerous and repeated initiatives attesting to its full participation. For example:

- on 1 April 1993 and 9 August 1993, in its written observations on the provisional measures requested by Bosnia and Herzegovina, the FRY made its own requests for the indication of provisional measures;
- on 26 June 1995, the FRY raised preliminary objections regarding the admissibility of the Application and the Court’s jurisdiction, but none of those objections concerned the issue of access to the Court, the acceptance by the FRY of the Court’s jurisdiction or its status as a party to the Genocide Convention;
- on 23 July 1997, the FRY filed its Counter-Memorial in which it submitted counter-claims;
- on 26 April 1999, the FRY made a declaration recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory by virtue of Article 36, paragraph 2, of the Court’s Statute;
- on 29 April 1999, the FRY submitted Applications instituting proceedings against ten NATO Member States, in each of which it based the jurisdiction of the Court on Article IX of the Genocide Convention and specified in its request for the indication of

cation de mesures conservatoires qu'elle est bien Membre des Nations Unies;

— le 20 avril 2001, la RFY retire ses demandes reconventionnelles à l'encontre de la Bosnie-Herzégovine.

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

2. Analyse de la conduite du défendeur

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

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

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

² La présidence de Bosnie-Herzégovine est collégiale avec trois membres (un Bosniaque, un Croate et un Serbe) présidant à tour de rôle.

³ Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, rapport de la CDI sur sa cinquante-deuxième session, supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 93, note 165.

provisional measures that it was indeed a Member of the United Nations;

— on 20 April 2001, the FRY withdrew its counter-claims against Bosnia and Herzegovina.

10. However, alongside these procedural measures, other far more problematic initiatives were to be taken. Thus in June 1999, the Serb member of the joint Presidency of Bosnia and Herzegovina, taking advantage of the temporary powers conferred by the rotating chairmanship of the Presidency of Bosnia and Herzegovina², informed the Court of two decisions: the appointment of a Co-Agent, by a letter of 9 June 1999, and Bosnia and Herzegovina's intention of discontinuing the proceedings against the FRY, by a letter of 10 June 1999. Both letters were addressed directly to the Court instead of being sent via the original Agent who had represented Bosnia and Herzegovina until that point, who on 14 June 1999 informed the Court that no decision had been taken to discontinue the proceedings; on 15 June 1999, the FRY hastened to accept the discontinuance, while the same original Agent of Bosnia and Herzegovina intervened again, on 21 June 1999, to reiterate that no decision to discontinue the case had been made. A further development took place on 3 September 1999, when the FRY informed the Court that it had agreed with the Bosnian Serb President of Bosnia and Herzegovina to put an end to the proceedings. On 15 September 1999, the new President of Bosnia and Herzegovina exposed to the Court the joint manoeuvring of the FRY and the Bosnian Serb President of Bosnia and Herzegovina, indicating that there had never been any decision to discontinue proceedings or to appoint a Co-Agent in the case.

2. *Analysis of the Respondent's conduct*

(a) *The implications of the FRY's unilateral declaration regarding membership of the United Nations as the continuator State of the former SFRY*

11. The International Law Commission's Special Rapporteur on the unilateral acts of States has tabled for discussion a draft article worded as follows to define a unilateral act:

“an unequivocal expression of will which is formulated by a State with the intention of producing legal effects in relation to one or more other States or international organizations, and which is known to that State or international organization”³.

² The Presidency of Bosnia and Herzegovina is a joint institution comprising three members (one Bosniak, one Croat and one Serb), with a rotating chair.

³ Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-second Session, *Official Records of the General Assembly, Supplement No. 10 (A/55/10)*, p. 88, footnote 165.

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

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

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

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

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

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

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

It is generally accepted that diplomatic conduct engages the State, and the Court acknowledges that certain declarations define the attitude of a State in such a way that it is not at liberty to change that attitude subsequently. In the *Nuclear Tests* case, the Court adopted the following position:

“It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding.” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 267, para. 43.)

12. Thus the declaration made by the Government of the FRY on 27 April 1992, confirmed by the official Note to the Secretary-General of the United Nations of the same date, in which it undertook to comply with the international treaties to which the former Yugoslavia was a party, is indeed a unilateral expression of will, attributable to the FRY and intentionally designed to produce legal effects. Moreover, “to have legal effect, there was no need for these statements to be addressed to a particular State, nor was acceptance by any other State required” (*ibid.*, p. 269, para. 50); Bosnia and Herzegovina’s position with regard to a unilateral act undertaken by the FRY normally has no bearing on its legal effects.

(b) *The issues of acquiescence and estoppel*

13. While estoppel and acquiescence both flow from the general principle of good faith, what sets estoppel apart from acquiescence, strictly speaking, is the element of detriment or prejudice caused by the change in attitude of one State towards another State.

14. The *Dictionnaire de droit international public* thus defines acquiescence as: “Consent held to be given by a State in view of its (active or passive) conduct with respect to a given situation”⁴. According to the Court, acquiescence is “equivalent to tacit recognition manifested by unilateral conduct which the other party may interpret as consent” (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine (Canada/United*

⁴ J. Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, 2001, p. 21.

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

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

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

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

⁵ H. Das, «L'estoppel et l'acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles», *Revue belge de droit international*, 1997, vol. 30, p. 619.

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

⁷ H. Das, *op. cit.*, 1997, vol. 30, p. 622.

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

States of America), *Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130). For a State to be bound by its passivity, certain elements are required, mere silence on its own not appearing sufficient to engage a State — it must be a “qualified silence”: “if a State, which is aware of the claims of an opposing party, refrains from reacting during a certain period of time, despite its interest and in spite of the opportunities allowing for a reaction, it may reasonably be assumed that it intends itself to be engaged”⁵.

15. In the instant case, the fact that the FRY submitted a request for provisional measures, then made counter-claims in its Counter-Memorial (declared admissible by the Court in its Order of 17 December 1997)⁶ attested to active conduct manifesting its right to appear before the Court. The fact that preliminary objections were filed concerning the admissibility of the Application and the Court’s jurisdiction with respect to Bosnia and Herzegovina, but not one about the jurisdiction of the Court over the FRY or its right of access to the Court, was also highly significant; whereas one might legitimately have expected the Respondent to raise all the preliminary objections which might have moved the Court to acknowledge a lack of jurisdiction, as this was the “opportunity for protest to be lodged”⁷, the FRY did not take advantage of such an opportunity. Thus the fact that the issue of access to the Court was not raised during eight years of proceedings, when it was in the Respondent’s interest to advance such an argument, is an element demonstrating the Respondent’s acquiescence and evidence that at that time the FRY had no doubt about its status as a party to the Court’s Statute. That acquiescence was of an active rather than a passive variety, as the FRY effectively used its right of access to the Court, not just by participating in proceedings, but also by submitting its own counter-claims in the present case, as well as ten Applications instituting procedure in 1999 (*Legality of the Use of Force*).

16. According to the *Dictionnaire de droit international public*, estoppel is:

“a peremptory objection, often viewed as a procedural objection, preventing a State party to proceedings from asserting a claim or submitting an argument which contradicts its earlier conduct or a position taken previously on which a third party legitimately relied”⁸.

⁵ H. Das, “L’estoppel et l’acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles”, *Revue belge de droit international*, 1997, Vol. 30, p. 619.

⁶ Article 80 of the Rules of Court indicates that a counter-claim can only be heard if “it comes within the jurisdiction of the Court”.

⁷ H. Das, *op. cit.*, 1997, Vol. 30, p. 622.

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

L'*estoppel* (ou principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui) est reconnu expressément par la jurisprudence nationale en matière d'arbitrage international⁹. Même si la jurisprudence internationale qui s'est penchée sur la question de l'*estoppel* n'est pas abondante, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de se prononcer parfois sur ce principe, et d'énoncer les conditions permettant de l'invoquer (*Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêts, C.I.J. Recueil 1969, p. 26; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 309; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 415; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Honduras c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 213). Elle a eu l'occasion de préciser que

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

17. En retenant les trois éléments de l'*estoppel* identifiés habituellement par la doctrine¹⁰ (un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques; une confiance effective, légitime et de bonne foi d'un autre sujet sur cette déclaration ou ce comportement, l'ayant incité à un comportement de sa part; un dommage résultant de la confiance ou un changement des positions relatives des parties), il ne fait guère de doute, dans les circonstances de l'espèce, que les conditions seraient réunies pour invoquer l'*estoppel*. Contrairement aux prétentions de la RFY disant qu'elle ne pouvait pas faire valoir, en 1993 ou en 1996, les objec-

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

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

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

Estoppel (or the principle of a bar on contradicting oneself to the detriment of another) is expressly acknowledged by national case law concerning international arbitration⁹. Although international jurisprudence focused on the issue of estoppel is not very plentiful, the International Court of Justice has already had the opportunity to find at times with respect to this principle, and to set forth the conditions in which it can be invoked (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, *Judgments*, *I.C.J. Reports* 1969, p. 26; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 309; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 415; *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1960, p. 213). It had the opportunity to explain that:

“estoppel may be inferred from the conduct, declarations and the like made by a State which not only clearly and consistently evinced acceptance by that State of a particular régime, but also had caused another State or States, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 1984, p. 415, para. 51).

17. Based on the three elements of estoppel usually acknowledged by the doctrine¹⁰ (clear and unequivocal initial conduct or declarations; effective and legitimate reliance in good faith on such conduct or declarations by the other party dictating its own conduct; detriment resulting from that reliance or a change in the relative positions of the parties), there can be no doubt, in the context of the current case, that the conditions exist to invoke estoppel. Unlike the FRY's claims according to which it could not have presented, in 1993 and 1996, the objections to jurisdiction which it now raises, nothing stopped it from raising them at

⁹ Thus, for example, the First Civil Chamber of France's Cour de Cassation in a judgment dated 6 July 2005 found inadmissible “in virtue of the principle of estoppel” that a claimant of arbitration subsequently disputes the existence of the arbitration agreement on which he had previously based himself without any reserves in order to submit his claim:

“Mr. X ... who himself initiated arbitration before the Iran-US Claims Tribunal and who participated in the arbitral proceeding, without any reserve, for more than nine years, is not permitted, pursuant to the principle of estoppel, to then bring a contradictory claim that the Tribunal ruled upon the matter without an arbitration agreement or based on a void agreement, because there was no binding arbitration agreement ...” (Ch. Civ. 1, 6 July 2005, *Bulletin* 2005 I, No. 302, p. 252, translation by White & Case LLP.)

¹⁰ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, 2000, pp. 360 *et seq.*

tions à la compétence qu'elle soulève à présent, en réalité rien n'empêchait celle-ci de les soulever, puisqu'elle a bien soulevé la question du *locus standi* de la Bosnie-Herzégovine, et qu'elle savait que son statut de Membre de l'Organisation des Nations Unies était l'objet d'un vif débat, ce qui aurait dû l'inciter à mettre en œuvre les voies et moyens d'y remédier.

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

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

1. Chronologie

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

- le 1^{er} avril 1993, dans ses observations écrites présentées à la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires, le Gouvernement de la RFY recommande également à la Cour l'indication de

that time, since it referred to the issue of Bosnia and Herzegovina's *locus standi* and it knew that its status as a Member of the United Nations was the subject of heated debate, which should have prompted it to take the necessary measures to remedy the situation.

18. Nevertheless, note should also be taken of the ambiguity of the Applicant's position on the FRY's membership of the United Nations as the continuator State of the SFRY. Indeed, at the same time as it was disputing the FRY's claim to be the continuator of the SFRY and to remain a Member of the United Nations, Bosnia and Herzegovina filed for proceedings against that same State before the International Court of Justice. True, in the context of the period, that contradiction can be explained or even laid aside, given that what it disputed was that the FRY was the sole continuator State and should not benefit from a more advantageous status than the other successor States; Bosnia and Herzegovina was of the opinion that all the States concerned should be treated equally as successor States and that each of them should apply for admission to the United Nations. In other words, a distinction should be made between the political action carried out before the authorities of the United Nations at the time and the legal action before the Court, especially as the status of the FRY relative to the United Nations was highly complex throughout the period and Bosnia and Herzegovina wished to safeguard its rights for the future *vis-à-vis* the FRY, which continued to refuse to ask for a clarification of its position. However it may be, it appears neither reasonable nor equitable for the Respondent to benefit now from an attitude that it retroactively characterizes as erroneous, and to claim that it had no access to the Court at the time when the Application was filed. The principle of good faith requires States and their agents to act in a fair way in compliance with the law in the fulfilment of their undertakings.

B. The Effects of the Respondent's Conduct and the Genocide Convention

1. Chronology

19. As we have just seen, throughout the proceedings until 2000, Yugoslavia continued to maintain that it was bound by the Genocide Convention, both in its implicit and explicit acceptance of the Court's jurisdiction on the basis of Article IX of the Genocide Convention and in its refusal of all the other grounds for jurisdiction put forward by the Applicant:

- on 1 April 1993, in its Written Observations submitted to the Court regarding the Request for the indication of provisional measures, the Government of the FRY also advised the Court to indicate provi-

mesures conservatoires, et déclare qu'il «n'accepte pas la compétence de la Cour pour connaître d'une revendication quelle qu'elle soit du demandeur sortant du cadre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide»;

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

2. Analyse de la conduite du défendeur

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

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

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

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

sional measures and stated that it “does not accept the competence of the Court in any request of the Applicant which is outside the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”;

- one of the counsel for the FRY declared at the public sitting of 2 April 1993: “The Federal Republic of Yugoslavia does not consent to any extension of the jurisdiction of the Court beyond what is strictly stipulated within the Convention itself” (CR 93/13, p. 16);
- this position was confirmed on 23 August 1993, when, in its Written Observations, the FRY noted: “It is obvious that, by requiring provisional measures on 1 April 1993, the intention of the FR of Yugoslavia was not to accept the jurisdiction of the Court whatsoever, or to an extent beyond what is strictly stipulated in the Genocide Convention”;
- the Agent of the FRY referred on 26 August 1993 to “our dispute over the implementation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (CR 93/34, p. 16);
- in the Dayton Agreement, which entered into force on 14 December 1995, the parties committed themselves to respect and uphold the rights and freedoms established in a number of international agreements, including the Genocide Convention¹¹.

2. *Analysis of the Respondent’s conduct*

20. Since the FRY submitted that it only accepted the Court’s jurisdiction within the scope of the Genocide Convention, its conduct in acknowledging itself as a party to the Convention and accepting the Court’s jurisdiction on that one basis alone can be viewed as active and unequivocal. Such conduct can now be held against it, and it cannot deny it without undermining the principle of good faith. In fact, on 1 April 1993 and 23 August 1993 the FRY even requested the indication of provisional measures and asked the Court to instruct Bosnia and Herzegovina to respect its obligations regarding the Genocide Convention, and immediately to take all the necessary measures to prevent the commission of genocide on the Serbs. Since that date, Bosnia and Herzegovina has based itself upon Article IX of the Genocide Conven-

¹¹ Article 1 of the first chapter of Annex 6 in the Paris-Dayton Agreement states:

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

That Appendix, entitled “Human Rights Agreements”, lists the agreements, with in first place the “1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”.

l'article IX de la convention sur le génocide comme «unique base de compétence», puisque cette base ne faisait plus aucun doute.

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

22. La théorie du *forum prorogatum* consiste d'une part «dans une extension de la compétence du juge international ... [et, d'autre part,] le *forum prorogatum* peut être considéré comme un *substitut de la saisine du juge international*»¹². La première signification de la théorie est sans intérêt dans l'affaire en cause¹³, par contre la deuxième signification qui consiste à ce qu'un Etat accepte «la compétence d'une juridiction internationale institutionnalisée, telle que la Cour internationale de Justice, postérieurement à la saisine ... par des actes concluants impliquant une acceptation tacite»¹⁴, trouve largement application dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*. La Cour a eu l'occasion d'accepter la substance du *forum prorogatum* à plusieurs reprises (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 28; *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 114; *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt n° 5, 1925, C.P.J.I. série A n° 5, p. 27-28). La Cour avait considéré dans l'affaire *Haya de la Torre* que plaider sur le fond de l'affaire vaut acceptation tacite de sa compétence:

«Elles [les Parties] ont discuté au fond toutes les questions soulevées à celle-ci et n'ont rien objecté contre une décision au fond. Cette attitude des Parties suffit à fonder la compétence de la Cour.» (*Haya de la Torre (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 78.)

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

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

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

tion as the “only ground for jurisdiction”, since there was no further doubt about it.

21. All the elements for estoppel exist in the instant case, as, first, the FRY’s statements were clear, precise and repeated over time. Second, the effective reliance on good faith of the Applicant as regards the Respondent’s position with respect to the Genocide Convention prompted it to limit itself to that Convention as the basis for the Court’s jurisdiction. Third, Bosnia and Herzegovina would suffer material and moral prejudice as a result of the Respondent’s change of attitude. Consequently, the Respondent, having acquiesced to the fact that it was a party to the Genocide Convention and acknowledged the jurisdiction of the Court on this ground, is bound by its conduct and logically estoppel bars it from making any contrary claim, especially as another consideration applies linked to the notion of *forum prorogatum*.

22. The theory of *forum prorogatum* consists on the one hand “of an extension of the jurisdiction of an international court . . . and, on the other, *forum prorogatum* can be regarded as a *substitute for seisin of an international court*”¹². The first meaning of the theory is of little relevance to the case at hand¹³, but the second, by which a State “accepts the jurisdiction of an established international court such as the International Court of Justice after the seisin . . . by conclusive acts implying tacit acceptance”¹⁴ can be broadly applied in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. The Court has had reason to accept the substance of the *forum prorogatum* theory on several occasions (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Preliminary Objection, Judgment, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 28; *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 114; *Mavrommatis Jerusalem Concessions, Judgment No. 5, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 5*, pp. 27-28). In the *Haya de la Torre* case, the Court held that submitting arguments on the merits of the case was equivalent to tacit acceptance of its jurisdiction:

“All the questions submitted to it have been argued by them [the Parties] on the merits, and no objection has been made to a decision on the merits. This conduct of the Parties is sufficient to confer jurisdiction on the Court.” (*Haya de la Torre (Colombia/Peru)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 78.)

¹² Ch. Rousseau, “Le règlement judiciaire”, *Droit international public*, Vol. V, Sirey, 1983, p. 398.

¹³ The issue of extending the Court’s jurisdiction was raised in the requests for the indication of provisional measures submitted by the FRY, certain of which went beyond the framework of the Genocide Convention. The Court, however, did not uphold that argument.

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

Et dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, la Cour a dit :

«Pour pouvoir s'appliquer en l'espèce, le principe du *forum prorogatum* devrait être fondé sur quelque acte ou déclaration du Gouvernement de l'Iran impliquant un élément de consentement à l'égard de la compétence de la Cour» (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 114);

en l'espèce cet élément faisant défaut, c'est donc à juste titre que la Cour s'est déclarée incompétente. Ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire.

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

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

«Considérant que la Cour, dans son ordonnance du 8 avril 1993, a estimé que l'article IX de la convention sur le génocide, à laquelle le demandeur et le défendeur sont parties, semblait

«constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée, pour autant que l'objet du différend a trait à l'«interprétation, l'application ou l'exécution» de la convention, y compris les différends «relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III» de la convention»» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 338, par. 25).

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

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

Le demandeur, dans ses plaidoiries de 2006, souligne que,

«en omettant de soulever une telle exception, la Yougoslavie a, à cet égard, accepté *de facto* la compétence de la Cour sur ce point et créé une sorte de *forum prorogatum*, que la bonne foi la plus élémentaire lui interdit de contester à nouveau aujourd'hui» (CR 2006/3, p. 19, par. 19).

In the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the Court said:

“The principle of *forum prorogatum*, if it could be applied to the present case, would have to be based on some conduct or statement of the Government of Iran which involves an element of consent regarding the jurisdiction of the Court” (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 114);

as such elements were lacking in that particular case, the Court rightly found that it had no jurisdiction. This is not so in the present case.

23. The question is what can be regarded as “conclusive acts” in the case at hand. From 1993 to 2001, the FRY did not effectively at any point dispute being a party to the Genocide Convention and acknowledged that that agreement formed the Court’s ground for jurisdiction. And the Court endorsed that position on a number of occasions.

— First in its Order of 13 September 1993:

“Whereas in its Order of 8 April 1993 the Court considered that Article IX of the Genocide Convention, to which both the Applicant and the Respondent are parties, appeared to the Court

‘to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded to the extent that the subject-matter of the dispute relates to “the interpretation, application or fulfilment” of the Convention, including disputes “relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III” of the Convention’ ” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 338, para. 25).

— Then in the 1996 Judgment on the Preliminary Objections:

“The Court observes, furthermore, that it has not been contested that Yugoslavia was party to the Genocide Convention. Thus, Yugoslavia was bound by the provisions of the Convention on the date of the filing of the Application in the present case, namely, on 20 March 1993.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 610, para. 17.)

In its 2006 oral arguments, the Applicant stressed that

“by failing to raise such an objection, Yugoslavia has in this regard accepted the *de facto* jurisdiction of the Court on this point and has established a form of *forum prorogatum*, which the most elementary dictates of good faith prevent it from again contesting today” (CR 2006/3, p. 19, para. 19).

Bien plus, comme nous l'avons vu précédemment, la RFY a reconnu ce fait publiquement à plusieurs reprises au cours des procédures, en soutenant qu'elle n'accepte la compétence de la Cour que dans les limites de la convention sur le génocide.

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

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

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

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

«Quels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe tel qu'il a été appliqué dans le domaine international, sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un Etat et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). *A fortiori*, cet Etat ne saurait être admis à profiter de ses contradictions lorsque c'est par l'effet de sa propre action fautive ou illicite que l'autre partie a été

¹⁵ R. Kolb, *op. cit.*, p. 157.

More than that, as we have seen above, the FRY publicly acknowledged this fact on a number of occasions during proceedings, contending that it only accepted the Court's jurisdiction within the confines of the Genocide Convention.

— Finally, the FRY filed counter-claims with the Court on the same basis of jurisdiction and requested the Court to declare that Bosnia and Herzegovina had committed acts of genocide on the Serb population (Counter-Memorial submitted on 23 July 1997). Although the Court did not adjudge that point, the FRY's conduct indicated that it had no objection to the continuation of proceedings on the merits and that it would thus be justified to invoke the Court's jurisdiction in the case based on the principle of *forum prorogatum*, despite the Respondent's belated challenge, which did not emerge until April 2001, when the Court rejected the Application for Revision, thereby reiterating its jurisdiction once again.

24. To conclude, the basic principle of good faith which underpins the notions of acquiescence, estoppel and *forum prorogatum* can be applied directly to the present case and give rise to law and obligations¹⁵. In his dissenting opinion in the *Arbitral Award Made by the King of Spain* case, Judge Urrutia Holguin explained very clearly that:

“The objection on the grounds of good faith which exists in almost all legal systems and which prevents a party from profiting by its own misrepresentation and which, in Anglo-Saxon law, is known as estoppel, would be applicable in the present case if it were proved that the action and behaviour of one of the States caused the other State to place reliance upon its acts of acquiescence and to believe in its renunciation of its right to dispute the validity of the award.” (*Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 222.)

Similarly, Vice-President Alfaro, in a separate opinion in the *Temple of Preah Vihear* case, said:

“Whatever term or terms be employed to designate this principle such as it has been applied in the international sphere, its substance is always the same: inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Its purpose is always the same: a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). *A fortiori*, the State must not be allowed to benefit by its inconsistency when it is through its own wrong or illegal act that the other party has been deprived of its right

¹⁵ R. Kolb, *op. cit.*, p. 157.

privée de son droit ou empêchée de l'exercer (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même: la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*).» (*Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 40.)

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

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

La première dispose:

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

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

.....

Souhaitent exprimer [dans la présente déclaration] leurs vues sur les objectifs fondamentaux, immédiats et à long terme de la politique de leur Etat commun, ainsi que sur ses relations avec les

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

or prevented from exercising it. (*Nullus commodum capere de sua injuria propria.*) Finally, the legal effect of the principle is always the same: the party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (*venire contra factum proprium non valet*).” (*Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 40.)

25. The Court’s jurisdiction must be seen in the light of the situation obtaining at the time that the Application was filed; as one author notes, “a fact is to be considered in reference to the law prevailing at the same time; to analyse according to a rule that was not in force at the time of the fact would be to attribute anachronistically retroactive effect to that rule . . .”¹⁶. The conduct of the Respondent, at the time when the Court’s jurisdiction needs to be examined, amounted to showing clear consent to be bound by the Statute of the Court and, more importantly, the Genocide Convention, in such a way as to provide all the elements to found the Court’s jurisdiction. The Applicant submitted that “the Court does not pass judgment in an ideal platonic world; its judgments are delivered at a given point in time, in specific circumstances, in the light of the information available, and at that point in time” (CR 2006/37, p. 43, para. 24). If the FRY was readmitted as a new Member of the United Nations on 1 November 2000 and changed its legal tactics, this should not have any retroactive effect on the preceding situation or on its international undertakings, *inter alia* the fact that it remained bound by the Genocide Convention, on which the Court’s jurisdiction was established at the time that the Application was made, pursuant to the rules of State succession.

26. The declaration of the Federal Republic of Yugoslavia and the official Note addressed to the Secretary-General by the Permanent Mission of Yugoslavia to the United Nations (A/46/915), both dated 27 April 1992, clearly demonstrate the intention of the FRY to present itself as the continuator of the SFRY.

The first indicated:

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

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

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

¹⁶ J. Combacau, “L’écoulement du temps”, *Le droit international et le temps*, 2001, p. 87.

anciennes républiques yougoslaves et, à cette fin, font la déclaration suivante :

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

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

La seconde énonce :

«L'Assemblée de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à la session qu'elle a tenue le 27 avril 1992, a promulgué la Constitution de la République fédérale de Yougoslavie. Aux termes de la Constitution, et compte tenu de la continuité de la personnalité de la Yougoslavie et des décisions légitimes qu'ont prises la Serbie et le Monténégro de continuer à vivre ensemble en Yougoslavie, la République fédérative socialiste de Yougoslavie devient la République fédérale de Yougoslavie, composée de la République de Serbie et de la République du Monténégro.

Dans le strict respect de la continuité de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République fédérative socialiste de Yougoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré.»

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

«d'une simple amputation de l'Etat yougoslave, lequel continuerait d'exister malgré les séparations de quatre de ses républiques. Il s'agit là d'une volonté d'appliquer le principe de variabilité constitutionnelle et territoriale de l'Etat qui permet à un sujet de droit de perdurer malgré des modifications substantielles.»¹⁷

La continuation signifie en effet que

«l'Etat reste juridiquement identique à lui-même, même s'il subit

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

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

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

.
 Remaining bound by all the obligations to international organizations and institutions whose member it is”

The second stated:

“The Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, at its session held on 27 April 1992, promulgated the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia. Under the Constitution, on the basis of the continuing personality of Yugoslavia and the legitimate decisions by Serbia and Montenegro to continue to live together in Yugoslavia, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is transformed into the Federal Republic of Yugoslavia, consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro.

Strictly respecting the continuity of the international personality of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.”

27. Thus the FRY, by these two acts, expressed its intention to ensure the continuity of the SFRY rather than its succession. Its position was clearly for

“a straightforward amputation of the Yugoslav State, which would continue to exist despite the secession of four of its republics. This represented the intention to apply the principle of the constitutional and territorial variability of a State, enabling a legal personality to survive in spite of substantial modifications.”¹⁷

Continuation effectively means that

“the State remains legally identical, even if it has undergone certain

¹⁷ A. Vahlas, “A propos de trois questions récurrentes en matière de succession d’Etats : application au cas yougoslave”, in P. M. Eisemann, M. Koskeniemi (eds.), *La succession d’Etats: la codification à l’épreuve des faits — State Succession: Codification Tested against the Facts*, 2000, p. 853.

certaines transformations, par exemple, une réduction ou un élargissement de son territoire, un changement de gouvernement, une modification de son nom: en d'autres termes, est affirmée une identité juridique au-delà des contingences historiques»¹⁸.

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

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

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

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

30. Dans le cas d'espèce, la déclaration et la note officielle de la RFY, toutes deux en date du 27 avril 1992, pourraient suffire à faire automatiquement de la RFY le continuateur de la RFSY car aucune exigence relative à une reconnaissance de la part de la communauté internationale n'est en principe requise. En effet, «un Etat continuateur bénéficie en principe *ipso facto* de la reconnaissance internationale dont il bénéficiait — et bénéficie toujours — en tant qu'Etat qui continue d'exister»²². La pratique a néanmoins révélé le caractère nécessaire de l'expression d'une telle reconnaissance. En effet, l'Etat continuateur est différent de l'Etat prédécesseur. S'il poursuit sa personnalité juridique et politique internationale et demeure lié par ses engagements internationaux, le champ

¹⁸ B. Stern, «La succession d'Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1996, t. 262, p. 40.

¹⁹ A. Vahlas, *op. cit.*, p. 854.

²⁰ B. Stern, *op. cit.*, p. 41.

²¹ *Ibid.*, p. 40.

²² *Ibid.*, p. 59.

transformations, for example, a reduction or enlargement of its territory, a change of government, an alteration to its name: in other words, the legal identity is asserted beyond the historical contingencies”¹⁸.

28. As has also been emphasized, there are a number of advantages to continuation relative to succession:

“the continuator State, supposedly identical to the predecessor State from the perspective of its legal personality, does not need to join the international community. The continuator State naturally replaces the predecessor State and thereby avoids following all the procedures for admission to international organizations or recognition by other States.”¹⁹

Thus “no problems regarding the transmission of rights or obligations should arise in this case, since, by definition, the holder of those rights and obligations remains the same”²⁰. The legal consequences of continuation are therefore that the rights and obligations of the initial State are maintained. In principle, it is not necessary for the international community to recognize the situation for a claim to continuity to become effective. In reality, however, recognition by other States generally seems to be required, above all from those States most directly concerned.

29. As for succession, it means that there is “instead of and in place of the initial State, which can thenceforth be called the predecessor State, the advent of a new State, which will be characterized as the successor State”²¹. The purpose of succession is thus to substitute one State for another with respect to responsibility for the international relations of a territory. It consequently involves a certain discontinuity in the organization, composition and functioning of the State. It requires recognition of the successor State by the international community.

30. In the instant case, the FRY’s declaration and official Note, both dated 27 April 1992, could have been sufficient to make the FRY automatically the continuator of the SFRY, since no demand for recognition by the international community is in principle required. In fact, “a continuator State in principle benefits *ipso facto* from the international recognition from which it benefited — and continues to benefit — as the State which continues to exist”²². Practice, nonetheless, has shown how necessary expressions of such recognition are. The continuator State is effectively different from the predecessor State. While it maintains the legal and international personality and remains bound by its international undertakings, the spatial field of application of the assumed obli-

¹⁸ B. Stern, “La succession d’Etats”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1996, Vol. 262, p. 40.

¹⁹ A. Vahlas, *op. cit.*, p. 854.

²⁰ B. Stern, *op. cit.*, p. 41.

²¹ *Ibid.*, p. 40.

²² *Ibid.*, p. 59.

d'application spatial des obligations assumées s'en voit altéré en raison des modifications territoriales inhérentes à tout processus successoral. L'utilité d'une nouvelle reconnaissance internationale se justifie alors par les adaptations apportées à la situation de l'Etat prédécesseur.

31. En outre, la détermination de la qualité de continuateur de la RFY implique la nécessité de s'interroger sur la nature du processus de démembrement de la RFSY. La dissolution signifie qu'un Etat a éclaté en deux ou plusieurs Etats nouveaux dont aucun ne peut réclamer son identification avec l'Etat préexistant. Tous les Etats doivent en principe être considérés comme successeurs. La sécession induit, quant à elle, la continuation par un Etat de la personnalité de l'Etat prédécesseur et la succession des autres Etats à cet Etat prédécesseur. Il revient donc théoriquement aux Etats tiers de déterminer si l'éclatement de la RFSY relève de la dissolution ou de la sécession par le jeu de la reconnaissance internationale. Sur ce point, la RFY s'est déclarée continuateur de la RFSY, alors que les autres Etats nés du démembrement (Croatie, Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Slovénie) se sont considérés comme des Etats successeurs de la RFSY et ont généralement refusé de reconnaître la qualité de continuateur à la RFY, encore que des accords ont été conclus dans ce sens comme nous le verrons plus loin. Par conséquent, si les Etats tiers reconnaissaient la RFY comme le continuateur de la RFSY, cela signifierait qu'ils considèrent que les nouveaux Etats ont fait sécession. Dans le cas contraire, la RFSY serait considérée comme dissoute et la RFY ne pourrait être considérée que comme successeur de cet Etat, celui-ci ayant cessé d'exister. Cependant, la distinction entre la dissolution et la sécession semble moins ténue qu'elle n'y paraît. Ainsi la convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités envisage la sécession que l'Etat prédécesseur continue ou non d'exister (art. 34). En outre, en ce qui concerne les traités, les mêmes règles s'appliquent qu'il s'agisse d'une dissolution ou d'une sécession. Selon l'article 34 de la convention de 1978, dans les deux cas, tout traité en vigueur à la date de la succession d'Etats à l'égard de l'ensemble du territoire de l'Etat prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque Etat successeur. Dès lors, il importe peu que la RFY soit reconnue ou non comme continuateur de la RFSY : si la RFSY a été dissoute, la RFY pourrait être reconnue comme un de ses successeurs et hériter d'une qualité de partie aux traités ratifiés par l'ex-Yougoslavie ; si le démembrement de la RFSY relève au contraire de plusieurs sécessions de parties de son territoire, la RFY pourrait être alors fondée à devenir son continuateur et ainsi poursuivre les engagements internationaux adoptés par la RFSY. Dans les deux cas, la RFY succède à la RFSY pour ce qui est des traités qui liaient cette dernière et notamment pour la convention sur le génocide, surtout que la RFY a signé et ratifié la convention sur la succession d'Etats en matière de traités respectivement les 6 février 1979 et 28 avril 1980.

32. Les deux déclarations du 27 avril 1992 constituent deux actes unilatéraux autonomes, lesquels, en manifestant la volonté de la RFY d'être le continuateur de la RFSY, l'engagent à se comporter comme tel.

gations have been changed as a result of the territorial modifications inherent in all succession processes. The utility of renewed international recognition is thus warranted by the adaptations to the situation of the predecessor State.

31. Further, to determine the FRY's status as a continuator, we must necessarily ponder the process of the dismemberment of the SFRY. Dissolution means that a State splits into two or more new States, none of which can claim to be identified with the pre-existing State. All of the resulting States must in principle be regarded as successor States. As for secession, it involves the continuation by one State of the personality of the predecessor State and the succession of other States from that predecessor State. Theoretically, it was thus for third-party States to determine whether the break-up of SFRY was a dissolution or a secession by way of international recognition. In this respect, the FRY declared itself to be the continuator of the SFRY, while the other States born out of that break-up (Croatia, Macedonia, Bosnia and Herzegovina and Slovenia) viewed themselves as successor States and generally refused to acknowledge the FRY's status as continuator, although certain agreements were reached on this point, as we shall see below. Consequently, if other States were to recognize the FRY as the continuator of the SFRY it would mean that, in their view, the new States had seceded. If not, the SFRY would be considered as dissolved and the FRY could not be viewed as the continuator of that State, since the State concerned had ceased to exist. Nevertheless, the distinction between dissolution and secession seems to be less clear-cut than it might appear. Thus the Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties provides for secession whether or not the predecessor State continues to exist (Art. 34). Moreover, with respect to treaties, the same rules apply in the event of a dissolution as in the event of secession. According to Article 34 of the 1978 Convention, in both cases, any treaty in force at the date of the succession of States in respect of the entire territory of the predecessor State continues in force in respect of each successor State so formed. That being the case, it is of little consequence whether or not the FRY was recognized as the continuator of the SFRY: if the SFRY had been dissolved, the FRY could be recognized as one of its successors and gain the status of a party to the treaties ratified by the former Yugoslavia; if, on the contrary, the break-up of the SFRY took the form of several secessions by parts of its territory, the FRY would have been entitled to become its continuator and thus uphold the international undertakings assumed by the SFRY. In either case, the FRY would have succeeded the SFRY with respect to the treaties by which the latter was bound and *inter alia* the Genocide Convention, especially as the SFRY signed and ratified the Convention on the Succession of States in respect of Treaties on 6 February 1979 and 28 April 1980 respectively.

32. The two declarations of 27 April 1992 constituted two unilateral, autonomous acts which, by demonstrating the FRY's wish to be the continuator of the SFRY, committed it to act as such. As was noted by the

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

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

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

«Compte tenu de l'histoire, les deux Etats respectent chacun la continuité de l'autre (la République de Macédoine respecte la continuité dans son statut d'Etat de la République fédérative de Yougoslavie et vice versa).»²⁵

35. Par ailleurs, un «Accord portant normalisation des relations entre la République fédérative de Yougoslavie et la République de Croatie» a été signé le 23 août 1996, dans lequel il est dit que la Croatie

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

²⁴ Nations Unies, doc. A/46/915.

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

International Law Commission in its report on the work of its Fifty-seventh Session, unilateral acts such as those of 27 April 1992 entail certain legal effects. Thus, according to the International Law Commission, it appears “evident . . . that the existence of unilateral acts producing legal effects and creating specific commitments [was] now beyond dispute”²³. The jurisprudence of the International Court of Justice provides a number of examples of acknowledgment of unilateral acts and of their effects in international law, *inter alia* for the State which made them (*Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 22; *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 457; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 6).

33. As for the FRY’s intention to commit itself internationally by those unilateral acts of 27 April 1992, there does not seem to be any question about it. The declaration is addressed to the President of the Security Council, thus highlighting the fact that it is not a document which can only have an effect under internal law. Moreover, the declaration and the Note were appended to a letter dated 6 May 1992 to the Secretary-General of the United Nations. The letter indicated that the two documents could be regarded as “official[s] document[s] of the General Assembly”²⁴.

34. Although the other successor States of the former Yugoslavia challenged the FRY’s status at the United Nations and called for equal treatment with it, they had the opportunity, during the same period, to accept the continuity of the FRY in relation to the SFRY. This they did not by political declarations before one or another body, the legal value of which could be open to argument, but also in agreements in due form which clearly engage their signatories. Thus the annex to the Agreement on the Regulation of Relations and Promotion of Co-operation between Macedonia and the FRY signed on 8 April 1996 seems to be an explicit acknowledgment of continuity; in fact, the following was indicated:

“In the light of the historical facts, both States mutually respect their state continuity (the Republic of Macedonia respects the State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia and the Federal Republic of Yugoslavia respects the State continuity of the Republic of Macedonia)”²⁵.

35. Moreover, an “Agreement on Normalization of Relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Croatia” was signed on 23 August 1996, in which it was stated that Croatia acknowl-

²³ Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-seventh Session (2005), United Nations, doc. A/60/10, pp. 132-133.

²⁴ United Nations, doc. A/46/915.

²⁵ Agreement on the Regulation of Relations and Promotion of Co-operation between the Republic of Macedonia and the Federal Republic of Yugoslavia, Belgrade, 8 April 1996, Ann., United Nations, doc. S/1996/291.

a accepté la continuité entre la RFSY et la RFY; l'article 5 stipule également :

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

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

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

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

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

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

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

edged the continuity between the SFRY and the FRY. Article 5 also said:

“Proceeding from the historical fact that Serbia and Montenegro existed as independent States before the creation of Yugoslavia, and bearing in mind the fact that Yugoslavia has continued the international legal personality of these States, the Republic of Croatia notes the existence of the State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia.”²⁶

36. Finally, Bosnia and Herzegovina made a similar statement, although in slightly different terms, in the Joint Declaration signed in Paris on 3 October 1996 by the Serbian and Bosnian Presidents. Point IV lays down to this end:

“The Federal Republic of Yugoslavia will respect the integrity of Bosnia and Herzegovina in accordance with the Dayton Agreement which affirmed the continuity of various forms of statal organization of Bosnia and Herzegovina that the peoples of Bosnia and Herzegovina had during their history. *Bosnia and Herzegovina accepts the State continuity of the Federal Republic of Yugoslavia.*”

Both sides agree to resolve issues of succession on the basis of the rules of international law on succession of States and by agreement.”²⁷ (Emphasis added.)

All of the aforementioned elements show that interpretations regarding the status of the FRY varied depending on the body, dialogue and time involved; those variations and the resulting ambiguity cannot be interpreted as giving a straightforward, automatic retroactive effect to the decision to admit the FRY to the United Nations in November 2000. True, that decision clarified the situation for the present and the future, but it did not settle the issue regarding the preceding period, *inter alia* the crucial time when Bosnia and Herzegovina filed its Application with the Court and the FRY’s status remained on hold. In any event, it would not have been justified in the present case to challenge the Court’s decision on its jurisdiction of 11 July 1996 on the basis of the situation regarding the FRY’s status within the United Nations obtaining at the date the Application was filed, especially after analysis of the Respondent’s conduct from 1993 to 2000, as we have seen above.

²⁶ Agreement on Normalization of Relations between the Federal Republic of Yugoslavia and the Republic of Croatia, Belgrade, 23 August 1996, Art. 5, United Nations, doc. A/51/318-S/1996/706.

²⁷ Joint Declaration of the President of the Republic of Serbia and the President of the Presidency of Bosnia and Herzegovina, Paris, 3 October 1996, United Nations, doc. A/51/461-S/1996/830.

II. LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS AU REGARD DE LA CONVENTION POUR
LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

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

«[I]es différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend»,

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

38. La référence à la responsabilité des Etats dans cet article a soulevé des doutes: «there were many doubts as to the actual meaning of the reference to the responsibility of States»²⁹; on a dit aussi que cet article IX est un «mécanisme juridictionnel ... déjà si faible»³⁰, avec un «ambiguous wording»³¹; on a pu soutenir, enfin, que la responsabilité visée dans cet article comporte un aspect pénal ou criminel de la respon-

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

²⁹ N. Robinson, «*The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation*», 1949, p. 42.

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

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

II. STATE RESPONSIBILITY IN RESPECT OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE

37. The provisions of the Genocide Convention have given rise to problems of interpretation due to the ambiguous way in which they were written, the uncertainty of some of the concepts used or the scope that should be attributed to them²⁸. Controversy has also surrounded Article IX, which provides that

“[d]isputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute”,

although such arguments can sometimes exaggerate the difficulty of its interpretation, given that certain references are sufficiently clear and demand no further comment, unless the interpretation is overstretched in order to arrive at unreasonable conclusions. In the present case, the Court has given an interpretation which I largely share; however, I feel that my position on this point warrants further explanation.

38. The reference to the responsibility of States in that Article has given rise to doubts: “there were many doubts as to the actual meaning of the reference to the responsibility of States”²⁹; it has also been said that Article IX is “already . . . such a weak jurisdictional mechanism”³⁰, with “ambiguous wording”³¹; it has even been claimed that the State responsibility towards which the Article is directed involves a criminal

²⁸ These problems have been noted in the doctrine concerning a number of articles, with reference to a lack of concrete practice accentuating the difficulties (see, for example, Joe Verhoeven, “Le crime de génocide: originalité et ambiguïté”, *Revue belge de droit international*, Vol. XXIV, 1991/1, pp. 5 *et seq.*). However, since the establishment of international criminal tribunals and the contribution of their jurisprudence, a number of areas have been clarified, thus reducing the difficulties of interpretation, although not eliminating them (see A. M. La Rosa and S. Villalpando, “Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l’heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d’appréhension théorique des éléments constitutifs du crime”, in K. Boustany and D. Dormoy (eds.), *Génocide(s)*, 1999, pp. 53 *et seq.*; W. A. Schabas, “The Crime of Genocide, Recent Problems of Interpretation”, *International Humanitarian Law*, Vol. 1, Ardsley, Transnational, 2003, pp. 239 *et seq.*; G. Verdirame, “The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 578 *et seq.*).

²⁹ N. Robinson, *The Genocide Convention. Its Origins and Interpretation*, 1949, p. 42.

³⁰ A. Cassese, “La communauté internationale et le génocide”, *Mélanges Michel Virally: le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, 1991, p. 185.

³¹ N. Jorgensen, “State Responsibility and the 1948 Genocide Convention”, in *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, 1999, pp. 273-275.

sabilité de l'Etat³², bien que cette interprétation controversée ne soit pas partagée par la majorité de la doctrine comme nous le verrons plus loin³³.

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

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

.....

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

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

³³ M. N. Shaw, «Genocide and International Law», *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, p. 813 et suiv.; N. Jorgensen, «State Responsibility and the 1948 Genocide Convention», *op. cit.*, p. 273 et suiv.

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

aspect of State responsibility³², although that controversial interpretation is not upheld by the greater part of scholarly opinion, as we will see subsequently³³.

39. The Respondent submits that the rules which usually govern the international responsibility of States cannot be applied with respect to Article IX, a position which it maintains even though in 1996 the Court rejected the objection raised by Serbia and Montenegro according to which the responsibility of a State for an act of genocide perpetrated by the State itself was supposedly excluded from the scope of the Convention³⁴. The Parties therefore argued over that point once again in both the written pleadings and the oral arguments. The Applicant used the normal and ordinary meaning of the text of Article IX as a basis for establishing State responsibility for genocide, emphasizing that “[i]t is therefore essential to keep in mind every word of Article IX” (CR 2006/8, p. 18, para. 22) and that ascertaining whether the Genocide Convention provides for State responsibility “ought not to strain our capacity for treaty interpretation” (CR 2006/11, p. 50, para. 7), thus concluding that such responsibility should be recognized for all the acts proscribed by the Convention. As for Serbia and Montenegro, it has upheld a different approach, drawing *inter alia* on the interpretation of Article IX given by two of the Court’s judges in the joint declaration which they appended to the 1996 Judgment, in which they submitted that:

“The Convention on Genocide is essentially and primarily directed towards the punishment of persons committing genocide or genocidal acts and the prevention of the commission of such crimes by individuals.

.

Therefore . . . this Court is perhaps not the proper venue for the adjudication of the complaints which the Applicant has raised in the current proceedings.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, joint declaration of Judges Shi and Vereshchetin, pp. 631-632.)

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

³³ M. N. Shaw, “Genocide and International Law”, in *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, pp. 813 *et seq.*; N. Jorgensen, “State Responsibility and the 1948 Genocide Convention”, *op. cit.*, pp. 273 *et seq.*

³⁴ “The Court would observe that the reference in Article IX to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III does not exclude any form of State responsibility.” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 32.)

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

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

et surtout celle du juge *ad hoc* Kreća dans son opinion dissidente: «Je suis convaincu que la responsabilité civile internationale des Etats pour crime de génocide n'entre pas dans les prévisions de la convention» (*ibid.*, p. 772, par. 105) sont beaucoup plus formelles dans leurs conclusions pour écarter l'invocation de la responsabilité de l'Etat. Selon le défendeur, «la convention sur le génocide n'engage pas la responsabilité des Etats à raison d'actes de génocide en tant que tels» (CR 2006/16, p. 15, par. 20); l'article IX évoque bien la responsabilité des Etats, mais

«il faut bien sûr interpréter ce membre de phrase avec les autres dispositions de fond de la convention. Ce sont les particuliers qui sont pénalement responsables selon les dispositions du droit interne appliquées par les juridictions nationales.» (*Ibid.*, p. 19, par. 41.)

Le défendeur ajoute, en se fondant sur les travaux préparatoires, que

«la teneur de l'article IX n'est pas compatible avec les dispositions de fond de la convention. Or, l'article IX était consacré aux mécanismes de règlement des différends, il ne peut certainement pas avoir la primauté.» (*Ibid.*, p. 21, par. 49.)

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

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

41. En principe et conformément à l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités, le recours aux travaux préparatoires se fait

«en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31: a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

40. If the opinion of these two judges was guarded, as illustrated by the use of the word “perhaps”, that of Judge Oda in his declaration:

“I admit that the extremely vague and uncertain provision of Article IX of the Genocide Convention may leave room for the Court to allow itself to be seised of the present case, but consider that such a conclusion would be based on a misinterpretation of the real spirit of the Genocide Convention” (*ibid.*, p. 630, para. 10),

and, more particularly, Judge *ad hoc* Kreća in his dissenting opinion: “I am convinced that the Genocide Convention provided for no international civil responsibility of States for the crime of genocide” (*ibid.*, p. 772, para. 105) were far more categorical in their conclusions for rejecting State responsibility. According to the Respondent, “the Genocide Convention does not provide for the responsibility of States for acts of genocide as such” (CR 2006/16, p. 15, para. 20); Article IX mentions State responsibility, but

“of course the wording has to be construed with the other provisions of the Convention. It is individuals who are criminally liable, in accordance with the provisions of domestic law as applied by domestic courts.” (*Ibid.*, p. 19, para. 41.)

Basing itself upon the *travaux préparatoires*, the Respondent added that

“the content of Article IX is not consistent with the substantive provisions of the Convention. And given that Article IX is devoted to the machinery of settlement of disputes, it surely cannot be predominant.” (*Ibid.*, p. 21, para. 49.)

However, an examination of the drafting history leads us to conclude that the Convention’s authors intended to include State responsibility for genocide in the Convention (I), and since, in international law as it now stands, that cannot be a criminal responsibility, it can only take the form of the international responsibility of States (II).

A. An Examination of the Travaux Préparatoires for the Genocide Convention

41. In principle and in accordance with Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, reference to the *travaux préparatoires* may be made

“in order to confirm the meaning resulting from application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable»³⁵.

Dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de Justice internationale avait bien dit qu'«il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair» (*Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 16).

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

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

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

Et il ajoute :

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

43. Outre que cela remet en cause l'autorité de la chose jugée, cette conception donne une interprétation discutable des travaux préparatoires. Il n'est pas très convaincant de dire que la référence à la responsabilité des Etats pour génocide fut introduite à la dernière minute dans l'article relatif au règlement des différends, sans apporter les modifications nécessaires aux autres articles. Un examen objectif et minutieux des travaux préparatoires de la Convention montre bien que la question de la responsabilité des Etats fut débattue tout au long des discussions autour des articles II, IV, VI et IX, avant qu'une référence à cette responsabilité soit adoptée dans l'article IX³⁶. D'abord, durant les discussions autour du projet d'article II du rapport du comité spécial du génocide, la question de la responsabilité des Etats fut soulevée indirectement. La délégation française voulait mettre l'accent sur «le rôle des gouvernements dans la perpétration du crime de génocide»³⁷, et a proposé un amendement à la

³⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (art. 32).

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

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

obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”³⁵.

In the *Lotus* case, the Permanent Court of International Justice clearly stated that “there is no occasion to have regard to preparatory work if the text of a convention is sufficiently clear in itself” (“*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 16).

42. In the Respondent’s opinion, Article IX of the Genocide Convention is not sufficiently clear when it establishes State responsibility for acts of genocide. In the words of the Respondent’s counsel, who challenged the meaning given to it by the Court:

“The interpretation adopted in this provisional mode by the Court is not buttressed by any reference to the substantial preparatory work of the Convention.

In the circumstances, there is no reason of principle or consideration of common sense indicating that the issue of interpretation is no longer open.” (CR 2006/16, p. 14, para. 16-17.)

He added that:

“The *travaux préparatoires* show that it was during the last phase of elaboration of the Convention that, by a very slim majority of 19 votes to 17, with nine abstentions, the provision relating to the responsibility of States for genocide or genocidal acts was included . . . without the concurrent introduction of necessary modifications into other articles of the Convention.” (*Ibid.*, p. 14, para. 18.)

43. Apart from the challenge to *res judicata* implied, such a conception gives an unusual interpretation to the *travaux préparatoires*. It is hardly very convincing to claim that the reference to the responsibility of States was introduced into the article on dispute settlement at the last minute, without making the necessary modifications to the other articles. An objective, detailed reading of the *travaux préparatoires* of the Convention clearly shows that the issue of the responsibility of States was debated throughout the discussions on Articles II, IV, VI and IX, before such responsibility was adopted in Article IX³⁶. First, the issue of State responsibility was indirectly raised in the discussions concerning the draft Article II of the *Ad Hoc* Committee on Genocide’s report. The French delegation wanted to emphasize “the role of Governments in the perpetration of genocide”³⁷, and tabled an amendment to the definition of genocide to which it added the words: “it is committed, encouraged or

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, Art. 32.

³⁶ On those debates see *inter alia* N. Jorgensen, “State Responsibility and the 1948 Genocide Convention”, *op. cit.*, pp. 275 *et seq.*

³⁷ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 69th meeting, p. 56 (France, Chaumont).

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

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

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

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

⁴⁰ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission, 69^e séance*, p. 60 (Pérou, Maurtua):

«L'individu doit être protégé par sa propre législation nationale et la juridiction internationale doit s'exercer contre les Gouvernements qui ne font pas leur devoir à ce sujet ou encouragent le crime de génocide.»

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

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

⁴² Article numéro X dans le projet du comité spécial.

tolerated by the rulers of a State”³⁸. The delegate of the United Kingdom, while expressing his intention to vote against the French amendment as “it made the mistake of excluding cases of genocide committed by private individuals”, stressed, nonetheless, that “the text drafted by the *Ad Hoc* Committee was also deficient in that it failed adequately to stress the responsibility of the State for the acts of genocide committed in its territory or international responsibility for acts of genocide committed by a State”. Mr. Fitzmaurice also emphasized that “[i]t was in fact difficult to imagine that genocide could be perpetrated on a large scale without the collusion of rulers”³⁹. In that debate, the notion of the necessity of a responsibility of States to prevent and punish genocide was backed by a number of other delegations, such as Peru⁴⁰, the United States of America — albeit to a more limited extent⁴¹ — and the United Kingdom of course.

44. Subsequently, during the sometimes rather confused debate concerning Article V, Belgium and the United Kingdom tabled amendments linking the perpetration of genocide to the State. Belgium’s amendment suggested the punishment of State agents, while that of the United Kingdom tried to introduce a “criminal responsibility” for States; the two different amendments, submitted to establish the jurisdiction of the ICJ for State responsibility, were initially rejected, but were put back on the agenda during the discussions on Article VII and, after a fairly prolonged debate, the responsibility of States was finally accepted in Article IX⁴², following several amendments to the draft put forward by the *Ad Hoc* Committee. The *travaux préparatoires* do not thus run counter to the ordinary and apparent meaning of the terms of Article IX; one might even conclude that they bear it out, as demonstrated by the assessment made by the United Kingdom’s delegate to the Sixth Committee, with the statement by Mr. Fitzmaurice that:

³⁸ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, Annex to Summary Records of Meetings, doc. A/C.6/211, p. 14.

³⁹ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 79th meeting, p. 160 (United Kingdom, Fitzmaurice).

⁴⁰ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 69th meeting, p. 60 (Peru, Maurtua):

“The individual should be protected by his own national legislation whereas international jurisdiction would apply to Governments which did not do their duty in that respect or encouraged the crime of genocide.”

⁴¹ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee*, 79th meeting, p. 158 (United States of America, Maktos):

“if, in spite of all the measures taken, the State did not succeed in arresting the guilty person, an international agency acting instead of the national courts would have no better chance of succeeding. On the other hand, if a State had not done all it could to prevent or punish the crime, international responsibility would come under consideration.”

⁴² Article X in the *Ad Hoc* Committee’s draft.

«Tout le monde est d'accord pour qualifier de rupture de la convention un acte de génocide commis par un Etat ou un gouvernement, mais il semble y avoir des difficultés considérables à traduire cette idée dans le texte même de la convention.»⁴³

45. Il ressort de l'ensemble de ces explications, que la convention sur le génocide introduit bien une responsabilité directe de l'Etat à raison d'actes de génocide⁴⁴, et pas seulement une obligation de prévenir et de punir la commission de celui-ci par des individus comme le prétend le défendeur. Il ne peut en être autrement car une entreprise génocidaire est difficilement envisageable sans la participation ou la complicité d'un Etat, et surtout toute autre solution aboutirait à un résultat aussi paradoxal qu'absurde, en contradiction avec les règles d'interprétation de l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁵; ainsi que le relève L. A. Sicilianos:

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

C'est dans ce sens que se prononce clairement et fermement la Cour dans un paragraphe de son arrêt du 11 juillet 1996 qui mérite d'être cité dans son intégralité:

«La Cour observera qu'en visant «la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III», l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat.» (*C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 616, par. 32.)

⁴³ Nations Unies. *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission*, Comptes rendus analytiques des séances, 21 septembre-10 décembre 1948, 96^e séance, p. 352.

⁴⁴ De ce fait, il est difficile de comprendre l'approche extrêmement restrictive du juge Oda, dans une phrase incidente de sa déclaration jointe à l'arrêt du 11 juillet 1996, selon laquelle la Convention serait

«un nouveau type de traité concernant les droits des individus dans leur ensemble, mais non les droits et obligations des Etats dans leurs relations» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, déclaration de M. Oda, p. 629, par. 9).

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

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

“While everyone agreed that an act of genocide, if committed by a State or Government, was a breach of the Convention, there appeared to be considerable difficulty in expressing that idea in the text of the Convention itself.”⁴³

45. The foregoing explanations imply that the Genocide Convention indeed introduced a direct responsibility of States for acts of genocide⁴⁴, and not just a duty to prevent and punish the perpetration of genocide by individuals as claimed by the Respondent. No other conclusion is possible, since a genocidal undertaking cannot readily be envisaged without the support or collusion of the State, and more importantly any other outcome would result in a situation which would be both paradoxical and absurd, contrary to the rules of interpretation in Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁵. As L. A. Sicilianos noted:

“It would be absurd for the Convention to cover only the responsibility resulting from the failure of a State in its duty to prevent and punish and not the responsibility of a State for acts of genocide perpetrated by itself; all the more so given that Article IV of the Convention indicates that persons committing genocide . . . are to be punished, whether they are rulers, public officials or private individuals. A different approach would deprive the Convention of its reason for existence.”⁴⁶

The Court clearly and firmly adopted that approach in a paragraph of its Judgment of 11 July 1996, which warrants quotation in full:

“The Court would observe that the reference in Article IX to ‘the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III’, does not exclude any form of State responsibility.” (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 616, para. 32).

⁴³ See *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, Summary Records of Meetings*, 21 September-10 December 1948, 96th meeting, p. 352.

⁴⁴ In view of this, it is even more difficult to understand the extremely restrictive interpretation adopted by Judge Oda in a secondary sentence in his declaration appended to the 11 July 1996 Judgment, in which the Convention is said to be.

“a new type of treaty to deal with the rights of individuals as a whole, but not with the rights and obligations in the inter-State relations” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, declaration of Judge Oda, p. 629, para. 9).

⁴⁵ The process of interpretation must not deprive the terms of a Convention of their substance unless the text, the context and the subject-matter clearly prompt such a conclusion (see in this respect: *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, pp. 4 and 24; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, pp. 69 and 89).

⁴⁶ L. A. Sicilianos, “La Responsabilité de l’Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux”, *Droit international pénal*, 2000, p. 116.

La Cour confirme et explicite les motifs qui fondent cette solution dans le paragraphe 166 du présent arrêt dans des termes auxquels je souscris pleinement. Il en résulte naturellement que la Cour est à même d'en tirer les conséquences qui peuvent en découler pour la responsabilité de l'Etat concerné⁴⁷.

B. La nature de la responsabilité des Etats

46. Si l'idée d'une responsabilité de l'Etat ne fait plus de doute dans les ordres juridiques internes et internationaux, l'idée d'une responsabilité pénale de l'Etat n'est pas partagée par tous, le qualificatif «pénale» accolé à la responsabilité de l'Etat paraît même abusif pour certains, car «même lorsqu'un fait internationalement illicite de l'Etat reçoit la qualification de crime, il n'entraîne pas les mêmes conséquences juridiques que les actes criminels des individus»⁴⁸. La longue histoire des débats au sein de la CDI, lors des examens du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, reflète bien les problèmes théoriques et pratiques de ces concepts⁴⁹; on sait que la Commission, après avoir retenu en première lecture la notion de crime international de l'Etat, y a renoncé en deuxième lecture pour éviter précisément toute confusion entre les crimes des individus et les actes illicites particulièrement graves des Etats⁵⁰; de ce fait, elle a préféré qualifier ces derniers en ayant recours à une longue périphrase visant les «violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international

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

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

⁴⁹ Les deux points de vue opposés qui se sont manifestés durant ces débats, à propos de la distinction entre les délits et les crimes, se trouvent résumés dans les positions prises par deux membres de la Commission, l'un en faveur et l'autre à l'encontre de la reconnaissance du crime de l'Etat, dans l'ouvrage contenant la contribution de la Commission à la décennie des Nations Unies pour le droit international, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: The Views of the International Law Commission — Le droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997; selon A. Pellet («Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international»): «De très fortes raisons, tant théoriques que pratiques, militent en faveur du maintien de la distinction entre les deux catégories de faits internationalement illicites», p. 287-288; selon R. Rosenstock («An International Criminal Responsibility of States?»), *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: The Views of the International Law Commission — Le droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs*, op. cit.): «Rien dans la pratique des Etats ne fonde une distinction entre les «délits» et les «crimes». De l'avis de l'auteur, il ne semble y avoir aucune raison logiquement ou politiquement convaincante d'opérer une telle distinction.» (P. 284. [Traduction du Greffier.])

⁵⁰ Cf. E. Wyler, «From «State Crime» to Responsibility for «Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law»», *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), n° 3, p. 1156 et suiv.

The Court confirms and explains the reasons underlying this approach in paragraph 166 of the present Judgment in terms with which I wholeheartedly agree. That of course shows that the Court is capable of identifying the consequences that may result for the responsibility of the State concerned⁴⁷.

B. The Nature of State Responsibility

46. While there is no longer any doubt about the idea of State responsibility in internal and international legal systems, the notion of a State's criminal responsibility is far from universally accepted, and for some the characterization "criminal" in conjunction with State responsibility even appears improper, since "even when an internationally wrongful act by a State is qualified as a crime, it does not lead to the same legal consequences as for the criminal acts of individuals"⁴⁸. The long history of debate within the ILC during the consideration of the draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts was a good illustration of the theoretical and practical problems of these concepts⁴⁹; we know that the ILC, having maintained the notion of international crimes by States in the first reading, abandoned it upon the second reading precisely so as to avoid any confusion between the crimes of individuals and the particularly serious internationally wrongful acts of States⁵⁰; for that reason, it opted to describe the latter by way of a lengthy circumlocution targeting "serious breaches of obligations under peremptory norms of general international

⁴⁷ Regarding the Court's role in this area, see Chapter 9 of W. A. Schabas, "State Responsibility and the Role of the International Court of Justice", in *Genocide in International Law*, 2000, pp. 418-446.

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

⁴⁹ The two opposing viewpoints which emerged during those debates, regarding the distinction between "crimes" and "delicts", were summarized in the positions taken by two members of the Commission, one in favour and the other opposed to the recognition of the notion of State crimes, in the volume containing the ILC's contribution to the United Nations Decade of International Law, *International Law on the Eve of the Twenty-First Century: The Views of the International Law Commission — Le droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs*, United Nations, New York, 1997; according to A. Pellet ("Vive le Crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international"), "There are very good reasons, both theoretical and practical, in favour of maintaining the distinction between the two categories of internationally wrongful acts ...", pp. 287-288; according to R. Rosenstock ("An International Criminal Responsibility of States?", in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century: The Views of the International Law Commission — Le droit international à l'aube du XXI^e siècle: réflexions de codificateurs, op. cit.*), "There is no basis in State practice for distinction between 'delicts' and 'crimes'. There does not, in the view of the writer, seem to be any logically or politically compelling reason to create such a distinction." (P. 284.)

⁵⁰ See E. Wyler, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", *European Journal of International Law*, Vol. 13 (2002), No. 3, pp. 1156 *et seq.*

général» (chap. III, art. 40 et 41 du projet)⁵¹, évitant ainsi le mot crime tout en recouvrant cependant l'idée qu'il contient.

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

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

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

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

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

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

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

law” (Chap. III, Arts. 40 and 41, of the draft)⁵¹, thus avoiding the term “crime” while nonetheless covering the notion it contains.

47. Serbia gave over considerable time in its oral arguments to demonstrate that the Genocide Convention implies no criminal responsibility whatsoever for States for genocide (CR 2006/16, pp. 19-30, paras. 38-82 (Brownlie)), when there is really no great difference between the Respondent and the Applicant on that precise point; that was probably attributable to the proportions taken by the discussion on that issue within the International Law Commission with respect to draft Article 19 on the international crimes of States⁵². The difference actually lies elsewhere, since, although the Respondent is right to assert that the Convention does not provide for the criminal responsibility of States, that does not mean that the Convention does not address State responsibility at all. While Bosnia and Herzegovina is not of the view that Serbia must be held criminally responsible⁵³, it is because the responsibility of States is additional to the responsibility of individuals. That was the approach decided on by the ILC at its fifty-third session in 2001 for its draft Articles on State Responsibility, as well as that of the Statute of the International Criminal Court, of which Article 25 states that “[n]o provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law”⁵⁴. That is also the general opinion of the doctrine, summarized thus:

“Neither civil nor criminal, international responsibility borrows from both major ‘techniques’, but also possesses its own features and cannot be equated to the categories of internal law, given that the community of nations has little in common with national communities.”⁵⁵

⁵¹ See the comments on these Articles (*International Law Commission Report*, 2001, pp. 298 *et seq.*).

⁵² These discussions were echoed in the Court’s own deliberations when it rendered its 1996 Judgment, as shown by the opinions of Judges Shi, Vereshchetin and Oda and, more particularly, Judge *ad hoc* Kreća, who wrote several pages on the notion of States’ criminal responsibility (*I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 767-772, paras. 103-105).

⁵³ “The responsibility of States in international law is neither civil nor criminal — it is simply international”, CR 2006/8, p. 12, para. 6 (Pellet).

⁵⁴ Article 10 of the Statute also states “[n]othing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute”.

⁵⁵ P. Daillier and A. Pellet, “Droit international public”, *LGDJ*, 7th ed., 2002, p. 764. It is not, however, certain that this double negation — neither civil nor criminal —, also used by other scholars (see J. Barbosa, “State Crimes: a Decaffeinated Coffee?”, in *Liber Amicorum Georges Abi Saab*, L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debas (eds.), 2001, p. 360), entirely settles the issue. It would probably be clearer to say that it equates to civil responsibility, as the main outcome sought is reparation; there may be a repressive aspect to the notion of reparations, but under international law in its current form, the punitive aspect with respect to a State remains a political decision dependent upon the Security Council acting under the relevant provisions of the United Nations Charter.

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

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

⁵⁶ N. Robinson, *op. cit.*, p. 43: «étant donné que la convention sur le génocide ne mentionne pas expressément de réparation, les parties à la convention n'ont pas déclaré avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour en la matière» [*traduction du Greffe*].

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

⁵⁸ Cf. art. 28 et suiv. de la CDI.

48. It was also asserted that the Court has no jurisdiction to impose reparation, since the Convention does not provide for such measures⁵⁶. It is true that certain aspects may be overlooked in treaties and in the Genocide Convention in particular, *inter alia* the procedure for reparation. But the Court is in a position to put right such deficiencies by recourse to general international law; in that respect, the ILC has made a particularly significant contribution through its work, by clarifying the content of the rules applying to State responsibility.

49. In short, as the Court clearly indicated in its 1996 Judgment, which is *res judicata*, “Article IX does not exclude any form of State responsibility” and that interpretation is consistent with the *travaux préparatoires* of the Convention, which show that the principle of State responsibility for genocide was established after a lengthy debate following the joint Anglo-Belgian proposal. The Court clearly and explicitly confirms that interpretation, finding that “Contracting Parties may be responsible for genocide and the other acts enumerated in Article III of the Convention” (Judgment, para. 169). That is also consistent with the idea that the proscription of genocide is also a rule of customary international law which is binding upon States, even if they have not adopted the Convention (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23 (“the principles underlying the Convention are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation”)); consequently, any violation of that proscription constitutes not just a wrongful act, but also a serious breach of the obligations under peremptory norms of general international law⁵⁷, resulting for the State concerned in all of the applicable legal consequences of international responsibility, *inter alia* the obligation to cease the act, provide assurances of non-repetition and make reparation for the injury caused by the breach⁵⁸.

⁵⁶ N. Robinson, *op cit.*, p. 43, “since the Convention does not specifically refer to reparation, the parties to it did not undertake to have accepted the Court’s compulsory jurisdiction in this question”.

⁵⁷ Article 40 of the International Law Commission’s draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts.

⁵⁸ See Articles 28 *et seq.* of the International Law Commission’s draft Articles.

III. LE PROBLÈME DES PREUVES

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

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

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

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

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

III. THE QUESTION OF EVIDENCE

50. When making its first Order of 8 April 1993 on provisional measures, the Court had already noted the existence of a “grave risk of acts of genocide being committed” in the case. Having received a fresh request for provisional measures, the Court found, in its second Order of 13 September 1993, that the Respondent had not only failed to respect the measures indicated for preventing and punishing such acts, but had further taken measures such as to aggravate the situation. For it stated that:

“since the Order of 8 April 1993 was made, and despite that Order, and despite many resolutions of the Security Council of the United Nations, great suffering and loss of life has been sustained by the population of Bosnia-Herzegovina in circumstances which shock the conscience of mankind and flagrantly conflict with moral law and the spirit and aims of the United Nations” (*I.C.J. Reports 1993*, p. 348, para. 52).

And above all, it added that it: “[wa]s not satisfied that all that might have been done ha[d] been done to prevent commission of the crime of genocide in the territory of Bosnia-Herzegovina” (*ibid.*, pp. 348-349, para. 57).

For all the caution of the terms employed by the Court and the fact that they are *prima facie* findings, it was already apparent that the evidence submitted by the Applicant was sufficiently convincing to lend credence to the accusation brought against the Respondent, to reaffirm the provisional measures already ordered and to allow reference to the commission of genocide.

51. Since 1996, and *inter alia* as a result of the trials held before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), evidence has accumulated in the form of an impressive mass of information: official or non-official documents from various Serb entities involved, directly or indirectly, in the acts of genocide; oral or written statements from the central figures in the Bosnian tragedy, including the leading figures tried for or accused of these acts; resolutions, reports and other United Nations documents; reports and documents of the intelligence services of the various States; testimonies of victims and perpetrators of acts of atrocity before the ICTY or national tribunals; statements by witnesses, expert witnesses or experts before the Court; proceedings and judgments of the ICTY (trial and appeal chambers) and so on. Naturally this information cannot all be treated uniformly as evidence; as the Court rightly indicates, it must be examined with all the attention and circumspection necessary in order to establish the veracity or plausibility of the facts, their imputation and the share of liability falling on the Respondent.

52. Il s'agissait, dans cette affaire, d'apporter des preuves montrant qu'un Etat est impliqué dans un génocide, soit comme auteur ou coauteur de ce crime, soit comme complice dans sa commission, soit en ne faisant rien pour le prévenir ou punir les auteurs. Or, l'Etat étant une personne morale, c'est-à-dire une abstraction qui ne peut agir par elle-même, les actes ou les omissions qu'on lui impute sont commis matériellement par des personnes physiques, agissant individuellement ou collectivement, relevant à un titre ou un autre de l'Etat mis en cause.

Ce sont donc ces actes ou omissions dont il convient de prouver, d'une part, l'existence et, d'autre part, le lien éventuel avec l'Etat défendeur. D'autres instances que la Cour ont déjà eu l'occasion de connaître de ces situations puisque un tribunal pénal international a été institué et que quelques tribunaux nationaux ont parfois été saisis pour poursuivre et juger des personnes accusées de génocide en ex-Yougoslavie. Ces procès, auxquels s'ajoutent ceux du Tribunal pénal international pour le Rwanda, qui concernent des individus, ont été l'occasion d'un examen des différents aspects du crime de génocide et constituent un apport considérable pour la compréhension des multiples facettes de ce crime, la clarification de ses éléments constitutifs et la qualification des actes devant relever de cette accusation.

53. S'agissant plus particulièrement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, son activité recouvre très largement et directement les mêmes faits que ceux soumis à l'appréciation de la Cour; toutefois, il y a une différence importante dans la mesure où ils sont appréhendés par le TPIY sous un angle particulier, celui de la seule responsabilité pénale individuelle de chaque accusé, alors que la Cour les appréhende sous un autre angle, celui de la responsabilité internationale d'un Etat. Bien que les jugements du TPIY ne lient pas la Cour internationale de Justice, ils partent de constatations factuelles qui constituent des éléments pertinents et même décisifs de preuve de l'existence du crime de génocide que la Cour ne peut ignorer.

En effet, dans le déroulement de chaque procès, le Tribunal a respecté toutes les procédures et garanties permettant d'établir les circonstances exactes des crimes commis; il a examiné de façon contradictoire chacune des nombreuses preuves ou présomptions relatives aux actes reprochés aux accusés; il a examiné tous les arguments à charge ou décharge avant de parvenir à une décision, en première instance et parfois en appel, pleinement réfléchi et bien pesée compte tenu du profil de l'accusé et de chaque situation concrète. Pour chaque affaire, un temps nécessaire et généralement fort long a été consacré pour «prouver au-delà de tout doute raisonnable» que l'inculpé a ou non participé à des actes de génocide. En tout cas, tout jugement reconnaissant l'existence d'actes de génocide en Bosnie-Herzégovine est un point de départ pour se demander si et dans quelle mesure ils incombent à des organes ou personnes relevant ou agissant pour le compte du défendeur dont la responsabilité serait alors engagée.

54. On sait que si les accusations de génocide ont visé plusieurs per-

52. The requirement, in this case, was to furnish evidence showing that a State is involved in genocide, either as perpetrator or co-perpetrator of this crime or as an accomplice in its commission, or as failing to do anything to prevent or punish the perpetrators. Now since the State is a legal entity, namely an abstraction unable to act on its own, the acts or omissions imputed to it are materially committed by individuals, acting individually or collectively, coming in one way or another under the authority of the State involved.

It is therefore necessary to prove, first, the truth of these acts or omissions and, further, the link with the State. Other forums than the Court have already had occasion to deal with such situations, since an international criminal tribunal has been set up and some national courts have sometimes been seised to prosecute and judge individuals accused of genocide in the former Yugoslavia. These trials, together with those before the International Criminal Tribunal for Rwanda, which concern individuals, have afforded the opportunity to examine the various aspects of the crime of genocide and constitute a considerable contribution to understanding the many facets of this crime, clarifying its constituent elements and characterizing the acts that should be covered by this accusation.

53. With regard more particularly to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, its activity covers very extensively and directly the same facts as those submitted to the Court for consideration; an important difference, however, lies in the fact that they are apprehended by the ICTY from a particular angle, that of the individual criminal liability of each accused, whereas the Court apprehends them from another angle, that of the international responsibility of the State. Although the judgments of the ICTY are not binding on the International Court of Justice, they are based on factual findings which constitute relevant and even decisive evidence of the reality of the crime of genocide that the Court cannot overlook.

In each trial, the Tribunal respected all the procedures and guarantees so as to establish the exact circumstances of the crimes committed; it examined under adversarial proceedings each of the numerous items of evidence or presumptions regarding the acts held against the accused; it examined all the prosecution or defence arguments before reaching a decision, on trial and sometimes on appeal, that was fully reflected upon and weighed with due regard for the profile of the accused and of each actual situation. For each case, a necessary and generally very long period of time was spent in order to “prove beyond any reasonable doubt” that the accused did or did not take part in acts of genocide. In any event, any judgment recognizing the existence of acts of genocide in Bosnia and Herzegovina constitutes a starting-point for considering whether and to what extent such acts are attributable to organs or persons under the authority of the Respondent or acting on its behalf and thereby engaging its responsibility.

54. As we know, while charges of genocide were brought against sev-

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

Il peut donc y avoir des discordances jurisprudentielles, notamment entre une chambre du TPIY reconnaissant la culpabilité pour génocide et la chambre d'appel rejetant cette culpabilité, sans que cela soit déterminant pour l'existence d'une politique de génocide⁶¹. En effet, dans ce cas, il ne s'agit pas tant de prouver que l'accusé a perpétré personnellement un acte de génocide ou en a été complice; il s'agit plutôt d'identifier des éléments de preuve de nature à convaincre que des crimes ont été commis dans des circonstances telles qu'ils se rattachent directement à une poli-

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

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

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

eral individuals, the Trial Chamber accepted the charge to sentence only a few persons as perpetrator of or accomplice in the crime of genocide in the case of the Srebrenica massacre (*Tadić, Krstić* and *Blagojević* cases); the Appeals Chamber has not endorsed all these judgments and, so far, it has upheld the crime of genocide in only one case to sentence the accused as accomplice and not as perpetrator or co-perpetrator of such a crime (*Krstić* case)⁵⁹, showing itself to be very demanding in terms of the standard of proof. However, even when the judgment does not, on the basis of the evidence adduced, find the accused guilty of genocide (*Brdjanin, Jelišić, Stakić* and *Sikirica et al.* cases), that does not necessarily mean that there has been no genocide. In my opinion, the evidence requirements are not precisely the same according to whether we are concerned with the personal involvement of an individual or with the involvement of a State. The most exacting standard is justified in criminal proceedings where precise individual conduct is being judged and there is a need to prove the avowed intent — beyond any reasonable doubt — of an accused to commit an act of genocide; we know that the strictness of this requirement has given rise to debate and has been challenged, as shown both by the dissenting opinions occasionally accompanying some judgments⁶⁰ and by the numerous commentaries prompted by those judgments in legal writings. The fact remains that, even if such a standard is not met and personal participation in genocide is not found, the acquittal of an individual of this crime does not rule out its reality; for an accused may carry out atrocious acts by obeying orders without being fully informed or fully aware that they are part of a policy aimed at genocide.

There can thus be conflicts in the jurisprudence, for example between a trial chamber of the ICTY establishing guilt for genocide and the Appeals Chamber rejecting such guilt, without this being decisive as regards the existence of a policy of genocide⁶¹. In this case, the need is not so much to prove that the accused personally perpetrated or was an accomplice in an act of genocide; the need is rather to identify items of evidence such as will make it convincingly clear that crimes were committed in circumstances such that they pertain directly to a genocidal policy imputable to

⁵⁹ The Appeals Chamber has not yet ruled in the case of *Blagojević*, found guilty of complicity in genocide by the Trial Chamber on 17 January 2005.

⁶⁰ See, for example, the partially dissenting opinions of Judge Shahabuddeen in the *Krstić* and *Jelišić* cases and of Judges Wald and Pocar in the *Jelišić* case.

⁶¹ This is moreover confirmed by the doctrine (cf. W.A. Schabas, *op. cit.*, p. 227; L. van den Herik and E. van Sliedregt, "Ten Years Later, the Rwanda Tribunal Still Faces Legal Complexities: Some Comments on the Vagueness of the Indictment, Complicity in Genocide and the Nexus Requirement for War Crimes", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, 2004, pp. 537-557; C. Eboe-Osuji, "Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide, Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 56-81).

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

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

56. Dans la présente affaire, le changement de régime politique et la chute du président Milošević, considéré comme l'un des principaux responsables de la guerre et des crimes commis en Bosnie-Herzégovine, n'ont entraîné qu'un accès limité et partiel aux sources d'informations sur la façon dont les opérations ont été menées. L'une des principales pièces à conviction relative à l'implication directe de l'Etat serbe dans les opérations engagées à l'encontre des populations non serbes est le compte rendu des réunions du Conseil suprême de la défense; ce document a été produit devant le TPIY et porté à la connaissance de la Cour, mais en étant censuré pour une bonne partie de son contenu qui a été noircie pour la rendre illisible. Cette opération de camouflage suscite légitimement le soupçon que les autorités de Belgrade veulent empêcher la Cour de prendre connaissance de certaines informations, sans doute des décisions révélatrices de l'implication directe d'officiers de l'armée de Serbie en activité dans l'armée de l'entité serbe de Bosnie (Republika Srpska) pendant toute la durée de la tragédie. En effet, si un nombre important d'officiers serbes de haut rang étaient présents en Bosnie-Herzégovine, cela veut dire qu'un nombre encore plus considérable de soldats et autres éléments des forces paramilitaires y étaient également, ce qui pourrait amener à inférer que l'Etat serbe est effectivement impliqué directement dans l'entreprise criminelle, y compris éventuellement des actes de génocide. La Bosnie-Herzégovine a demandé à la Cour de requérir du défendeur la production de ce document non expurgé, d'abord par une requête écrite puis lors des plaidoiries, sans avoir été suivie dans sa demande. C'est sur ce point très important que la position de la Cour apparaît contestable puisque non seulement elle rejette la requête du demandeur, mais elle ne donne pas d'explication ou de justification; elle se contente d'indiquer de manière très laconique que «le demandeur dispose d'abon-

a State and, more precisely, that they were committed or instigated by individuals coming directly under the authority of the respondent State or acting on its behalf or on its account or under its control in carrying out such a criminal project.

55. As we have observed, it is rare for a State to proclaim, officially or publicly, that it intends to carry out an illicit action, let alone proclaim its intent to commit a serious crime, particularly genocide, which is generally regarded as the “crime of crimes”. Even in the case of the two examples where such a crime has been recognized as having been committed, that of the genocide of the Jews by Nazi Germany and the genocide of the Tutsis in Rwanda, it was not clearly embarked upon officially and publicly, since the proclamation of a “final solution” policy in the former case and the “ethnic cleansing” project in the latter retain a degree of ambiguity; in reality it took the defeat and fall of the two régimes concerned, with access to the records including confidential or secret documents, to make it possible to gather an array of evidence attesting that genocide had been programmed and carried out against certain clearly identified individual groups.

56. In the present case, the change of political régime and the fall of President Milošević, regarded as the main figure responsible for the war and the crimes committed in Bosnia and Herzegovina, has led only to limited and partial access to the sources of information on how the operations were conducted. One of the main exhibits relating to the direct involvement of the Serbian State in the operations against non-Serb populations is the record of the meetings of the Supreme Defence Council; that document was produced before the ICTY and brought to the notice of the Court, but much of its content had been censored, blackened to make it illegible. This camouflage operation legitimately arouses the suspicion that the Belgrade authorities wish to withhold certain information from the Court, probably decisions that reveal the direct involvement of Serbian army officers serving in the army of the Serb entity of Bosnia (Republika Srpska) throughout the tragedy. While many high-ranking Serbian officers were indeed present in Bosnia and Herzegovina, this means that an even more considerable number of soldiers and other elements of paramilitary forces were also present, which might lead to the conclusion that the Serbian State was directly involved in the criminal undertaking, and possibly in acts of genocide as well. Bosnia and Herzegovina asked the Court to require the respondent State to produce that document in unexpurgated form, first by means of a written request and then in the oral proceedings, without its request being satisfied. It is on this very important point that the Court’s position appears questionable, since not only does it reject the Applicant’s request, but it provides no explanation or justification for doing so; it merely states very abruptly that “the Applicant has extensive documentation and other evidence available to it, especially from the readily accessible ICTY records” and that “[i]t has made very ample use of it” (Judgment, para. 206). That,

dants documents et autres éléments de preuve provenant notamment des dossiers facilement accessibles du TPIY» et qu'«[i]l y a eu très largement recours» (arrêt, par. 206). Or le problème n'est pas là. Le problème est que, dans cette abondance de documents et de dossiers disponibles du TPIY, il s'agit de rechercher et de produire ceux qui sont susceptibles de constituer des éléments de preuve de nature à emporter la conviction. Grâce au remarquable travail d'enquête accompli par le TPIY, le demandeur a pu obtenir un document de cette nature, mais un document incomplet par la volonté du défendeur. Le souhait du demandeur de prendre connaissance de l'ensemble du document est tout à fait légitime, parce que son contenu pourrait être un élément important, voire décisif, pour révéler l'implication plus ou moins directe du défendeur dans l'entreprise criminelle qui lui est reprochée. Or, il n'a pas été suivi dans sa requête et la Cour elle-même n'a utilisé aucun de ses pouvoirs pour obtenir un document quelconque.

57. On sait, en effet, que la Cour «peut, même avant tout débat, demander aux agents de produire tout document» (Statut, art. 49) et elle peut également «inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires pour préciser tout aspect des problèmes en cause» (Règlement, art. 62, par. 1). Faute pour la Cour d'accéder à la requête du demandeur ou d'inviter *proprio motu* le défendeur à fournir le document, il n'a pas été possible d'avoir des clarifications sur le document occulté; il a fallu se contenter d'une simple question posée par un juge au défendeur à propos du lien entre son refus de produire ce document dans son intégralité et la présente instance devant la Cour avec une réponse du défendeur qui n'apporte pas les clarifications souhaitées. La réponse du défendeur, selon laquelle le noircissement des documents produits devant le TPIY serait lié à la protection des intérêts nationaux et n'aurait pas de lien avec la présente instance devant la Cour, n'est pas satisfaisante.

Plus de dix années après le déroulement des faits, il apparaît difficile de comprendre en quoi la divulgation du contenu des procès-verbaux du Conseil suprême de la défense pourrait porter atteinte aux intérêts de la sécurité nationale; il apparaît, à l'évidence, que les occultations ont eu surtout pour objectif de rendre illisibles les noms des nombreux officiers des forces militaires serbes engagées directement sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine où se déroulaient des crimes et éventuellement des actes de génocide.

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

- donner l'impression que la Cour va aider — voire suppléer — la partie qui fait la demande dans la mission qui lui incombe de la charge de la preuve alors que cela n'est pas son rôle et qu'elle doit tenir une balance parfaitement égale entre les parties;

however, is not the issue. The point is that among the mass of ICTY documents and files that are available, it is necessary to find and produce those which may constitute items of evidence that bear out the accusations. Thanks to the remarkable investigative work carried out by the ICTY, the Applicant has managed to obtain such a document, but one that is incomplete through the will of the Respondent. The Applicant's wish to see the document in full is entirely legitimate, as its contents could be an important or even decisive element in demonstrating the more or less direct involvement of the Respondent in the criminal enterprise of which it is accused. However, the Applicant's request was not acted upon and the Court itself used none of its powers to obtain any documents at all.

57. As we know, the Court itself "may, even before the hearing begins, call upon the agents to produce any document" (Statute, Art. 49) and it may also "call upon the parties to produce such evidence or to give such explanations as the Court may consider to be necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue" (Rules of Court, Art. 62, para. 1). Since the Court was unable to meet the request of the applicant State or to invite *proprio motu* the Respondent to provide the document, it has not been possible to obtain clarifications regarding the document in question; the Court has had to make do with a question asked of the Respondent by a judge regarding the link between its refusal to produce the document in full and the present case before the Court, and a reply from the Respondent which does not provide the desired clarifications. The Respondent's reply that the blackening of the documents produced before the ICTY was linked to the protection of national security interests and unconnected with the present case before the Court is not satisfactory.

More than ten years after the events took place, it seems difficult to understand in what manner the disclosure of the minutes of the Supreme Defence Council could damage national security interests; it appears, quite plainly, that the masking was intended to render illegible the names of many officers of the Serbian military forces engaged directly in the territory of Bosnia and Herzegovina where crimes and possibly acts of genocide were taking place.

58. The hesitations or misgivings of the Court about responding to a request or deciding *proprio motu* to order the production of a document are indeed readily understandable; such action may involve a number of drawbacks that can be summarized thus:

- giving the impression that the Court is going to assist — or even stand in for — the party making the request in its task of assuming the burden of proof, whereas that is not the role of the Court and it must maintain a perfectly equal balance between the parties;

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

59. Toutefois, l'intérêt et la pertinence de ces arguments ne suffisent pas à les rendre convaincants dans le cas d'espèce. On peut laisser ici de côté les deuxième et troisième arguments qui relèvent de la politique jurisprudentielle de la Cour et du dosage qu'il convient d'opérer entre les exigences de la justice et l'opportunité de ménager la souveraineté et la susceptibilité des Etats; le problème n'est pas propre au cas d'espèce et, bien qu'il y revête un intérêt particulier, il n'apparaît pas nécessaire de développer davantage la discussion. En revanche, le premier argument relatif au rôle de la Cour dans le domaine de la preuve⁶³ mérite que l'on s'y arrête brièvement surtout que, pour la première fois, la Cour est saisie d'une accusation grave de génocide à l'encontre d'un Etat et que, devant une telle accusation, le problème des preuves revêt une importance et une acuité singulières; il est donc logique et normal qu'elle soit sollicitée ou qu'elle mette en œuvre d'elle-même tous les moyens que lui offre son Statut afin de parvenir à des conclusions claires sur la réalité de certains faits allégués.

60. Il est bien établi dans tous les systèmes juridiques, qu'ils soient nationaux ou internationaux, que la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut; en l'occurrence, devant la Cour internationale de Justice, il appartient à la Bosnie-Herzégovine de montrer que la Serbie a

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

⁶³ Sur le problème plus général de la preuve devant la Cour, voir G. Guillaume, «Preuve et mesures d'instruction devant les juridictions internationales», *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle: le regard d'un juge*, 2003, p. 85-110; M. Lachs, «La preuve et la Cour internationale de Justice», dans Ch. Perelman et P. Foriers (dir. publ.), *La preuve et le droit*, 1981, p. 109-123; C. F. Amerasinghe, «Principes en matière de preuve dans le procès international», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 70, n° 1, 2002-2003, p. 139-398; H. W. A. Thirlway, «Evidence before International Courts and Tribunals», dans R. Bernardt et al. (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, 2, p. 330 et suiv.; J. C. Witenberg, «La théorie des preuves devant les juridictions internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1936, vol. 56, p. 5-102.

- taking a measure of which the symbolic force vis-à-vis the sovereignty of States is indisputable, which might make them more distrustful of the powers and role of the Court;
- meeting with a refusal invoking the interest of national defence and the confidentiality surrounding it, and so finding itself in an embarrassing situation for the credit of the Court, which lacks the means of obliging a State to comply with its decisions⁶². In a less dramatic case than the instant one, the Court requested the United Kingdom to communicate certain documents relating to passage orders of warships in the Corfu Channel, but those documents were not produced, the plea being naval secrecy, and the witnesses declined to answer questions on them (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 32).

59. However, the merit and the relevance of these arguments do not suffice to make them convincing in the present case. We can here leave aside the second and third arguments, which pertain to the jurisprudential policy of the Court and the balance that should be achieved between the requirements of justice and the desirability of dealing tactfully with the sovereignty and susceptibility of States; the problem is not peculiar to the present case and, although it is of particular interest, developing the discussion further does not appear to be necessary. On the other hand, the first argument relating to the role of the Court in the matter of proof⁶³ merits some brief consideration, particularly since the Court is for the first time seised of a grave accusation of genocide against a State and, in the face of such an accusation, the problem of evidence is singularly important and acute; it is therefore logical and to be expected that the Court should be called upon or that it should itself employ every means offered it by its Statute to arrive at clear findings on the authenticity or otherwise of alleged facts.

60. It is well established in all legal systems, both national and international, that the onus of proof is incumbent on the party relying on it and, in the present case, it is for Bosnia and Herzegovina to prove that Serbia committed genocide or, failing that, that it was an accomplice in

⁶² On the problem of secrecy, see G. Niyungeko, "La preuve devant les juridictions internationales", thesis, Free University of Brussels, 1988, pp. 188-189 and 287-292.

⁶³ On the more general problem of proof before the Court, see G. Guillaume, "Preuve et mesures d'instruction devant les juridictions internationales", in *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle: le regard d'un juge*, 2003, pp. 85-110; M. Lachs, "La preuve et la Cour internationale de Justice", in Ch. Perelman and P. Foriers (eds.), *La preuve et le droit*, 1981, pp. 109-123; C. F. Amerasinghe, "Principes en matière de preuve dans le procès international", *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 70, 1, 2002-2003, pp. 139-398; H. W. A. Thirlway, "Evidence before International Courts and Tribunals", in R. Bernardt *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, 2, pp. 330 *et seq.*; J. C. Witenberg, "La théorie des preuves devant les juridictions internationales", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1936, Vol. 56, pp. 5-102.

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

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

Par ailleurs, bien qu'il n'y ait pas, dans le Statut et le Règlement de la Cour, de règle relative à l'obligation de coopération en matière de preuve, la Partie adverse doit cependant se comporter de bonne foi et ne pas s'opposer à la production d'une pièce qu'elle détient et qui est nécessaire

⁶⁴ Selon le rapporteur, C. F. Amerasinghe,

«In the application of this principle the tribunal may in the appropriate circumstances divide the burden of proof in relation to a particular situation»

et il propose, dans le projet d'articles, des dispositions prévoyant que les parties doivent coopérer avec le tribunal pour la production de preuves, notamment celles qui sont en leur possession ou sous leur contrôle (cf. «Principes en matière de preuve dans le procès international», *op. cit.*, p. 197 et 392 et suiv.).

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

genocide. One of the main allegations is that members of Serbian military and paramilitary forces were the perpetrators of or, at the very least, accomplices in acts of genocide that took place on Bosnian territory and, in support of that allegation, Bosnia and Herzegovina provided a document produced before the ICTY such as to back and lend credibility to the allegation; but the document is incomplete through the will of the respondent State, which obscured a large part of it, and full knowledge of it is impossible without action by the Court calling for its production in full. Furthermore, there are sufficiently substantiated and serious presumptions justifying such action, since the document is likely to assist in the “elucidation of any aspect of the matters in issue” (Art. 62 of the aforesaid Rules), namely the extent and nature of Serbia’s involvement in the tragic events of Bosnia and Herzegovina; in addition, although that incomplete document is now part of the evidence on file, the Court examined it too briefly and in unfavourable conditions regarding its interpretation to draw any conclusions one way or the other with regard to the hidden parts.

61. One might think that this document was not treated appropriately by the Court, which did not make use of its powers in order to determine the truth of the matter. We are in a very special situation where the party on which the onus of proof is incumbent has honoured its obligation up to the point where it comes up against the intent of its opponent, which is in possession of the exhibit requested and hence the key to a solution; it follows that we are faced with a situation of inequality to the detriment of the applicant State, and action by the Court would merely have restored the equality of the parties by applying reasonably and equitably the principle of onus of proof. Such a solution would be in keeping with the conclusions drawn from the debates of the Institute of International Law⁶⁴ and would not call into question, in the opinion of a former President of the Court, the Court’s impartiality or independence⁶⁵.

Furthermore, although there is not in the Statute and Rules of Court any rule regarding the obligation to co-operate where evidence is concerned, the opposing party must nevertheless act in good faith and not oppose the production of an exhibit in its possession which is needed to establish

⁶⁴ According to the Rapporteur, C. F. Amerasinghe,

“[i]n the application of this principle the tribunal may in the appropriate circumstances divide the burden of proof in relation to a particular situation”

and he proposes, in the draft Articles, provisions that the parties must co-operate with the Tribunal for the production of evidence, particularly that which is in their possession or under their control (cf. “Principes en matière de preuve dans le procès international”, *op. cit.*, p. 197 and pp. 392 *et seq.*).

⁶⁵ Cf. the observations of President G. Guillaume on the report of C. F. Amerasinghe to the Institute of International Law, “Principes en matière de preuve dans le procès international”, *op. cit.*, p. 314.

pour l'établissement des faits⁶⁶; la doctrine est généralement d'accord pour dire qu'il y a là un principe général de droit⁶⁷ et, comme le rappelle le rapporteur de la Commission du droit international, le professeur George Scelle, lors des travaux relatifs au modèle de règles sur la procédure arbitrale: «il est ... un principe certain, c'est que les États en litige ont l'obligation de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve»⁶⁸. On ne peut donc que relever ou déplorer la pusillanimité et le refus de la Cour de se donner, en toute légalité et équité, un moyen parmi d'autres de s'assurer de la réalité d'une allégation dans un dossier où la recherche de la vérité est particulièrement attendue et nécessaire. Une position excessivement rigide dans ce domaine ne peut qu'aboutir à des résultats déraisonnables ou injustes⁶⁹, parce que «les circonstances de fait» que la Cour doit prendre en considération (Règlement, art. 95, par. 1) ne l'ont pas été effectivement, en raison de l'absence d'un élément de preuve dont elle aurait pu requérir la production; il est loisible de rappeler ici la pertinente observation du juge Bustamante, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*:

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

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

62. Si, dans l'avenir, la Cour devait se prononcer à nouveau sur l'existence d'un génocide, on peut se demander comment elle pourrait s'acquit-

⁶⁶ C'est incontestablement ce principe qui a inspiré le comportement de la Suisse dans l'affaire de l'*Interhandel*, lorsqu'elle déclare:

«Toutefois, si la Cour le désirait, le Gouvernement suisse serait disposé à se départir de toute règle stricte relative à la répartition du fardeau de la preuve entre la partie demanderesse et la partie défenderesse.» (Mémoire de la Suisse du 3 mars 1958, *C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 128, par. 82.)

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

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

⁶⁹ Cf. C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, p. 219.

the facts⁶⁶; legal opinion is generally in agreement in calling that a general principle of law⁶⁷ and, as recalled by the Rapporteur of the International Law Commission, Professor George Scelle, during its work on model rules for arbitration proceedings, “there is . . . a definite principle that the contesting States are under an obligation to co-operate in good faith in the production of evidence”⁶⁸. One cannot thus help noting or deploring the pusillanimity of the Court and its refusal to provide, in all legality and equity, a means among others of ascertaining the truthfulness of an allegation in a case where the search for truth is particularly awaited and necessary. An over-rigid position in this respect can only lead to unreasonable or unjust results⁶⁹, because the “statement of the facts” that the Court must take into consideration (Rules, Art. 95, para. 1) has not been so considered, on account of the absence of an item of evidence the production of which it would have been able to require. One might take the liberty here to recall the relevant observation of Judge Bustamante in the *Barcelona Traction* case:

“I naturally accept that in each case the onus of proof is placed on one of the parties, but it is also true that the overriding interests of justice give the Court the faculty of taking such steps as are possible to induce the parties to clarify what is not sufficiently clear.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 80.)

One might thus conclude that the Court has missed a good opportunity to put into effect legitimately the powers attributed to it by the Statute with regard to evidence; while that is particularly regrettable in the dramatic circumstances of the present case, it could also be so on a more general level in the future, in any case in which crimes are alleged on the basis of identified items of evidence held by one of the parties which refuses to produce them. By refraining from action, at the request of the other party or on its own initiative — when such action is demanded by the search for truth — the Court is in danger of creating a disturbing and concerning precedent.

62. If, in the future, the Court should once again be called upon to rule on the existence of a genocide, one might wonder how it could really

⁶⁶ It was undoubtedly this principle that prompted the conduct of Switzerland in the *Interhandel* case, when it stated:

“However, should the Court so desire, the Swiss Government would be willing to depart from any strict rule as to the sharing of the burden of proof between the applicant Party and the respondent Party.” (Memorial of Switzerland of 3 March 1958, *I.C.J. Pleadings, Interhandel*, p. 128, para. 82.)

⁶⁷ Cf. G. Niyungeko, *op. cit.*, pp. 172 *et seq.*; J. C. Witenberg, *op. cit.*, pp. 47-49; C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, pp. 305-306, together with the observations of Sir Ian Sinclair, p. 327.

⁶⁸ Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1950, p. 134.

⁶⁹ Cf. C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, p. 219.

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

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

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

Du fait de cette incertitude et compte tenu des explications qui vont suivre, on ne peut qu'éprouver de sérieux doutes devant la démarche de

perform such a task. In the present case, had there not been the huge investigative work carried out by the ICTY Office of Prosecution and the painstaking cross-checking performed by the ICTY trial chambers to establish the facts and the reality of acts of genocide, the Court would not have been in a position to draw on appropriate knowledge of the facts in order to rule on the alleged crimes and responsibilities engaged. Whatever it may say, and contrary to what it suggests in paragraph 181, the Court does not possess the legal and material facilities to conduct the necessary investigations in order to establish the guilt of the persons said to be the perpetrators of acts of genocide, which is the first step in subsequently determining whether those acts are attributable to persons or organs under the authority, in one way or another, of the State accused of breaching the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. In the present case, the role played by the ICTY, the contribution of various United Nations bodies and other regional and national organizations, as well as the change of régime in Belgrade and the fall of the leaders of the FRY implicated in the violence in Bosnia, facilitated the establishment of the facts and access to evidence. But, in a different context, in which the leaders of the accused State were still in power and there was no international criminal tribunal with a mandate to prosecute the perpetrators of genocidal acts, the Court would find it practically impossible to gather sufficient evidence to enable it to decide on the reality of the acts of genocide and come to conclusions concerning the possible involvement of a State; all the more so since the Court has shown a highly restrictive approach to the application and interpretation of its Rules by refusing to play a more active role in establishing the facts and seeking out the truth.

63. While refusing to request the production of the document, the Court suggests that it is at liberty to draw the relevant conclusions from its non-disclosure (para. 206); however, none were drawn in the present case. In fact, the major finding against the Respondent in the Judgment — which consisted of saying in this case that it did not fulfil its obligation to prevent and punish the crime of genocide — appears to have no link to the document of which the Court did not see fit to request the disclosure. Without knowing the exact contents of the hidden text, it is objectively difficult and very hazardous to state whether those contents might have had a decisive influence one way or another in deciding on the principal allegations made against the Respondent:

- the commission of genocide through its organs or by persons whose acts engaged its responsibility;
- conspiracy to commit genocide or incitement to genocide;
- complicity in genocide.

In view of that uncertainty and of the explanations below, one cannot help but entertain serious doubts about the Court's approach; by finding

la Cour; en concluant à l'absence de violation des trois obligations susmentionnées, sans avoir effectué l'effort approprié pour encourager la production d'éléments de preuve, la Cour ne peut que susciter des interrogations et des objections tant en ce qui concerne l'application et l'interprétation de son Règlement que les conclusions auxquelles elle est parvenue.

IV. LE PROBLÈME DE L'INTENTION DANS LE CRIME DE GÉNOCIDE

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

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

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

that no breaches took place of the three above-mentioned obligations, without having made appropriate efforts to encourage the production of items of evidence, the Court can only give rise to questions and objections as regards both the application and interpretation of its Rules and the findings at which it has arrived.

IV. THE PROBLEM OF INTENT IN THE CRIME OF GENOCIDE

64. The definition of the crime of genocide given by the Convention in its Article II rests upon the combination of two elements, the material element (*actus reus*) and the intentional element (*mens rea*). In addition to genocide, the Convention punishes the acts of conspiracy, incitement and attempt to commit genocide, and complicity in genocide. It is also incumbent on all States bound by the Convention to prevent and punish the commission of genocide. Acts of genocide are always committed by individuals, under the authority of an entity which is the real orchestrator of these acts⁷⁰; this is generally a State acting through its organs or through third organs operating on its account, on its behalf or even on the basis of a *de facto* relationship with this State, without being legally vested in any power. Hence the link between the legal entity which is the State and the offence is mediate, through the agency of individuals dependent on it in some manner and, for this reason, capable of engaging the responsibility of the State concerned. This reality considerably affects the evidence of genocidal intent, namely which are the wrongdoers whose intent is required: is it the actual perpetrator of the act, the planner of the crime, or both?

65. The crimes punished under the Convention being all intentional crimes, they may be relied on to establish, on the one hand, the individual responsibility of their perpetrators and, on the other, State responsibility, as the Convention does not confine the acts listed in Article III to individual responsibility, as we have seen in the preceding developments. What is special about the crime of genocide is that it requires the combination of a general intent and a specific intent, the evidence of the intentional element being subjected to the general rules of evidence before the Court, which must seek out or deduce that intent from the circumstances of the case, its task having been greatly facilitated by the work already completed by the international criminal tribunals, which

⁷⁰ According to the ICTR, “although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organisation” (*Kayishema* case, 21 May 1999, para. 94). The ICTY noted “that it will be very difficult in practice to provide proof of the genocidal intent of an individual if the crimes committed are not widespread and if the crime charged is not backed by an organisation or a system” (*Jelisić* case, Trial Chamber I, Judgment of 14 December 1999, para. 101).

pli par les tribunaux pénaux internationaux qui apportent à la fois des éléments de preuve et des éclaircissements sur l'intention.

A. *L'élément intentionnel*

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

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

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

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

⁷¹ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 17.

⁷² A. Cassese, *op. cit.*, p. 184.

⁷³ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 19-20.

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

have contributed both items of evidence and insight with respect to intent.

A. *The Intentional Element*

66. There is frequent discussion of the importance accorded to the intentional element, some regretting the subjectivism introduced into the Convention with the fear of seeing “the perpetrators of a crime escape punishment on the pretext of absence of wrongful intent”⁷¹, and that this “offers States a convenient way out”⁷². “There is a widespread opinion preferring to consider that there is genocide from the moment that there is mass extermination, without any need to take account of the end purpose pursued”⁷³, but this position is liable to have an adverse effect on the conventional definition of genocide, emphasizing a special intent to destroy a group as such. If the mass exterminations are not aimed at individuals on the very account of their membership of a particular group, one cannot speak of genocide within the terms of the Convention; on the other hand, as one author has noted,

“there will be . . . genocide from the moment when, in the course of a policy whose harmful consequences are plainly apparent, whatever the actual purpose, the intent to destroy a group as such emerges. To pursue, if not to shape, such a policy must in such a case be considered to constitute genocide, even if its destructive effects were not initially intended.”⁷⁴

67. Some legal writers maintain that the crime of genocide covers acts which, without being originally intended to cause the physical disappearance of a group, lead to disappearance or the risk of disappearance on account of their being carried out. This sense “would make it possible to qualify as a crime of genocide, in addition to the deliberate annihilation of a group, the practices of forced population displacements and other acts of ‘ethnic cleansing’”⁷⁵, as we shall see later. In all cases, what characterizes the crime of genocide as defined by the Convention is the existence of a wrongful intent and, more specifically, a general wrongful intent and a special intent.

68. General intent is effective knowledge of the material elements of the offence and of the perpetrator’s intent to act. The definition of genocide requires a general intent which is that to commit one of the five acts listed in Article II, namely:

⁷¹ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 17.

⁷² A. Cassese, *op. cit.*, p. 184.

⁷³ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 19-20.

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

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

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

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

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

70. L'intention spécifique doit être distinguée du mobile. Certains auteurs considèrent que le dol spécial est l'inclusion du mobile dans l'intention délictueuse, et que «la théorie du génocide ... déroge [ainsi] au droit commun en ce qu'elle englobe le mobile dans la constitution légale du délit»⁷⁸. Toutefois, ces analyses ne sont pas toujours claires et introduisent un doute sur deux notions différentes qui semblent parfois être utilisées l'une pour l'autre, surtout lorsque certains assimilent le mobile

⁷⁶ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ N. Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary*, 1960, p. 58 («Il n'est pas nécessaire que la destruction effective ait lieu; l'intention suffit»); M. N. Shaw, «Genocide in International Law», *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, 1989, p. 797-805 («La destruction physique effective n'est pas nécessaire; ce qui est essentiel, c'est qu'il faut apporter la preuve de l'élément subjectif») [traduction du Greffe].

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

- (a) killing members of the group;
- (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) forcibly transferring children of the group to another group.

By their very nature, these acts constitute conscious and deliberate acts, and cannot be the product of accident or oversight. The emphasis placed on intention in subparagraph (c) (deliberately inflicting) has no real legal consequence, since the intention must be established in each of the acts enumerated. As has been observed,

“the limitative character of the enumeration contained in Article II is in principle readily understandable in view of the traditional rules expressed in criminal law by the adages *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*. Besides, this should not be carried too far since the terms used are relatively broad and must remain so, despite the principle of restrictive interpretation of the punitive provisions.”⁷⁶

69. In the crime of genocide, it does not suffice that the perpetrator has wished to commit one of the acts listed in Article II; the perpetrator must have further acted “with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group”. This specific intent therefore requires the acts to be likely to cause specific damage, and the perpetrator to be aware of that. Actual destruction of the group is not a precondition for characterizing the crime of genocide; the mere intent to seek that specific damage suffices to conclude that the offence exists⁷⁷.

70. The specific intent must be distinguished from the motive. Some legal writers consider that special intent is the inclusion of the motive in wrongful intent, and that “the theory of genocide derogates from general law in that it includes the motive in the legal constitution of the offence”⁷⁸. However, these analyses are not always clear and introduce a doubt regarding two different notions which sometimes seem to be used one for the other, particularly when some treat the motive (“*mobile*”) as equiva-

⁷⁶ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 15.

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

⁷⁸ H. Donnedieu De Vabres, “De la piraterie au génocide: les nouvelles modalités de la répression criminelle”, *Mélanges G. Ripert*, 1950, Vol. 1, p. 245, cited by J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 17.

au dol spécial, et appellent « motifs » les autres raisons indifférentes à l'infraction. Par exemple ce que certains auteurs appellent « mobiles » et excluent de la définition de l'infraction⁷⁹, d'autres l'appellent « motifs » et ils l'excluent également de la définition de l'infraction⁸⁰. Ce qui importe dans l'application de la convention sur le génocide est que ses rédacteurs aient décidé d'inclure dans la définition du crime de génocide l'intention spécifique de détruire un groupe particulier (que certains appellent « mobile »), et d'exclure les autres raisons qui peuvent sous-tendre cette volonté destructrice. L'intention consiste en la volonté d'un résultat délictueux, alors que le mobile est la raison qui pousse l'agent à accomplir l'infraction (par exemple la vengeance, l'enrichissement, etc.); le mobile pouvant varier d'une personne à une autre dans un même type d'acte, l'infraction est indifférente aux mobiles, quels qu'ils puissent être⁸¹. L'intention spécifique dans le crime de génocide peut être complexe et comporter plusieurs aspects, mais il doit toujours s'agir de l'intention de « détruire, en tout ou en partie, un groupe ... comme tel », le groupe visé pouvant être « national, ethnique, racial ou religieux » (convention sur le génocide, art. II).

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

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

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

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

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

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

⁸³ Arrêt du 19 avril 2004, par. 31.

lent to special intent and term as motives (“*motifs*”) the other reasons irrelevant to the offence. For example, what certain authors call “*mobiles*” and exclude from the definition of the offence⁷⁹, others call “*motifs*” and also exclude from the definition of the offence⁸⁰. What is important in the application of the Genocide Convention is that its drafters decided to include in the definition of the crime of genocide the specific intent to destroy a particular group (that some call “*motive*”), and to exclude the other reasons which may underlie that destructive will. The intent in question consists in the seeking of a wrongful result, while the motive is the reason prompting the offender to carry out the offence (e.g., revenge, enrichment, etc.); the motive may vary from one person to another in a same type of act, and the offence is irrelevant to the motives, whatever they may be⁸¹. The specific intent in the crime of genocide may be complex and comprise several aspects, but what must always be involved is the “intent to destroy, in whole or in part, a . . . group, as such”, which group may be “national, ethnical, racial or religious” (Genocide Convention, Art. II).

1. To destroy, in whole or in part, a . . . group, as such

71. Literally, to destroy (*détruire*) is “*altérer profondément et violemment (quelque chose d’organisée) de manière à faire perdre l’aspect, la forme, les caractères essentiels*” (“to alter profoundly and violently (something organized) in such a manner as to cause it to lose its aspect, form and essential characteristics”)⁸². Killing is one of the manners of destroying but not the only one. The ICTY Appeals Chamber stated, in the *Krstić* case, that the intent to destroy the group as a separate and distinct entity can also be manifest in the forcible transfer of a population, which would thus be an “additional means by which to ensure the physical destruction” of the targeted community⁸³. The prohibited act must be committed because of the victim’s membership of a particular group and for the purpose of achieving the overall aim of destroying the group. But the perpetrator of the genocide does not have to seek to destroy the entire group; it suffices that the perpetrator’s intent is to destroy part of it. According to some legal writers, the addition of “as such”, “solely seeks to highlight the

⁷⁹ A. M. La Rosa and S. Villalpando, “Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la convention de 1948 à l’heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d’appréhension des éléments constitutifs du crime”, *op. cit.* (“the offence is irrelevant to the motives, whatever they may be”).

⁸⁰ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 19 (“les motifs pour lesquels le génocide est perpétré sont parfaitement indifférents” [“the motives for perpetration of the genocide are perfectly irrelevant”]).

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

⁸² *Le Robert*, dictionnaire de la langue française, 2nd ed., 1992.

⁸³ Judgment of 19 April 2004, para. 31.

tion, pour discutable que puisse paraître son emploi»⁸⁴. D'après le commentaire du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui reprend la définition du génocide de la convention de 1948, détruire le groupe «comme tel» signifie détruire «une entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe»⁸⁵.

72. Notons que la Convention ne prévoit pas de seuil quantitatif pour la réalisation du crime de génocide. Dès lors que l'intention est établie et que l'exécution du crime a commencé, rien n'empêche qu'un génocide soit commis même si le nombre de victimes est réduit. Il suffit d'avoir commis l'un quelconque des actes énumérés dans l'intention de parvenir à la destruction totale ou partielle d'un groupe protégé; sur le plan du principe et à la limite, on peut dire qu'«un seul meurtre, une seule atteinte à l'intégrité physique d'un membre du groupe seraient suffisants, pourvu qu'ils soient accompagnés de l'intention spécifique de leur auteur»⁸⁶; toutefois, une telle situation relève plutôt de l'hypothèse d'école, car dans toute politique de génocide il y a inévitablement ou nécessairement un aspect quantitatif et à tout le moins le crime doit viser un nombre suffisamment important, ou une partie substantielle du groupe protégé, comme le relève la Cour (arrêt, par. 198). Dans la présente affaire, les preuves d'un grand nombre de meurtres et d'autres atrocités commises systématiquement dans différents endroits du territoire bosniaque ne manquent pas. Les écritures et les plaidoiries du demandeur abondent d'exemples que le défendeur — faute d'en contester la réalité pour la plupart d'entre eux — s'efforce de minimiser ou de leur donner une qualification différente. Selon le recoupement de multiples témoignages, des dizaines de milliers de non-Serbes, musulmans pour la plus grande partie d'entre eux, ont été tués de 1992 à 1995, et ces pratiques constantes constituaient pour une partie d'entre elles des formes de destruction de la communauté «non serbe», si on admet que le groupe peut être défini d'une manière négative. Sans prétendre être exhaustive, la Cour donne une illustration accablante de l'importance et de la gravité des meurtres commis contre les populations civiles dans les paragraphes 245 à 276; si leur nombre se compte souvent par dizaines ou centaines, il se compte parfois par milliers comme cela est indiqué par la Cour dans plusieurs paragraphes (247, 252, 257-259, 262 et 271).

2. *Un groupe national, ethnique, racial ou religieux*

73. Le but de la Convention est de protéger des groupes aussi larges

⁸⁴ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 19.

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

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

essence of a particular crime represented by the intent to destroy a group of human beings; it carries no other restriction, however questionable its use may seem”⁸⁴. According to the commentary on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, which uses the definition of genocide in the 1948 Convention, to destroy the group “as such” means destroying “a separate and distinct entity, and not merely some individuals because of their membership in a particular group”⁸⁵.

72. Let us note that the Convention does not stipulate any quantitative threshold for the crime of genocide. Once intent has been established and perpetration of the crime has begun, there is nothing to prevent genocide from having been committed even if the number of victims is small. It suffices to have committed any of the acts enumerated in the intent to achieve the destruction, in whole or in part, of a protected group; in principle, one could even go so far as to say that “a single murder, a single assault causing bodily harm to a member of the group would suffice, provided that they are accompanied by the specific intent of the perpetrator”⁸⁶. That is a theoretical assumption, however, as there is inevitably or necessarily a quantitative aspect to any genocidal policy, and the crime must at the very least target a sufficiently large number of individuals or a substantial part of the protected group, as noted by the Court (Judgment, para. 198). In the present case, there is no lack of evidence of a great many murders and atrocities committed systematically in various parts of Bosnian territory. The written and oral pleadings of the applicant State abound in examples that the Respondent — being unable to dispute the facts in most instances — endeavours to minimize or give a different qualification. According to numerous, cross-checked testimonies, tens of thousands of non-Serbs, most of them Muslims, were killed between 1992 and 1995, and this constant practice constituted, in certain cases, forms of destruction of the “non-Serb” community, if one accepts this negative manner of defining the group. Without claiming to be exhaustive, the Court gives a damning overview of the extent and seriousness of the killings perpetrated on civilian populations in paragraphs 245 to 276; if the number of victims was often in the tens or hundreds, it sometimes reached the thousands, as indicated by the Court in several paragraphs (247, 252, 257-259, 262 and 271).

2. *A national, ethnical, racial or religious group*

73. The Convention seeks to protect groups of the most extensive kind

⁸⁴ J. Verhoeven, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁵ Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session, United Nations, doc. A/51/10, p. 45.

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

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

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

⁸⁷ *Documents officiels de la troisième session de l'Assemblée générale, première partie, Sixième Commission*, 69^e séance, p. 58 (M. Pérez Perozo, Venezuela).

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

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

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

possible, provided they present “the essential element of stability”⁸⁷. The stability and the permanence of the group are among the reasons which prompted the drafters of the Convention not to include economic, political, cultural or social groups among the groups protected. The Convention does not supply a precise definition of the terms “national, ethnical, racial or religious”, which is not really a shortcoming since what is important is not so much the objective determination of the characteristic features of each group as the fact that “measures have been taken in practice to distinguish them”⁸⁸. Examining the preparatory work for the 1948 Convention, the ICTR specified that the Convention seeks to protect “any stable and permanent group”⁸⁹. This was the case of the Tutsis, whose identity cards showed their ethnic affiliation. This is also the case of the Serbs, Croats and Muslims, defined as such in the Constitution of the SFRY, then that of Bosnia and Herzegovina.

74. Muslim identity is not regarded in Bosnia as the mere fact of belonging to a religion; it refers to a group of persons sharing a particular culture, language and traditional way of life, as the applicant State indicates. It is therefore the expression “ethnic group” which covers most closely the motivation behind the crimes committed in Bosnia and Herzegovina by the Serbs. The ethnic group generally defines an infra-national and infra-State cultural or linguistic group. The victim may be the “Muslims of Srebrenica”⁹⁰ or of any other municipality, since they form part of the broader group represented by “the Bosnian Muslims”. The applicant State raised the possibility of defining the group negatively, namely “non-Serbs” (CR 2006/32, p. 23, para. 9 (Stern)); that does not imply the absence of acts of genocide for want of specific groups targeted, as the Respondent argues, for two communities were specially targeted, the Croats of Bosnia and Herzegovina and above all the Muslims of Bosnia and Herzegovina. As the Court has found, after the ICTY, on the basis of the information establishing the facts, the genocide was mainly targeted against the Muslims: quantitatively because they were the main victims of the mass-scale crimes; intentionally because they were targeted by the inflammatory statements of Serb leaders (notably by the political leader of the Bosnian Serbs, R. Karadžić). The fact that Croats have also been victims of crimes does not detract from the genocidal dimension of the criminal design. In all the genocides committed and recognized (Tutsis, Jews), persons of other groups than the originally targeted group have been victims without that affecting the reality of the characterization of genocide. In view of this, one might question the validity of

⁸⁷ *Official Records of the General Assembly, Third Session, Part I, Sixth Committee, 69th meeting, p. 58* (Venezuela, Pérez Perozo).

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

⁸⁹ *Akayesu* case, Judgment of 2 September 1998, para. 701.

⁹⁰ Used by the ICTY in several cases (*Tadić, Krstić, Blagojević*).

et la qualification du génocide. De ce fait, on peut s'interroger s'il est justifié de retenir seulement une définition positive du groupe visé et d'exclure toute définition négative; une telle position est excessivement restrictive et l'interprétation dans le sens des travaux préparatoires de la convention sur le génocide et de l'avis consultatif de la Cour de 1951 (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), au paragraphe 194 de l'arrêt, ne repose pas sur des bases convaincantes.

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

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

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

retaining only a positive definition of the group targeted and of rejecting any negative definition; such a position is excessively restrictive and the corresponding interpretation of the drafting history of the Genocide Convention and the Court's 1951 Advisory Opinion (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*) in paragraph 194 of the Judgment is not based on convincing assumptions.

75. It was on the basis of the massacre of some 7,000 Muslims that the ICTY characterized the acts committed in 1995 in Srebrenica as genocide. General Radislav Krstić, whose individual genocidal intent was not upheld, was sentenced for complicity in genocide by the Trial Chamber on 2 August 2001, which sentence was upheld by the Appeals Chamber on 19 April 2004. It is on the basis of factual realities and the overall intent behind the crimes committed that the applicant State submits, with sufficiently convincing arguments, the existence of an intent on the part of the Serbs not just to remove completely the non-Serbs, particularly the Muslims, from certain Bosnian territories, but also to destroy the greater part and sometimes all of them in certain regions. In view of the special context of the acts committed in Bosnia and Herzegovina, there is indeed justification for extending the sense of "ethnic group", or rather adopting a negative or reverse definition of it. It was in their awareness of their own membership of an ethnic group that the Serbs resolved to destroy on Bosnian territory the individuals not so affiliated. The concept of the objective reality of the ethnic group needs some tempering in keeping with the circumstances, so as also to take into consideration a subjective concept of the ethnic group on the part of the perpetrators of the crimes in the choice of their victims. The important consideration is the discriminatory choice of the victims on the basis of an affiliation or non-affiliation judged subjectively by the criminals.

76. Analysing the acts committed in Bosnia, Victor-Yves Ghebali recalls that the SFRY, before its break-up, comprised various branches of the Slav ethnic group (thus Serbs, Croats and Muslims) and non-Slav ethnic groups (such as the Albanians)⁹¹; ethnic conflicts arise as soon as one of the protagonists makes a battle cry of protection of the collective identity of its proto-nation. The author also recalls the phantasmic dimension inherent in any genocide and the overestimation of the "collective Self" of an ethnic group, accompanied by the ontological diabolizing of another ethnic group of the nation-State being deconstructed. The need to restore a mythical State of original ethnic purity is then used to justify exterminating the diabolized ethnic group. Denouncing the ethno-nationalistic self-overestimation of the Serbs, Mr. Ghebali confirms that

⁹¹ V.-Y. Ghebali, "Les Nations Unies et les organisations régionales dans les conflits yougoslaves : complémentarité ou concurrence?", *Les Nations Unies et l'ex-Yougoslavie, rencontres internationales d'Aix-en-Provence*, 1998, p. 41. By the same author, "Le semblable et le différent. Réflexions sur les conflits ethniques de l'Europe post-communiste", *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, 1998.

fut l'objectif, et non la conséquence, de la guerre, avec sa dérive vers l'incitation à commettre un génocide.

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

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

B. La déduction de l'intention génocidaire

79. Celui qui allègue un fait doit le prouver et, une fois que le demandeur a satisfait à l'obligation d'établir les preuves des violations de la

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

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

ethnic cleansing was the purpose and not the consequence of the war, with its drift towards incitement to commit a genocide.

77. Let us note that the incitement must be direct and public at the same time, private incitement having not been taken into consideration by the drafters of the Convention. The intentional element of this offence lies in the awareness of the perpetrator that the acts that he or she is committing incite the commission of genocide. What is at issue is the intent to incite, regardless of whether or not such incitements have achieved their purpose and led effectively to the commission of genocide; direct and public incitement to commit genocide does not require proof that genocide has been committed. The fact of deliberately propagating the Greater Serbia ideology, of arousing racial hatred in the context of the period by calling for the creation of an exclusively Serb State, of inciting “ethnic cleansing” and of prompting a general spirit of ethnic and religious hatred, and so on, all amounts to direct and public incitement within the meaning of the Convention. In the *Tadić* case, for example, the ICTY went back over the propaganda campaign starting in 1989 to prepare the Serbs of Bosnia for the subsequent events by telling them that they were the target of a massacre that the Muslims were preparing⁹². The creation of a morbid climate of hate and fear centring on a specific group is always the starting-point for a policy of discrimination, gradually turning into a campaign of exactions and subsequently of elimination.

78. The intentional element of conspiracy to commit genocide lies in the resolve to act with the aim of committing genocide, and in participation in a joint plan. The existence of a genocidal plan is logically a part of such a criminal enterprise, even if it did not necessarily culminate in practice. From all the material gathered by the applicant State, what can be seen is the existence of a conspiracy between the Belgrade and Pale authorities to plan and implement a policy of elimination of the Muslim populations by means of the various armed formations of the “Republika Srpska”, the Serb paramilitaries and certain elements of the Serb military forces (VRS or army of the “Republika Srpska”). While the intent can sometimes be observed, it is generally deduced from a number of acts and behaviour patterns, the assessment of which is naturally left to the appreciation of the judges, having due regard for “the preponderance of the evidence or the balance of probabilities”⁹³.

B. Deduction of Genocidal Intent

79. A person alleging a fact must prove it and, once the Applicant has fulfilled the obligation of establishing proof of violation of the Conven-

⁹² *Tadić*, IT-94-I-T, Trial Chamber, Judgment of 7 May 1997, para. 96.

⁹³ A. M. La Rosa and S. Villalpando, “Le crime de génocide revisité. Nouveau regard sur la définition de la Convention de 1948 à l’heure de son cinquantième anniversaire. Tentative d’appréhension théorique des éléments constitutifs du crime”, *op. cit.*, p. 101.

Convention, c'est au défendeur qu'il appartient de produire les preuves à décharge démontrant que les faits allégués ne sont pas exacts ou qu'ils n'étaient pas commis dans l'intention de détruire un groupe protégé par la Convention. Les juges peuvent dès lors accepter tous les moyens de preuve qu'ils jugent pertinents et probants, puisque

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

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

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

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

1. La preuve de l'élément intentionnel

81. La Convention ne fournit aucune règle particulière en matière de preuve de l'élément moral. L'intention spécifique de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tout ou en partie, qui s'inscrit dans une politique générale étatique, est rarement expresse et doit nécessairement être déduite des circonstances de l'espèce, surtout quand il s'agit de prouver l'intention coupable d'un Etat. Pour démontrer l'intention génocidaire de la Serbie, il n'est pas nécessaire que tous les actes criminels soient commis par les agents de cet Etat directement, ni que tous les individus ayant commis des atrocités aient partagé l'intention génocidaire. L'établissement de l'existence d'un plan concerté de politique génocidaire prôné par des unités militaires et paramilitaires, auquel l'Etat en cause a adhéré, apporté aide et soutien pour sa réalisation, suffirait à établir l'intention de commettre le génocide ou d'en être complice, ce qui engage alors la responsabilité de cet Etat.

tion, it is for the Respondent to adduce the defence evidence demonstrating that the alleged facts did not take place or were not committed with the intent to destroy a group protected by the Convention. The judges can consequently accept all evidence that they deem relevant and compelling, since

“within the limits of its Statute and Rules, it [the Court] has freedom in estimating the value of the various elements of evidence, though it is clear that general principles of judicial procedure necessarily govern the determination of what can be regarded as proved” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 40, para. 60).

80. Documentary evidence remains a prime form of evidence, but official declarations are also an important source to which the Court resorts to substantiate the facts. The Court itself has said that:

“Among the legal effects which such declarations [by the authorities] may have is that they may be regarded as evidence of the truth of facts, as evidence that such facts are attributable to the States the authorities of which are the authors of these declarations and, to a lesser degree, as evidence for the legal qualification of these facts.” (*Ibid.*, p. 43, para. 71.)

Furthermore, “the Court is not bound to confine its consideration to the material formally submitted to it by the parties” (*ibid.*, p. 25, para. 30) and it can itself seek other items of evidence. However, as we have already had reason to deplore, the Court did not make use of the means available to it, even when it appeared appropriate to do so.

1. Evidence of genocidal intent

81. The Convention provides no particular rules regarding proof of the moral element. The specific intent to destroy a national, ethnic, racial or religious group in whole or in part, within a general State policy, is seldom expressed and must necessarily be deduced from the circumstances of the particular case, especially when the requirement is to prove the tortious intent of a State. To demonstrate the genocidal intent of Serbia, it is not necessary that all the criminal acts were committed by agents of that State directly, nor that all the individuals having committed atrocities shared the genocidal intent. The establishment of the existence of a concerted genocidal plan advocated by military and paramilitary units that the State in question endorsed, assisted and supported in its implementation would be sufficient to show intent to commit genocide or to be an accomplice to it, which would then engage the responsibility of that State.

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

2. *Le nettoyage ethnique*⁹⁶

83. L'expression «clinique» nettoyage ethnique a été apparemment utilisée pour la première fois en 1981 dans les médias yougoslaves, qui évo-

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

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

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

82. The applicant State has maintained that it is possible to presume the intent to commit genocide, but the requirement is rather to deduce this intent from the elements of the particular case and not to voice mere presumptions when it comes to proving a crime, especially such a serious one. It has been said in this respect: “The best evidence of an intentional element obviously lies in declarations, writings and other direct indications of the thinking of the perpetrator of the crime.”⁹⁴ Admittedly, in practice, because of the nature of this crime, it is hardly conceivable that rulers might publicly state or put in writing that they have a genocidal plan; hence it is essential to proceed by deduction in order to establish intent to take part in such a crime. The intent is therefore proved by logical deduction in the light of the acts of the accused by virtue of the principle that perpetrators are supposed to desire the consequences of their acts. With regard to genocide, the proliferation and systematic use of hate-filled speeches, violent shows of aggressiveness, instances of destruction⁹⁵ and cruel conduct, let alone massacres, towards a group protected by the Convention suggest or presuppose the intent to commit genocide. The number of victims is also an important item of evidence, for when the number of victims exceeds the tens of thousands of individuals belonging to one and the same group and extends to several geographical areas, that shows it to be a serious element of intent to commit genocide. In short, because such a subjective element as the intent to destroy a group is difficult to prove tangibly, it is essential to take account of all the relevant circumstances in the case, and above all of the convergence of items of evidence. It is for this reason that I am unable to subscribe to the assertions contained in certain paragraphs of the Court’s Judgment, *inter alia*, paragraphs 373 to 376, in which it dismisses the existence of a general plan to destroy a substantial part of the Bosnian Muslim population; in its examination, it does not really give due regard to or put into perspective all the material elements and evidence of intent apparent from the dossier before the Court.

2. *Ethnic cleansing*⁹⁶

83. The “clinical” expression “ethnic cleansing” was apparently used for the first time in 1981 in the Yugoslav media, referring to the estab-

⁹⁴ D. Boyle, “Génocide et crimes contre l’humanité: convergences et divergences”, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc — Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, 2003, p. 137.

⁹⁵ For example, in the *Karadžić* and *Mladić* cases, the Tribunal based its charge on, *inter alia*, the destruction of cultural monuments in finding the existence of this specific intent.

⁹⁶ Other expressions (e.g. ethnic purification) are sometimes used, without any detectable difference since they prove to be synonyms.

quaient l'établissement de «territoires ethniquement purs» au Kosovo⁹⁷ et, au départ, il s'agissait d'un vocabulaire journalistique et militaire sans définition juridique précise. Le terme fut par la suite utilisé par différents organismes, à commencer par le Conseil de sécurité des Nations Unies, pour décrire la situation en Bosnie; il a estimé que le nettoyage ethnique était illégal et inacceptable, justifiant le maintien et même l'intensification des sanctions à l'encontre de la RFY (résolution 752 (1992) du 15 mai 1992; résolution 787 (1992) du 16 novembre 1992). Le fait que la résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 créant le TPIY pour juger les diverses violations du droit humanitaire en Bosnie (préambule de la résolution) mentionne expressément le «nettoyage ethnique» dans son préambule comme crime grave est déjà un premier indice pour le considérer comme pouvant relever du crime de génocide. Pour sa part, l'Assemblée générale considéra dans un premier temps «l'odieuse pratique du nettoyage ethnique», qui constitue une violation grave et sérieuse du droit international humanitaire (résolution 46/242 du 25 août 1992), puis elle y revient de manière plus précise pour condamner «l'ignoble politique de «nettoyage ethnique», qui est une forme de génocide» (résolution 47/121 du 18 décembre 1992). La Commission des droits de l'homme usa de l'expression «purification ethnique» le 13 août 1992. L'année suivante, elle reprit les positions de l'Assemblée générale en rappelant que, d'une part, la population musulmane était «virtuellement menacée d'extinction», d'autre part, que le nettoyage ethnique dont elle était la principale victime constituait une forme de génocide. Selon le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, «[q]ualifier de «nettoyage ethnique» les atrocités commises avec l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux semble tout particulièrement relever de l'euphémisme»⁹⁸, et il fut d'avis que les exécutions de Musulmans et de Croates commises par les Serbes correspondaient bien au génocide tel que défini dans la convention de 1948. Dans l'affaire *Brdjanin*, le TPIY parle d'une «stratégie de nettoyage ethnique cohérente et constante à l'encontre des Musulmans de Bosnie»⁹⁹.

84. La purification ethnique peut être, au départ, un simple transfert forcé de population qui ne figure pas parmi les actes énumérés dans la Convention et ne peut constituer à lui seul une preuve de l'intention de détruire, puisque le déplacement suppose la survie du groupe, alors que le génocide vise sa disparition. Mais, l'opération peut dégénérer pour prendre une autre allure comme l'indique W. Schabas et devenir des: «[acts] aimed at displacing a population in order to change the ethnic

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

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

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

ishment of “ethnically pure territories” in Kosovo⁹⁷, and it was initially journalistic and military vocabulary without any precise legal definition. The term was subsequently used by various entities, beginning with the Security Council, to describe the situation in Bosnia; it considered that ethnic cleansing was illegal and unacceptable, justifying the maintenance and even intensification of sanctions against the FRY (resolution 752 (1992) of 15 May 1992; resolution 787 (1992) of 16 November 1992). The fact that resolution 827 (1993) of 25 May 1993 establishing the ICTY to try the various violations of humanitarian law in Bosnia (preamble to the resolution) expressly mentions “ethnic cleansing” in its preamble as a grave crime is already an item of evidence that it may be regarded as tantamount to the crime of genocide. For its part, the General Assembly initially considered the “odious practice of ‘ethnic cleansing’” to constitute a violation of humanitarian law (resolution 46/242 of 25 August 1992) and subsequently reverted to it more precisely to condemn “the abhorrent policy ‘ethnic cleansing’, which is a form of genocide” (resolution 47/121 of 18 December 1992). The Commission on Human Rights used the term “ethnic purification” on 13 August 1992. The following year, it echoed the positions of the General Assembly by recalling that, on the one hand, the Muslim population was “virtually threatened with extinction” and, on the other, that the ethnic cleansing of which it was the principal victim constituted a form of genocide. According to the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on extrajudicial executions, “[t]he description of atrocities committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group as ‘ethnic cleansing’ particularly seems to be a euphemism”⁹⁸, and he took the view that the executions of Muslims and Croats committed by the Serbs indeed corresponded to genocide as defined in the 1948 Convention. In the *Brdjanin* case, the ICTY speaks of a “coherent, consistent strategy of ‘ethnic cleansing’ against Bosnian Muslims”⁹⁹.

84. Ethnic purification may start out as a mere forcible population transfer not featuring among the acts listed in the Convention and cannot in itself constitute proof of the intent to destroy, since displacement presupposes the survival of the group while genocide seeks its disappearance. But the operation can degenerate to take on another aspect, as observed by W. Schabas, and become “acts aimed at displacing a population in order to change the ethnic composition of a given territory, and

⁹⁷ D. Petrović, “Ethnic Cleansing — An Attempt at Methodology”, *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, No. 3, p. 342.

⁹⁸ “Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions”, Note by the Secretary-General, United Nations, doc. A/51/457, para. 69.

⁹⁹ IT-99-36-T, Judgment of 1 September 2004, paras. 548-551; CR 2006/5, p. 30 (Karađiannakis).

composition of a given territory, and generally to render the territory ethnically homogenous or «pure»¹⁰⁰. Surtout, la purification ethnique est rarement un acte isolé de déplacement forcé, car elle est généralement accompagnée de meurtres, viols, tortures et autres actes de violence, destruction des biens religieux et culturels pour effacer toute trace de l'ethnie pourchassée. Dès lors, sur le terrain des faits, le nettoyage ethnique et le génocide sont deux notions qui se rapprochent et W. Schabas admet que le nettoyage ethnique est le signal d'alarme annonçant un génocide¹⁰¹. L'annonce fut malheureusement confirmée à Srebrenica où tous les hommes en âge de porter les armes furent systématiquement tués, et le reste de la population fut déplacé par la force; environ 7000 Musulmans ont été tués, ce qui représente 20% de la population de cette région. Dans l'affaire *Krstić*, comme nous l'avons déjà indiqué, le TPIY a dit que «le transfert forcé pouvait être un autre moyen de parvenir à la destruction physique de la communauté des Musulmans»¹⁰², et il ajoute:

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

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

3. La jurisprudence du TPIY

86. Le Statut du TPIY, article 4, paragraphe 2, définit le génocide en incorporant les articles II et III de la Convention de 1948, permettant ainsi aux juges d'appliquer cette Convention, tout en reconnaissant que celle-ci avait codifié une norme de *jus cogens*. Les jugements du TPIY sont d'une grande utilité et d'une réelle pertinence pour la Cour dans la détermination des faits et la définition du génocide puisque le Tribunal a eu l'occasion d'évaluer les faits ainsi que les intentions de leurs auteurs, relevant ce faisant des éléments de preuve de l'existence d'un plan de

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

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 201.

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

¹⁰³ *Ibid.*, par. 33.

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

generally to render the territory ethnically homogenous or ‘pure’¹⁰⁰. Above all, ethnic purification is seldom an isolated act of forcible displacement, for it is generally accompanied by murder, rape, torture and other acts of violence and the destruction of the religious and cultural heritage in order to wipe out all trace of the ousted ethnic group. Consequently, the factual situation is that ethnic cleansing and genocide are two notions that come closer to each other, and W. Schabas acknowledges that ethnic cleansing is the alarm signal heralding genocide¹⁰¹. This was sadly confirmed in Srebrenica, where all men of an age to bear arms were systematically killed and the rest of the population forcibly displaced; some 7,000 Muslims were killed, which represents 20 per cent of the population of the area. In the *Krstić* case, as has already been indicated, the ICTY said that “forcible transfer could be an additional means by which to ensure the physical destruction of the Bosnian Muslim community”¹⁰², and it added that

“[t]he fact that the forcible transfer does not constitute in and of itself a genocidal act does not preclude a Trial Chamber from relying on it as evidence of the intentions of members of the VRS Main Staff. The genocidal intent may be inferred, among other facts, from evidence of other ‘culpable acts systematically directed against the same group’.”¹⁰³

85. Furthermore, the contribution of the *Nikolić* case in this respect is of interest because it introduces a globalizing vision of genocide which is described as a crime reflecting and covering a variety of acts where the intention may be deduced from the policy of “ethnic cleansing” and even from the gravity of the discriminatory acts¹⁰⁴. It is therefore in such a context that ethnic cleansing should be placed, meaning that there gradually ceases to be a frontier with genocide itself; it is at once the warning signal, the means and the purpose.

3. *The case law of the ICTY*

86. The ICTY Statute, Article 4, paragraph 2, defines genocide by incorporating Articles II and III of the 1948 Convention, thereby enabling judges to apply that Convention, while recognizing that it had codified a rule of *jus cogens*. The judgments of the ICTY are of great use and real relevance for the Court in determining the facts and defining genocide, since the Tribunal has had occasion to evaluate the facts and the intentions of the perpetrators, thereby uncovering evidence of the existence of a genocidal plan among the persons who perpetrated and planned

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

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰² *Prosecutor v. Krstić*, Appeals Chamber, Judgment of 19 April 2004, para. 31.

¹⁰³ *Ibid.*, para. 33.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Nikolić*, Decision of 20 October 1995, para. 34.

génocide au niveau des auteurs et planificateurs des opérations engagées en Bosnie-Herzégovine. Parmi les personnes poursuivies devant le TPIY, dix-huit ont été mises en accusation du chef de génocide et/ou de complicité de génocide. La chambre de première instance s'est déclarée «convaincue au-delà de tout doute raisonnable qu'un crime de génocide avait été commis à Srebrenica» dans deux cas (affaire *Radislav Krstić*¹⁰⁵ et affaire *Blagojević*¹⁰⁶) et elle a reconnu les deux accusés coupables de complicité de génocide. Quatre autres personnes ont été acquittées du crime de génocide, mais jugées coupables d'autres crimes¹⁰⁷, trois personnes ont plaidé coupable et le chef d'accusation de génocide a été retiré¹⁰⁸, six affaires sont encore pendantes¹⁰⁹, et trois accusés sont toujours en fuite¹¹⁰.

87. La jurisprudence des arrêts des tribunaux pénaux, s'agissant de l'élément intentionnel, peut être éclairante. Par exemple, la contribution de l'arrêt *Ntakirutimana*¹¹¹ réside dans le fait que la chambre d'appel du TPIR a repris, dans cette affaire, certaines conclusions de la chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Krstić*. En conséquence, les conclusions de l'arrêt *Krstić* s'imposent désormais aux chambres de première instance du TPIY et du TPIR. Au terme de son analyse, la chambre d'appel du TPIR a retenu et appliqué les conclusions de l'arrêt *Krstić*, en jugeant que «l'intention de commettre le génocide n'est pas requise pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'avoir aidé et encouragé le génocide » (par. 508) [traduction du Greffe] et que «le Statut et la jurisprudence du tribunal de ceans permettent de déclarer un accusé coupable d'avoir aidé et encouragé le génocide s'il est établi que cet accusé connaissait l'intention génocidaire de l'auteur principal» (par. 501) [traduction du Greffe]. Considérant les faits de l'espèce, la chambre d'appel a considéré que la responsabilité pénale de Gérard Ntakirutimana était engagée pour avoir «aidé et encouragé le génocide» et elle a prononcé une nouvelle condamnation à cet effet (par. 509 et 560).

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

¹⁰⁵ *Krstić* (IT-98-33).

¹⁰⁶ *Blagojević* (IT-02-60).

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

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

¹⁰⁹ *Beara* (IT-02-58), *Borovcanin* (IT-02-64), *Krajisnik* (IT-00-39 et 40), *Drago Nikolić* (IT-03-63), *Pandurević* (IT-05-86) et *Popović* (IT-02-57).

¹¹⁰ Karadžić, Mladić et Tolimir.

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

the operations carried out in Bosnia and Herzegovina. Among the persons prosecuted before the ICTY, 18 were charged with genocide and/or complicity in genocide. The Trial Chamber was “convinced beyond any reasonable doubt that a crime of genocide was committed in Srebrenica” in two cases (*Radislav Krstić* case¹⁰⁵ and *Blagojević* case¹⁰⁶) and it found the two accused guilty of complicity in genocide. Four other individuals were acquitted of the crime of genocide but found guilty of other crimes¹⁰⁷, three individuals pleaded guilty and the charge of genocide was withdrawn¹⁰⁸, six cases are still pending¹⁰⁹ and three accused are still at large¹¹⁰.

87. The case law of the judgments of criminal tribunals, with regard to the intentional element, may be enlightening. For example, the contribution of the *Ntakirutimana* Judgment¹¹¹ lies in the fact that the ICTR Appeals Chamber echoed, in that case, some of the findings of the ICTY Appeals Chamber in the *Krstić* case. Consequently the findings of the *Krstić* Judgment are now binding on the ICTY and the ICTR Trial Chambers. Upon conclusion of its analysis, the ICTR Appeals Chamber adopted and applied the findings of the *Krstić* Judgment, deeming that “[t]he intent to commit genocide is not required for an accused to be found guilty of aiding and abetting genocide” (para. 508) and that “a conviction for aiding and abetting genocide upon proof that the defendant knew about the principal perpetrator’s genocidal intent is permitted by the Statute and case law of this Tribunal” (para. 501). On the basis of the facts of the case, the Appeals Chamber considered that Gérard Ntakirutimana was criminally liable on account of having “aided and abetted genocide” and handed down a new sentence accordingly (paras. 509 and 560).

88. The *Blagojević et al.* Judgment (17 Jan. 2005, ICTY) formulates the most important developments since the *Krstić* Judgment regarding certain elements of the crime of genocide. In this case, an ICTY Trial Chamber specified the notion of “physical or biological destruction” of a group (entering into the definition of *dolus specialis*) and, further, defined the *mens rea* of the superior required by Article 7 (3) of the ICTY Statute for a sentence for the crime of genocide.

¹⁰⁵ *Krstić* (IT-98-33).

¹⁰⁶ *Blagojević* (IT-02-60).

¹⁰⁷ *Brdjanin* (IT-99-36), *Jelisić* (IT-95-10), *Sikirica* (IT-95-8), and *Stakić* (IT-97-24).

¹⁰⁸ *Momir Nikolić* (IT-98-33), *Obrenović* (IT-02-60/2), and *Plavsić* (IT-00-39 and 40/1).

¹⁰⁹ *Beara* (IT-02-58), *Borovcanin* (IT-02-64), *Krajisnik* (IT-00-39 and 40), *Drago Nikolić* (IT-03-63), *Pandurević* (IT-05-86) and *Popović* (IT-02-57).

¹¹⁰ Karadžić, Mladić and Tolimir.

¹¹¹ *Prosecutor v. Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, Appeals Chamber, Judgment of 13 December 2004.

89. En s'appuyant sur l'opinion du juge Shahabuddeen dans l'arrêt *Krstić*, et après avoir analysé les textes et la situation, la chambre a considéré que «le terme «détruire» figurant dans la définition du génocide peut s'étendre au transfert forcé d'une population» (par. 665) [*traduction du Greffe*] et que :

«la destruction physique ou biologique d'un groupe n'implique pas nécessairement la mort de ses membres. Si le massacre d'un nombre important de membres du groupe peut être le moyen le plus direct de détruire celui-ci, d'autres actes ou séries d'actes peuvent aussi conduire au même résultat. *Un groupe est défini non seulement par ses membres, mais aussi par son histoire, ses coutumes, par le lien unissant ses membres et celui qu'ils entretiennent avec leur terre et avec d'autres groupes.* La Chambre de première instance considère que la destruction physique ou biologique d'un groupe est la conséquence probable de son transfert forcé lorsque celui-ci s'effectue de telle façon que le groupe ne peut se reconstituer, en particulier en cas de dispersion de ses membres. Dans ces circonstances, la Chambre de première instance estime que *le transfert forcé peut conduire à la destruction matérielle du groupe, dans la mesure où celui-ci cesse d'exister en tant que groupe ou, du moins, en l'état.* La Chambre de première instance souligne que le raisonnement qu'elle a suivi et les conclusions qu'elle a tirées ne doivent pas s'interpréter comme un plaidoyer en faveur de la reconnaissance du génocide culturel, mais comme une tentative de préciser le sens de la destruction physique ou biologique.» (Par. 666.) [*Traduction du Greffe.*]

90. Au regard des faits de l'espèce et conformément à cette approche, le jugement *Blagojević et consorts* a conclu : «les actes criminels perpétrés par les forces serbes de Bosnie n'avaient d'autre but que de commettre un génocide contre les Musulmans de Srebrenica» (par. 674) [*traduction du Greffe*]. En poursuivant, dans cette affaire, son examen de la complicité de génocide en vertu des articles 4, alinéa 3) e), 7, alinéa 1) et 7, alinéa 3) du Statut, la chambre est venue préciser l'apport de l'arrêt *Krstić* à propos de la complicité des supérieurs hiérarchiques et de la *mens rea* en concluant :

«La Chambre de première instance considère que, pour être tenu responsable d'un génocide sur la base de l'article 7, alinéa 3) du Statut, le supérieur hiérarchique devait savoir ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés 1) s'apprêtaient à commettre ou avaient commis un génocide et 2) étaient animés de l'intention spécifique nécessaire.» (Par. 686.) [*Traduction du Greffe.*]

91. Il est vrai que les décisions rendues sur le fond par le TPIY dans des cas de génocide ne sont pas nombreuses, mais les constatations de fait et de droit concernant la commission de crimes contre l'humanité, d'actes de meurtres, de viols, de déplacements forcés, de destructions de mos-

89. On the basis of the opinion of Judge Shahabuddeen in the *Krstić* Judgment, and after analysing the texts and the situation, the Chamber considered that “the term ‘destroy’ in the genocide definition can encompass the forcible transfer of a population” (para. 665) and that:

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

90. With regard to the facts of the case and in accordance with this approach, the *Blagojević et al.* Judgment concluded that: “the criminal acts committed by the Bosnian Serb forces were all parts of one single scheme to commit genocide of the Bosnian Muslims of Srebrenica” (para. 674). Pursuing, in this case, its examination of complicity in genocide by virtue of Articles 4 (3) (*e*), 7 (1) and 7 (3) of the Statute, the Chamber specified the contribution of the *Krstić* Judgment regarding the complicity of superiors and the *mens rea*, concluding that:

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

91. It is true that the decisions reached on the merits by the ICTY in genocide cases are not numerous, but there are a great many findings of fact and of law concerning the commission of crimes against humanity, murder, rape, forcible displacement and the destruction of mosques and

quées et autres traces de la culture musulmane sont nombreuses et, lorsque ces constatations sont prises de manière cumulative, elles permettent de dégager l'existence d'un plan plus large porteur d'une politique de génocide; comme l'indique le demandeur, en s'appuyant sur cette masse d'actes criminels, «c'est ce terrible schéma qui, en fin de compte, transforme de manière implacable une série de crimes ordinaires en un génocide général» (CR 2006/5, p. 19, par. 34).

V. LE PROBLÈME DE L'IMPUTABILITÉ AU DÉFENDEUR DE LA RESPONSABILITÉ POUR ACTES DE GÉNOCIDE

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

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

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

94. Aux termes de l'article 4 des articles précités de la Commission du droit international,

«[l]e comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit

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

other traces of Muslim culture, and when these findings are taken cumulatively, they point to the existence of a broader plan entailing a policy of genocide; as the Applicant indicated, by reference to this mass of criminal acts, “[i]t is that terrible pattern which, ultimately, transforms many ordinary cases into overarching and undeniable genocide” (CR 2006/5, p. 19, para. 34).

V. THE ISSUE OF THE ATTRIBUTABILITY OF ACTS OF GENOCIDE TO THE RESPONDENT

92. In order to engage the responsibility of a State on the basis of commission of the crime of genocide, it must be shown that the conduct of the organs and persons who effectively perpetrated the crime is attributable to that State. The International Law Commission’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts appended to General Assembly resolution 56/83¹¹² provide for various means by which conduct can be attributed to a State. The conduct at issue may be that of a State organ, in which case it will be directly attributable to the State, or it may be that of an organ or persons who are not officially under the State’s direction, but are in fact acting as a *de facto* organ of the State, on its instructions or under its control.

93. In the present case, the responsibility for the crime of genocide committed in Bosnia and Herzegovina can be attributed to the Respondent inasmuch as several of its State organs were directly or indirectly involved in its perpetration. The conduct of various organs of the Republika Srpska is also attributable to the Respondent where they appear to be *de facto* organs of the Federal Republic of Yugoslavia (FRY) or at least acting under its control. The responsibility of the Respondent is not only engaged in the event of its having committed genocide directly, but also for acts related to the genocide, as we shall see below.

A. *The Responsibility of the Respondent for Acts Committed by Its de Jure Organs*

94. Under Article 4 of the above-mentioned International Law Commission Articles,

“[t]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as

¹¹² General Assembly resolution 56/83, A/RES/56/83, 12 December 2001, Fifty-sixth Session.

sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat».

Il est de notoriété publique et surtout il y a des preuves devant le TPIY que des organes, aussi bien politiques que militaires, relevant du défendeur ont effectivement commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, dans le contexte d'une politique de «nettoyage ethnique» avec de fortes présomptions d'intention génocidaire et ils ont continué leur perpétration même après le retrait «officiel» de l'armée yougoslave du défendeur du territoire bosniaque. L'exécution de ces opérations par les forces combattantes serbes ne pouvait que reposer sur un projet de grande envergure mis en place par les plus hautes autorités politiques du défendeur pour permettre le contrôle de certains territoires et en exclure les non-Serbes, y compris par leur déportation ou parfois extermination de groupes protégés.

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

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

97. Les événements de Bosnie faisaient donc partie d'un plan global qui ne représente qu'un aspect du projet de la «Grande Serbie» et qui se traduit par une triple opération: une opération militaire, une opération politique et une opération de propagande. L'opération militaire a visé à organiser le nettoyage ethnique mené par l'armée régulière yougoslave et

an organ of the central government or of a territorial unit of the State”.

It is common knowledge and, more importantly, evidence exists before the ICTY that both political and military organs under the authority of the Respondent effectively committed war crimes and crimes against humanity within the framework of a policy of “ethnic cleansing”, for which there are serious presumptions of genocidal intent, and continued to perpetrate them even after the formal “withdrawal” from Bosnian territory of the Respondent’s army. Implementation of those operations by Serb combatant forces could not have taken place without a broad-ranging master plan developed by the highest political authorities of the Respondent to enable the control of certain territories and to remove the non-Serb populations from them, by means including their expulsion or, sometimes, extermination of protected groups.

95. All of the acts of the JNA and then the VJ and the Serbian paramilitary units are attributable to the Respondent, irrespective of whether they constitute actions or omissions. The same conclusion would be reached even if it was to be shown that its armed forces were in fact acting under the control of the Republika Srpska, as the Respondent cannot disclaim its responsibility for internationally wrongful acts committed by elements appertaining to its armed forces; indeed, Article 7 of the ILC’s Articles provides for the responsibility of a State even when its organs have not followed its instructions or have followed the instructions of another authority. Determining the responsibility of the authorities in Belgrade in the acts perpetrated in Bosnia and Herzegovina amounts to demonstrating that the JNA and the other combatant forces were those who carried out a scheme conceived and launched with the agreement and involvement of the said authorities.

96. Ethnic cleansing was thus planned by the political authorities of the Respondent. Propaganda to that effect had been deployed following the dissolution of the Yugoslav Communist Party in January 1990. That propaganda was centred on the notion that the Serbian people had been the victim of genocides for over a century and that it had to protect itself from these in the future, hence the idea of a “Greater Serbia” based on a simple principle: “all the Serbs within a single State”. The guiding principle was that, in the event of the break-up of Yugoslavia, the borders of the new Serbian State should not follow those of the former Republics, but be drawn along ethnic lines. As of 15 January 1991, Milošević made reference to such a reunified Serbian nation within the boundaries of one single State made up of at least three federal units: Serbia, Montenegro and a united Bosnia and Knin region.

97. The events in Bosnia were thus part of a master plan which represented just one aspect of the Greater Serbia project and involved a three-pronged approach of military, political and propaganda operations. The military operation was directed towards ethnic cleansing, to be implemented by the regular army of Yugoslavia and the combatant forces

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

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

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

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

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

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

enrolled alongside it. To do that, it was necessary to rid the Respondent's army of its non-Serb elements beforehand, in order to ensure its loyalty in the forthcoming conflicts and to organize the arming of the Serb populations. It was the Belgrade authorities which launched hostilities against Bosnia and Herzegovina, just after its declaration of independence. The political operations consisted of co-ordinating the action of the various Serb belligerents and helping them to establish parallel institutions, both at the level of the Republika Srpska and at the lower levels within that new entity. The Serbian authorities also acted to make sure that the "formal" withdrawal of the JNA did not endanger ethnic cleansing. The FRY's intention to carry out that plan and its direct involvement long after 19 May 1992 were condemned by the General Assembly in its resolution 49/10 of 8 November 1994. In that resolution, the United Nations General Assembly called upon

"all parties, in particular the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro), to comply fully with all Security Council resolutions regarding the situation in the Republic of Bosnia and Herzegovina and strictly to respect its territorial integrity, and in this regard concludes that their activities aimed at achieving integration of the occupied territories of Bosnia and Herzegovina into the administrative, military, educational, transportation and communication systems of the Federal Republic leading to a *de facto* state of occupation are illegal, null and void, and must cease immediately"¹¹³.

The General Assembly denounced the plans it attributed to the Respondent, especially the project of establishing a "Greater Serbia", and ordered it to abandon the measures taken on the ground by the Republika Srpska, responsibility for which the Assembly nevertheless attributed to the Respondent.

98. The JNA (the Respondent's army), the security forces and the Serb paramilitary groups did not therefore exceed their authority; indeed they acted with the joint co-operation of two authorities, the Respondent and the Republika Srpska, when intervening in the territory of Bosnia and Herzegovina. The presence of the Respondent's forces is revealed by internal documents of the Republika Srpska's forces, which *inter alia* indicate their presence during the Srebrenica massacre in July 1995, citing precisely the entities involved (special forces of the Serbian Ministry of the Interior and the Scorpions paramilitary unit)¹¹⁴. And as the Court has recalled elsewhere, "the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State" (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human*

¹¹³ General Assembly resolution 49/10 of 8 November 1994, doc. A/RES/49/10.

¹¹⁴ The documents attesting to the presence of the Respondent's forces are telegrams from the commander in Trnovo cited in the Applicant's Reply, appended as annexes to that document and referred to during the oral arguments.

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

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

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

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

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

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

100. Le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro condamne donc bien un «massacre» impliquant des exécutants et des dirigeants de cet Etat. La non-représentativité évoquée des autorités de l'époque ne saurait avoir pour effet d'atténuer et à fortiori d'effacer les conséquences juri-

Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 87, para. 62). This principle, originating in general international law with respect to the law of armed conflicts, written into the Geneva Conventions and included in the ILC's draft Articles, was recently reiterated by the International Court of Justice in the case between the Congo and Uganda:

“According to a well-established rule of a customary nature, as reflected in Article 3 of the Fourth Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land of 1907 as well as in Article 91 of Protocol I additional to the Geneva Conventions of 1949, a party to an armed conflict shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces.” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 242, para. 214.)

The Court had moreover to apply that principle and recognize in the same case that

“Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the RDC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation” (*ibid.*, para. 180, see also paras. 220, 250 and 345).

99. The Respondent has recently acknowledged the responsibility of some of its organs for certain crimes committed during the conflict. Such acknowledgment is, however, couched in vague terms and resembles more a condemnation of war criminals and their crimes than one of acts of genocide. On 15 June 2005, the Council of Ministers of Serbia and Montenegro thus adopted an official declaration in which it solemnly condemned “the crimes committed against Bosnian prisoners of war and civilians in Srebrenica in 1995”. The declaration contained another paragraph of far greater significance:

“Those who committed the killings in Srebrenica, as well as those who ordered and organized that massacre represented neither Serbia nor Montenegro, but an undemocratic régime of terror and death, against whom the great majority of citizens of Serbia and Montenegro put up the strongest resistance. Our condemnation of crimes in Srebrenica does not end with the direct perpetrators. We demand the criminal responsibility of all who committed war crimes, organized them or ordered them, and not only in Srebrenica. Criminals must not be heroes. Any protection of the war criminals, for whatever reason, is also a crime.”

100. The Council of Ministers of Serbia and Montenegro therefore condemned a “massacre”, implicating perpetrators from and the leadership of that same State. The unrepresentative nature of the authorities of the time referred to in the text cannot attenuate, much less annul, the

diques qui en découlent pour le défendeur, car il s'agissait bien du gouvernement d'un Etat établi à l'époque, exerçant effectivement le pouvoir et reconnu comme tel par la communauté internationale. Les agissements de ce gouvernement, au nom du principe universellement reconnu de la continuité de l'Etat malgré les changements de régime¹¹⁵, restent des faits de cet Etat qui continuent d'engager sa responsabilité internationale. Même si la déclaration évite de parler de génocide, il y a au moins la reconnaissance du massacre de Srebrenica; elle parle de «crimes», «tueries» et «crimes de guerre», mais il n'appartient pas à la Serbie-et-Monténégro de qualifier unilatéralement les faits; ce qu'elle considère comme des «crimes», «tueries», «crimes de guerre» et autres exactions peut très bien être qualifié autrement. Il est patent que cette déclaration tardive peut être considérée comme une forme de reconnaissance de la responsabilité de l'Etat serbe pour les «tueries» de Srebrenica qualifiées de génocide par le TPIY. Il n'est pas insignifiant qu'elle reconnaisse la véracité de certains faits et qu'elle les attribue au gouvernement de l'époque dont les agissements engagent la responsabilité internationale de l'Etat. Par ailleurs, le génocide de Srebrenica ne peut être détaché de son contexte et il n'est que l'aboutissement d'un projet criminel entrepris depuis quelques années.

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

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

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

102. Avant de déterminer si les organes de la Republika Srpska sont assimilables à des organes du défendeur, il est nécessaire de revenir sur la nature et le but des institutions parallèles mises en place sur le territoire bosniaque. L'objectif en Bosnie était de créer une continuité territoriale entre tous les territoires serbes de Bosnie-Herzégovine de façon à permettre le rattachement de ces territoires à la Serbie et de rendre tout Etat non serbe impossible sur ces territoires. Pour ce faire, les Serbes de Bosnie

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

resulting legal consequences for the Respondent, as the actions were those of the Government of an established State at that time, effectively exercising its power and recognized as such by the international community. The actions of that Government, by virtue of the universally acknowledged principle of State continuity notwithstanding changes of régime¹¹⁵, remain acts of that State which continue to engage its international responsibility. Even if the statement avoids mentioning genocide, it does at least acknowledge the massacre at Srebrenica: it speaks of “crimes”, “killings” and “war crimes”, but it is not for Serbia and Montenegro unilaterally to characterize these acts; what it views as “crimes”, “killings”, “war crimes” and other acts of violence can very easily be qualified differently. It is obvious that this belated declaration can be considered as an acknowledgment of the responsibility of the Serbian State for the killings in Srebrenica — qualified as genocide by the ICTY. It is not insignificant that it acknowledges the veracity of certain acts and that it attributes them to the Government of the time, whose actions engage the international responsibility of the State. Moreover, the genocide in Srebrenica cannot be taken out of its context and is but the culmination of a criminal undertaking that had been pursued for several years.

B. The Responsibility of the Respondent for the Acts of Organs of the Republika Srpska

101. Following the apparent withdrawal of the Respondent’s forces on 19 May 1992, the implementation of ethnic cleansing reached its height by means of the Republika Srpska and the parallel institutions established by the Bosnian Serbs. That “handover” of the genocide was to a large extent no more than a subterfuge designed to make sure that the pressure exercised by the international community upon the Respondent did not become too great and thereby endanger the Serbian master plan. The Republika Srpska and its combatant forces were in reality so closely controlled by the Respondent that they can even be treated as *de facto* organs of the latter.

1. The organs of the Republika Srpska regarded as de facto organs of the Respondent

102. Before determining whether the organs of the Republika Srpska can be equated to organs of the Respondent, it is necessary to come back to the nature and purpose of the parallel institutions set up on Bosnian territory. The purpose in Bosnia was to establish territorial continuity between all the Serb territories of Bosnia and Herzegovina in such a way as to permit their attachment to Serbia and to make any non-Serb State impossible in these territories. To achieve this, the Bosnian Serbs estab-

¹¹⁵ The reference here is to the change of régime within the FRY and not the demise of the SFRY.

créèrent des institutions parallèles au niveau de leur République ainsi qu'au niveau régional et municipal. L'Assemblée serbe de Bosnie-Herzégovine fut ainsi créée le 24 octobre 1991. Le 9 janvier 1992, cette Assemblée proclama la République serbe de Bosnie, rebaptisée Republika Srpska (RS) le 12 août 1992. En mars 1992, un ministère de l'intérieur (MUP) rattaché à la structure fédérale (MUP) du défendeur fut créé pour les Serbes de Bosnie. La création de ces institutions était censée officiellement permettre de faire valoir l'autonomie des territoires de Bosnie ayant une population à majorité serbe et faciliter leur rattachement à la RFY. Elles devaient surtout être instrumentalisées pour procéder au nettoyage ethnique, de sorte que les territoires convoités deviennent, par tous les moyens, des territoires où la population serait uniquement ou majoritairement serbe.

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

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

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

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

lished parallel institutions at the level of their republic and at the regional and municipal levels. The Serb Assembly of Bosnia and Herzegovina was thus established on 24 October 1991. On 9 January 1992, that Assembly proclaimed the Serb Republic of Bosnia, which was renamed the Republika Srpska (RS) on 12 August 1992. In March 1992, an MUP (Ministry of the Interior attached to the federal structure of the Respondent) was established for the Serbs of Bosnia. The creation of these institutions was officially supposed to enable the autonomy of the territories of Bosnia with a mostly Serb population to be upheld and so facilitate their attachment to the FRY. They were above all to be made use of in order to carry out ethnic cleansing, so as to turn the coveted territories, by every means, into territories with a solely or mostly Serb population.

103. It may on the face of it seem questionable to state that the acts of the Bosnian Serbs' armed forces (VRS) could be attributed to the Respondent by mere assimilation to an organ of the Serbian State. Apparently, these forces were not formally termed organs of the Respondent by its own internal law, and Article 4, paragraph 2, of the ILC Articles quoted above specifies that: "An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State." The main criterion for determining status as an organ of the State of a person or group of persons therefore rests on the qualification that the internal law of the State confers on that person or group of persons. However, according to the ILC commentary, "a State cannot avoid responsibility for the conduct of a body which does in truth act as one of its organs merely by denying it that status under its own law. This result is achieved by the use of the word 'includes' in paragraph 2."¹¹⁶ Any misclassification of a person, by internal law, with the aim of absolving the State of its international responsibility cannot be invoked if that person in fact behaves as an organ of the State within the State structure.

104. In the present case, the Applicant in its oral arguments (CR 2006/10) refers to such conduct by speaking of effective assimilation to a State organ. Here it is the effective links between the State and these apparently external entities which must be taken into account. The organ whereby the State acts may be *de jure* or *de facto*; what matters is that it behaves in this capacity and that it acts on behalf of the State, and that the persons or groups of persons concerned may be equated with State organs. In the *Tadić* case, the ICTY considered that the acts committed by a group of persons could be assimilated "to State organs on account of their actual behaviour within the structure of a State (and regardless of any possible requirement of State instructions)"¹¹⁷.

¹¹⁶ Report of the International Law Commission, Fifty-third Session, 2001, A/56/10, para. 11.

¹¹⁷ ICTY, *Tadić*, IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, para. 141.

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

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

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

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

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

105. Indeed, the RS and its entities considered themselves to be territorial subdivisions of the Respondent. The sole purpose of the RS was to become attached to the FRY, to act like a constituent federal republic, which implies that it did not wish to act as an independent entity and enjoyed only very limited autonomy with respect to the FRY. This intention is moreover formally borne out by the “Constitution” of the Republika Srpska: according to Article 3 of the consolidated version of the text, “[t]he Republic shall be part of the Federal Republic of Yugoslavia”; according to its Article 6, “[t]he citizens of the Republic shall possess the nationality of Yugoslavia and the nationality of the Republic”. This Constitution thus recognizes the relationship of subordination and the submission of the Republika Srpska to the FRY, particularly since this consolidated version was adopted after the withdrawal of the JNA and the self-styled declaration of independence of the Republika Srpska. These parallel institutions were in no way recognized by the international community and had no legal existence except by way of the Respondent, as was illustrated at the negotiation of the Dayton Agreements, where there was a single Serb delegation, representing both the FRY and the Pale authorities.

106. In many respects, the establishment of the army of the Republika Srpska (VRS) as an entity distinct from the Respondent’s armed forces was largely a matter of form, as in reality it appeared to be more of a command unit of the reconstructed Yugoslav army, an extension of the JNA (the army of the FRY) with a certain degree of autonomy, rather than an independent army. The indictment concerning General Momcilo Perišić is very instructive on this point. As the Chief of General Staff of the FRY’s army from 1993 to 1998 and thus responsible for implementing the decisions of the Supreme Defence Council of the FRY, General Perišić played a key role in the support provided to the VRS, as set out in the indictment:

“During his tenure . . . Momcilo Perišić exercised his authority, pursuant to the policies and limitations set by the SDC, to provide substantial military assistance to the VRS which he knew was used, in significant part, in the commission of the crimes described in this indictment.

Such assistance included continuing the practice of providing the majority of senior officers in the VRS as well as supplying large quantities of weapons, ammunition, and other logistical materials necessary for the commission of crimes . . . In some instances such assistance consisted of sending regular VJ troops stationed in the FRY into BiH. Momcilo Perišić provided this assistance through acts performed directly by him and by acts performed by his subordinates.”¹¹⁸

¹¹⁸ ICTY, IT-04-81, Amended Indictment, paras. 8-9.

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

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

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

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

107. Le commandement de l'armée de la Republika Srpska en Bosnie n'a pas été réellement indépendant et l'on peut parler plutôt d'autonomie par rapport à la JNA dont beaucoup d'officiers ont été détachés auprès de la VRS pour l'assister et parfois assurer la direction d'opérations militaires. Le 25 avril 1992, alors que la Bosnie-Herzégovine était déjà reconnue comme un Etat indépendant, le général Mladić fut nommé commandant du deuxième district de la JNA par les autorités de Belgrade. Il lui était ainsi confié la responsabilité du commandement de toutes les forces de la JNA en Bosnie.

Après le retrait «officiel» des troupes serbes, il resta cependant en place. La JNA changea de nom sur ce territoire pour devenir la VRS, mais le général Mladić ne fut pas rappelé à Belgrade et, au contraire, il devint le commandant en chef de cette armée en conservant les mêmes responsabilités (mêmes troupes, même territoire, etc.); le 24 juin 1994, le Conseil suprême de la défense de Belgrade — la plus haute autorité politique et militaire du défendeur — l'a promu au grade de général de corps d'armée de l'armée du défendeur, grade qu'il conservera jusqu'au mois de mai 2002.

108. A Belgrade, au sein de l'armée du défendeur rebaptisée la VJ, un nouveau service était créé par le Conseil suprême de la défense pour gérer et contrôler tous les officiers de l'armée du défendeur (VJ) engagés dans le conflit bosniaque au sein de la VRS: le 30^e centre du personnel. Par

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

The indictment subsequently makes the following observation:

“The co-ordination between the VJ and the VRS was so close that the political leaders of the Republika Srpska and General Ratko Mladić could request that particular VJ officers be placed under their operational command or be retired via the 30th Personnel Centre.” (Para. 14.)

This is of course only an indictment and the allegations it contains have not been confirmed by the Tribunal, but there is every chance that they will be, judging by the decisions already made concerning persons with a lower level of responsibility; as the ICTY Trial Chamber stated in the *Prosecutor v. Brdjanin* case,

“the steps taken to create a VRS independent of the JNA were merely a ploy to fend off any potential accusations that the FRY was intervening in the armed conflict taking place on the territory of Bosnia-Herzegovina and to appease the requests of the international community to cease all involvement in the conflict”¹¹⁹.

107. Command of the army of the Republika Srpska was not really independent and one might instead speak of autonomy in relation to the JNA, from which many officers were seconded to the VRS to assist it and sometimes to take charge of military operations. On 25 April 1992, when Bosnia and Herzegovina was already recognized as an independent State, General Mladić was appointed commander of the 2nd District of the JNA by the Belgrade authorities. He was thus given responsibility for commanding all the JNA forces in Bosnia.

After the “formal” withdrawal of Serbian troops, he nevertheless remained in place. The JNA changed its name in that territory to the VRS, but Mladić was not recalled to Belgrade and, on the contrary, he became the commander-in-chief of that army with the same responsibilities (same troops, same territory, etc.); on 24 June 1994, Belgrade’s Supreme Defence Council — the highest political military authority in the FRY — promoted him to the rank of lieutenant-general in the Respondent’s army, a rank which he kept until May 2002.

108. In Belgrade, within the Respondent’s army renamed the VJ, a new department was established by the Supreme Defence Council to manage and control all the officers of the Respondent’s army (the VJ) engaged in the Bosnian conflict in the ranks of the VRS: the 30th Per-

¹¹⁹ ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, IT-99-36-T, Judgment of 1 September 2004, para. 151.

l'intermédiaire de ce service, les officiers continuaient de recevoir leur traitement par la VJ alors qu'ils accomplissaient leurs missions au service de la VRS. Toutes les questions de personnel concernant ces officiers (solde, retraite, promotion, etc.) ont été prises en charge par ce service de la VJ puisqu'ils continuaient de demeurer des officiers de l'armée du défendeur tandis que le reste des militaires de la VRS était payé sur le budget de la République serbe de Bosnie, encore que ce budget était lui-même assuré en grande partie par Belgrade. Les procès-verbaux des séances du Conseil suprême de la défense prouvent que Belgrade avait la mainmise sur une partie significative des officiers de l'armée de la Republika Srpska qui étaient avant tout des officiers de l'armée du défendeur, à commencer par le commandant en chef. A cet égard, il y a des conclusions surprenantes de la Cour dans le paragraphe 388. L'une d'entre elles relève qu'aucune preuve n'a été apportée démontrant que le général Mladić et l'un quelconque des autres officiers qui relevaient du 30^e centre du personnel étaient, au regard du droit interne, des officiers de l'armée du défendeur. Comment peut-on promouvoir des officiers à des grades très élevés du commandement du défendeur s'ils n'appartiennent pas au corps des officiers supérieurs de ce commandement? Quelle preuve peut-on apporter de plus que l'inscription sur la liste officielle du défendeur des officiers en cause qui ne peut faire figurer sur cette liste que des officiers relevant statutairement de son ordre juridique interne? L'autre indique que cette appartenance n'apparaît pas au regard du droit interne du défendeur, ce qui est non seulement contestable, comme je viens de le dire, mais s'avère, en outre, en contradiction avec ce qui est dit à la fin du même paragraphe; en effet, la Cour note que les officiers (et plus particulièrement le général Mladić) auraient pu relever «sur le plan administratif» de Belgrade; or ils ne peuvent relever de Belgrade, même sur «le plan administratif», que s'ils sont régis par le droit interne du défendeur. Par ailleurs, l'argument de la gestion «sur le plan administratif» par Belgrade, avancé comme justification par le défendeur et repris par la Cour, n'est en réalité qu'un subterfuge juridique comme l'a relevé le TPIY dans certains de ses jugements, pour occulter l'implication d'agents du défendeur.

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

«Tout au long de 1991 et jusqu'en 1992, les responsables serbes de Bosnie ont entretenu des contacts avec leurs homologues de la RFSY sur la stratégie à adopter au cas où la Bosnie-Herzégovine accéderait à l'indépendance. La Chambre de première instance estime

sonnel Centre. Through that department, the officers continued to be paid by the VJ while serving on behalf of the VRS. All the personnel matters concerning those officers (pay, pensions, promotions, etc.) were taken over by this department of the VJ as they remained officers of the Respondent's army, while the rest of the VRS's troops were paid from the budget of the Serb Republic of Bosnia, although that budget was itself largely provided by Belgrade. The records of meetings of the Supreme Defence Council prove that Belgrade had full control over a significant proportion of the Republika Srpska's army officers who were first and foremost officers of the Respondent's army, beginning with the commander-in-chief. In that regard, the Court arrives at some surprising conclusions in paragraph 388. One of them is that no evidence has been presented that either General Mladić or any of the other officers whose affairs were handled by the 30th Personnel Centre were, according to the internal law of the Respondent, officers of its army. How can officers be promoted to very high ranks in the Respondent's command if they do not belong to the senior officer corps of that same command? What more evidence can be provided than the inclusion of the officers concerned on the Respondent's official list in which only officers legally recognized by its own internal law can appear? The other conclusion is that it does not appear from the internal law of the Respondent that they belonged to its army, which is not only questionable, as I have just explained, but also contradicts what is said at the end of that same paragraph: the Court notes that those officers (and more particularly General Mladić) may have been being "administered" from Belgrade; but they cannot be under the control of Belgrade, even for administrative purposes, unless they are governed by the Respondent's internal law. Moreover, the argument of administrative control put forward by Belgrade and taken up by the Court is in reality no more than a legal subterfuge, as the ICTY has revealed in certain of its judgments, to disguise the involvement of the Respondent's agents.

109. Even if the VRS cannot be regarded as a *de facto* organ of the Respondent — although it might be characterized as such on the basis of the criterion of overall control, as we shall see below — it clearly appears, because of the effective links with that State and the close unison achieved through the quite substantial presence of officers of the Respondent, to have acted on its directions or under its control. For the ICTY Trial Chamber,

“Throughout 1991 and into 1992, the Bosnian Serb leadership communicated with the SFRY leadership on strategic policy in the event that BiH would become independent. The Trial Chamber is satisfied that these factors coupled with the continued payment of

que ces facteurs, conjugués au fait que les soldes des officiers de la VRS ont continué d'être versées par Belgrade, attestent de manière satisfaisante qu'après le 19 mai 1992 la VRS [armée de la Republika Srpska] et la VJ [armée yougoslave] ne constituaient pas deux armées distinctes; qu'à compter de cette date la JNA ait été rebaptisée armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine, puis VRS, n'a, dans les faits, eu aucune incidence. De même que le changement de nom ne signalait aucune modification des objectifs et stratégies militaires, de même l'équipement, la hiérarchie, les infrastructures et les sources d'approvisionnement sont-ils demeurés inchangés.»¹²⁰

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

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

«7. Les éléments de preuve établissent que la création de la VRS était une fiction juridique. Les seuls changements intervenus après la résolution du Conseil de sécurité en date du 15 mai 1992 ont été le

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

the salaries of the VRS officers by Belgrade indicate that, after 19 May 1992, the VRS [army of the Republika Srpska] and the VJ [Yugoslav army] did not constitute two separate armies . . . The Trial Chamber is satisfied that, despite the change of name from JNA to Army of the SerBiH after 19 May 1992, and subsequently to VRS, no consequential material changes actually occurred. While the change in name did not point to any alteration of military objectives and strategies, the equipment, the officers in command, the infrastructures and the sources of supply also remained the same.”¹²⁰

110. We have already likewise noted that the MUP (Interior Ministry) of the Bosnian Serbs — and its fighting forces, notably the paramilitary groups — also acted in unison with the federal MUP. The functional ties rendering the organs of the Republika Srpska dependent on the Respondent confirm the possibility of equating them with organs of the latter. The reality of these links, particularly in structural terms, is sufficient without any need to demonstrate that the RS was “totally dependent” on the FRY. The Respondent provided all the weaponry of the VRS, taking care to leave it its own arsenal at the time of the 19 May 1992 withdrawal; and it did not fail to provide the VRS and the paramilitaries with weapons, munitions and fuel, to pay the officers’ salaries via the 30th Personnel Centre, and to reorganize its financial structures culminating in a certain form of integration of the economies of the FRY and the Republika Srpska. The budget of the Republika Srpska was, if not entirely then at least largely, funded by Belgrade; while the other VRS military were theoretically paid out of the budget of the Serb Republic of Bosnia, their pay was in fact provided by issues of the Respondent’s currency. The Republika Srpska was in such a close relationship with the FRY that its proclaimed independence was no more than a kind of façade to avoid compromising the FRY in the eyes of the international community and the imposition of sanctions, *inter alia* by the United Nations Security Council.

111. It is this conclusion which prompted the Presiding Judge of the ICTY Trial Chamber in the *Tadić* case to dissociate herself from the other two judges in order to contend, in her separate and dissenting opinion, that the Respondent’s involvement was manifest, after a detailed and well-argued analysis of which it is worth repeating here the essential elements contained in the following three paragraphs:

“7. The evidence proves that the creation of the VRS was a legal fiction. The only changes made after the 15 May 1992 Security Council resolution were the transfer of troops, the establishment of a

¹²⁰ ICTY, *Prosecutor v. Brdjanin*, IT-99-36-T, Judgment of 1 September 2004, para. 151.

transfert de troupes, l'établissement d'un état-major général de la VRS, un changement de dénomination de l'organisation militaire et des diverses unités ainsi qu'un changement d'insignes. Restaient les mêmes armes, le même matériel, les mêmes officiers, les mêmes commandants, en grande partie les mêmes troupes, les mêmes centres de logistique, les mêmes fournisseurs, la même infrastructure, la même source de paiements, les mêmes buts et missions, les mêmes tactiques et les mêmes opérations. Plus important encore, l'objectif demeurait le même: créer un Etat serbe ethniquement pur en unissant les Serbes en Bosnie-Herzégovine et en étendant cet Etat de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à la Krajina croate le long des importantes voies de logistique et d'approvisionnement qui traversaient l'opstina de Prijedor, exigeant de ce fait l'expulsion de la population non serbe de l'opstina.

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

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

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

10. Tous ces éléments, y compris les moyens de preuve auxquels se réfèrent la majorité, montrent à l'évidence que le changement de dénomination était motivé uniquement par le désir de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) d'éviter d'offenser la

Main Staff of the VRS, a change in the name of the military organisation and individual units, and a change in the insignia. There remained the same weapons, the same equipment, the same officers, the same commanders, largely the same troops, the same logistics centres, the same suppliers, the same infrastructure, the same source of payments, the same goals and mission, the same tactics, and the same operations. Importantly, the objective remained the same: to create an ethnically pure Serb State by uniting Serbs in Bosnia and Herzegovina and extending that State from the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to the Croatian Krajina along the important logistics and supply line that went through opstina Prijedor, thereby necessitating the expulsion of the non-Serb population of the opstina.

8. Although there is little evidence that the VRS was formally under the command of Belgrade after 19 May 1992, the VRS clearly continued to operate as an integrated and instrumental part of the Serbian war effort. This finding is supported by evidence that every VRS unit had been a unit in the JNA, the command and staffs remaining virtually the same after the re-designation. The VRS Main Staff, the members of which had all been generals in the JNA and many of whom were appointed to their positions by the JNA General Staff, maintained direct communications with the VJ General Staff via a communications link from Belgrade. Colonel Selak, commander of the logistics platoon that provided logistical support to units in the Banja Luka area (both before and after 19 May 1992), stated:

‘Some officers had been given direct [telephone] lines, Belgrade/Pale. There was a link there and it was used in everyday communication because there was a need for direct communication between the Chief of Staff of the Army of *Republika Srpska* with the Army of Yugoslavia.’

Moreover, the VRS continued to receive supplies from the same suppliers in the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) who had contracted with the JNA, although the requests after 19 May 1992 went through the Chief of Staff of the VRS who then sent them onto Belgrade. The ties between the military in Bosnia and Herzegovina and the SDS political party, which advocated a Greater Serbia, similarly remained unchanged after the re-designation.

10. All of this, including the evidence referred to by the majority, makes obvious that the re-designation was motivated only by the desire of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to avoid offending the international community by violating the

communauté mondiale en contrevenant à la résolution du Conseil de sécurité ordonnant à la JNA de cesser d'intervenir en Bosnie-Herzégovine.»¹²¹

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

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

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

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

Comme l'attestent de nombreux documents produits tant dans les mémoires écrits que lors des audiences, non seulement des communications intenses et ininterrompues se sont établies et maintenues tout au long de

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

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

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

Security Council resolution ordering the JNA to cease involvement in Bosnia and Herzegovina.”¹²¹

It is on the basis of that argumentation that the Chamber’s Presiding Judge criticized the other two judges, first for having adopted a criterion of effective control which was inappropriate and unnecessary for the case concerned, and second for having applied that criterion wrongly, since it was in any event apparent from the evidence examined that such control existed¹²². We can only concur with that analysis and those findings.

2. *The control exerted by the Respondent over the organs of the Republika Srpska*

112. The responsibility of Serbia for the acts and omissions of its organs does not rule out its responsibility on other accounts, and notably for the behaviour of persons or groups of persons in fact acting on the instructions or directions, or under the control, of the Belgrade authorities. In view of the above-mentioned degree of unison existing between the staff of the Republika Srpska’s army and that of the Respondent, it follows that the instructions and directions were in a way practically automatic as regards both the planning and implementation of the military operations carried out by the VRS. The intelligence apparatus at the disposal of the army of the FRY enabled it to be fully informed about how operations were proceeding. The indictment of Momcilo Perisić, the Chief of General Staff of the FRY’s army, cited previously, gives a clear illustration of that system:

“During the time relevant to this indictment the VJ maintained its own intelligence apparatus that was actively engaged in gathering information about what was transpiring in the conflicts in BiH . . . This apparatus provided Momcilo Perisić with regular timely reports of events. The VJ General Staff also received intelligence reports from VRS intelligence organs. Other factors which served to place Momcilo Perisić on notice of the crimes that were being committed by VJ personnel or with VJ material and logistical assistance included . . .”¹²³

As was attested by numerous documents produced both in the written pleadings and during the oral arguments, not only was a constant stream of communications set up and maintained throughout the war in Bosnia

¹²¹ ICTY, *Tadić*, IT-94-1-A, Trial Chamber, Judgment of 7 May 1997, separate and dissenting opinion of Judge Gabrielle Kirk McDonald.

¹²² According to Judge McDonald: “Thus, if effective control is the degree of proof required to establish agency under *Nicaragua*, I conclude that this standard has been met.” (*Ibid.*, para. 15.)

¹²³ IT-04-81, Amended Indictment, para. 33.

la guerre de Bosnie, entre les instances militaires et politiques, mais il y a eu des réunions importantes et régulières de coordination entre les principaux responsables du défendeur et ceux de la Republika Srpska, ainsi que le montre notamment le fameux procès-verbal du Conseil suprême de la défense. L'objet essentiel de ces réunions est précisément de faire le bilan des événements intervenus pour en tirer des leçons et arrêter de nouvelles instructions ou directives pour la suite des événements. Dans un tel contexte, il y a une articulation entre diverses modalités de contrôle aboutissant à un contrôle global qui offre la voie la plus pertinente pour décrire et rendre compte des relations entre les organes de la Republika Srpska et ceux du défendeur de nature à entraîner la responsabilité de ce dernier.

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

«même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même ... pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force *contra* en dehors du contrôle des Etats-Unis.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 64-65, par. 115.)

114. En suivant ce raisonnement, dans le cadre de la présente affaire, pour que soit imputée au défendeur la responsabilité des actes de la Republika Srpska, le contrôle exercé par lui ne doit pas seulement être un contrôle présentant un caractère général exercé sur une force extrêmement dépendante à leur égard; le contrôle devrait être tel que la Republika Srpska aurait perdu son autonomie ou son «libre arbitre». Autrement dit, il faut démontrer que l'étendue du contrôle était telle que le défendeur avait effectivement ordonné ou imposé la perpétration des actes de génocide et que la commission de ceux-ci eût été impossible en

among the military and political authorities, but there were also regular major co-ordination meetings involving the leading officials of the Respondent and of the Republika Srpska, as illustrated *inter alia* by the famous minutes of the Supreme Defence Council. The main purpose of those meetings was precisely to review the events which had taken place in order to draw the necessary conclusions and decide on further instructions or directions. In such a situation, there is co-ordination among various forms of control resulting in overall control, which is the most relevant way of describing and accounting for the relations between the organs of the Republika Srpska and those of the Respondent that were such as to engage the responsibility of the latter.

113. The Court has had occasion to define this criterion for attributing responsibility to a State on the basis of control in other cases. The Court took the view in its Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* that it should in principle have to be proved that [the United States of America] had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed. The Court adopted a restrictive definition of control and was to consider in that same case that

“United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself . . . for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United States.” (*I.C.J. Reports 1986*, pp. 64-65, para. 115.)

114. Following this reasoning with reference to the present case, if responsibility is to be attributed to the Respondent for the acts of the Republika Srpska, the control exerted by it must not only be control of a general character exerted over an extremely dependent force: the control should be such that the Republika Srpska had forfeited its autonomy or “free will”. In other words, the requirement is to demonstrate that the extent of the control was such that the Respondent effectively ordered or imposed the perpetration of acts of genocide and that their commission would have been impossible without specific instructions issued by the

dehors d'instructions spécifiques données par les organes du défendeur. Si l'exigence d'un tel niveau de contrôle, qui paraît très rigoureux, peut s'expliquer dans l'affaire du *Nicaragua*, il n'est pas sûr que le même critère doive s'appliquer dans l'affaire de *Bosnie-Herzégovine*. Il suffit de comparer les deux situations pour voir les limites d'une telle comparaison et pour se rendre compte que si les circonstances de l'affaire du *Nicaragua* et de l'affaire de *Bosnie-Herzégovine* présentent quelques similitudes, elles présentent surtout des différences beaucoup plus importantes et significatives.

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

116. Or, s'agissant des liens entre la Republika Srpska et le défendeur, nous venons de voir longuement quelle était leur nature et le type de contrôle qui s'exerçait effectivement entre les deux entités. C'est pour la même raison que le TPIY a retenu un critère du contrôle différent de celui de l'affaire du *Nicaragua*, en se fondant sur les faits qu'il a analysés avec beaucoup de rigueur et d'à-propos pour conclure à la notion de «contrôle global». Selon le TPIY, «le degré de contrôle peut ... varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire»¹²⁴. Dans l'affaire *Delalić*, la chambre d'appel a conclu que «le critère du «contrôle global» pourrait ... être rempli même si les forces armées agissant au nom de «l'Etat exerçant le contrôle» avaient, tout en participant à une stratégie établie d'un commun accord avec ledit Etat, le choix des moyens et de la tactique»¹²⁵. La chambre d'appel, dans l'affaire *Tadić*, a également indiqué que le degré de contrôle pouvait varier et elle distingue au moins deux cas de figure tenant compte de la situation sur le terrain et des enjeux des protagonistes¹²⁶:

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

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

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

organs of the Respondent. While the requirement for such a degree of control, which appears very strict, can be explained in the *Nicaragua* case, it is not certain that the same criterion should be applied in that concerning Bosnia and Herzegovina. A straightforward comparison of the two situations is sufficient to illustrate the limits of such an exercise and to realize that, although there are certain similarities in the circumstances of the *Nicaragua* and the *Bosnia and Herzegovina* cases, the differences between them are both more numerous and more significant.

115. The circumstances in which the Court delivered its Judgment in the *Nicaragua* case were the following: the *contras* were not United States nationals; they were not part of a rank-ordered organic apparatus structurally linked to the United States; they were not fighting to attach the territory of Nicaragua to that of the United States; they exerted no control over any part of the territory of Nicaragua, as they were essentially based on the borders of the neighbouring States. While the United States backed that paramilitary organization, their respective “projects” were fairly far apart and only came together on one aim: that of destabilizing and overthrowing the government in place in Nicaragua. In view of this, it was difficult to demonstrate the involvement of the United States by way of some vague and uncertain general control, and very precise evidence therefore needed to be found to show that the United States exerted effective control over the activities of the *contras*, which may explain, in that case, the criteria for the definition of control adopted by the Court.

116. As to the links between the Republika Srpska and the Respondent, we have just examined at length their nature and the type of control effectively exerted between the two entities. It is for the same reason that the ICTY has endorsed a different criterion of control from that of the *Nicaragua* case, by relying on the facts which it has analysed with considerable rigour and perception to arrive at the notion of “overall control”. According to the ICTY, “[t]he degree of control may . . . vary according to the factual circumstances of each case”¹²⁴. In the *Delalić* case, the Appeals Chamber concluded that “[t]he ‘overall control’ test could . . . be fulfilled even if the armed forces acting on behalf of the ‘controlling State’ had autonomous choices of means and tactics although participating in a common strategy along with the ‘controlling State’”¹²⁵. In the *Tadić* case, the Appeals Chamber also indicated that the degree of control could vary and distinguished at least two eventualities reflecting the situation on the ground and what is at stake for the protagonists¹²⁶:

¹²⁴ ICTY, *Tadić*, IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999, para. 117.

¹²⁵ ICTY, *Delalić et al.*, IT-96-21, Appeals Chamber, Judgment of 20 February 2001, para. 47.

¹²⁶ See above-cited Judgment of 15 July 1999, paras. 138 and 139.

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

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

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

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

119. L'incitation et l'entente sont deux chefs de responsabilité distincts du génocide. La RFY peut être reconnue responsable de ces deux infractions sans que cela ne remette en cause sa responsabilité directe pour la commission du génocide proprement dit. Pour la complicité,

- the State whose responsibility is sought is not that on the territory of which the armed clashes occur, in which event the existence of effective control must be established in each individual case;
- the State exercising control is the immediate neighbour of the State where clashes aimed at satisfying expansionist aims are taking place. In this scenario, general control is sufficient to implicate the Respondent meaningfully and effectively in the actions carried out by the various Serb forces operating in the territory of Bosnia and Herzegovina.

117. This distinction implies a considerable difference with the *Nicaragua v. United States of America* case, where the objective of the United States was simply limited to the overthrow of the power in place, while in the present case, there was a perfect similarity of views between the Respondent and the Republika Srpska on the Greater Serbia project bringing together all the Serbs under the authority of the two entities. There is no need in this case to prove an involvement resembling precise control over each operation carried out in the territory of Bosnia and Herzegovina; overall control leading to a decisive influence upon the policies implemented by the Republika Srpska is sufficient. In other words, exerting strict control over each act by the VRS was not particularly necessary, in view of the identical goals of the two partners. By financing and supplying the greater part of its budget and its armaments, by controlling a part of its officers, notably in the highest ranks of the Republika Srpska, and by propagating the idea of an ethnically clean Greater Serbia, the Respondent effectively exerted sufficient overall control, even if that did not rule out a certain degree of autonomy or any differences of view or conflicts regarding the ways and means of achieving the common purpose. Assuming moreover that the Respondent's armed forces did not participate directly in the acts of genocide established by the ICTY, they nevertheless supplied such massive and decisive multifaceted support that it incited the fighting forces of the Republika Srpska to continue their policy of ethnic cleansing, which there was every reason to believe would spill over into acts of genocide.

*C. The Responsibility of the Respondent for other Acts
related to Genocide*

118. According to Article III of the 1948 Genocide Convention, there are three types of punishable acts other than genocide proper, namely direct and public incitement to commit genocide, conspiracy to commit genocide, and complicity in genocide.

119. Incitement and conspiracy are two separate counts of responsibility for genocide. The FRY may be found responsible for these two offences without this calling into question its direct responsibility for the commission of genocide proper. For complicity, according to the ICTR,

selon le TPIR, «une même personne ne peut être à la fois l'auteur principal et le complice d'un fait spécifique. Le même fait reproché à un accusé ne peut donc être à la fois constitutif de génocide et de complicité dans le génocide.»¹²⁷. La RFY ne pourrait donc être reconnue complice du génocide que si la Cour considère qu'elle n'est pas son auteur principal.

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

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

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

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

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

“an individual cannot thus be both the principal perpetrator of a particular act and the accomplice thereto. An act with which an accused is charged cannot, therefore, be characterized as both an act of genocide and an act of complicity in genocide.”¹²⁷ The FRY could not therefore be found to be an accomplice in genocide unless the Court considers that it is not the principal perpetrator.

120. Concerning direct and public incitement to commit genocide (Arts. III (c) and IX), the Court has had occasion to affirm the ban on incitement to other violations of international law than genocide. In its Judgment in the *Nicaragua v. United States of America* case the Court considered that, “from the general principles of humanitarian law to which the [1949 Geneva] Conventions merely give specific expression”, the United States was “under an obligation not to encourage persons or groups engaged in the conflict in Nicaragua to act in violation” (*I.C.J. Reports 1986*, p. 114, para. 220) of their fundamental provisions.

121. The FRY played a role in the incitement of violence of the most extreme kind by propagating the ideology of a Greater Serbia, by calling for the creation of an “all-Serb State” and by laying the ground for ethnic cleansing with the potential to spill over into acts of genocide. In its *Tadić* Judgment of 7 May 1997, the ICTY Trial Chamber observes the facts establishing this direct and public incitement¹²⁸. The propaganda campaign for a Greater Serbia was accompanied by another movement beginning in 1989, with the celebration of the 600th anniversary of the Battle of Kosovo. The Serb-dominated media stated that the Serbs had been left to their fate at the time of the invasion of the Ottoman Muslim Empire. The dangers associated with Muslim fundamentalism within the former SFRY were also emphasized. The line went that if the SFRY were to be dissolved and the Serbs to find themselves in a minority, their entire existence might be imperilled and, in that eventuality, the only alternative would be to wage an all-out war or otherwise, as in the past, end up in a concentration camp. In the early 1990s, gatherings with the participation of Serb leaders were organized to defend and propagate those ideas. In 1992, Radoslav Brđjanin, who presided over the crisis cell in the autonomous Serb region of Banja Luka, stated publicly that 2 per cent was the maximum proportion of non-Serbs that could be tolerated in the region¹²⁹. He advocated getting rid of the non-Serbs in three stages: (1) by the creation of intolerable living conditions for non-Serbs; (2) by deportation and banishment; (3) by liquidation of the remaining non-Serbs. Serb newspapers and Belgrade television denounced the threat of non-Serb extremists and spread the idea that they were arming in order

¹²⁷ ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13, Trial Chamber, Judgment and Sentence of 27 January 2000, para. 175.

¹²⁸ See *Tadić*, Appeals Chamber, Judgment of 15 July, paras. 30-35.

¹²⁹ Statement reported by the ICTY in *Tadić*, IT-94-1-T, Judgment of 7 May 1997, para. 89.

journaux serbes et la télévision de Belgrade dénonçaient la menace des non-Serbes extrémistes et répandaient l'idée qu'ils s'armaient pour exterminer les Serbes. Cette campagne de propagande se poursuivit jusqu'en 1993.

122. En matière d'entente, il s'agit de déterminer qu'il existait un plan concerté en vue de commettre des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et éventuellement des actes de génocide. Ce plan résulte de l'ensemble de la conduite du défendeur, lequel, après avoir incité directement et publiquement au nettoyage ethnique, a permis de créer les conditions nécessaires à sa perpétration. Cet Etat a ainsi éliminé de l'armée yougoslave tous les éléments non serbes de façon à s'assurer sa fidélité. Il l'a enrichie de «volontaires» de façon à remplacer les éléments non serbes. Tout en organisant le retrait de la JNA sous la pression internationale, il a été prévu d'armer les Serbes de Bosnie et de désarmer les non-Serbes. Il a été également prévu d'intégrer officieusement les Serbes de Bosnie et leurs institutions parallèles à la structure fédérale de façon à pouvoir les contrôler et à continuer à leur fournir les armements et le budget nécessaires. Ces préparatifs précis et minutieux, et l'étroite collaboration entre la Republika Srpska et les autorités de Belgrade qu'ils supposent, attestent de l'existence d'une entente en vue de perpétrer les plus grandes violences, avec le risque grave de glisser sur la pente du génocide. Ce qui est important en l'espèce est l'existence d'un «acte délibéré» et que celui-ci influe «directement sur la préparation du crime proprement dit»¹³⁰.

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

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

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

«L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du

¹³⁰ *Tadić*, IT-94-1-T, jugement du 7 mai 1997, par. 678.

¹³¹ TPIR, *Le procureur c. Alfred Musema*, op. cit., par. 220.

to exterminate the Serbs. That propaganda campaign continued until 1993.

122. As regards conspiracy, the point is to determine that there existed a concerted plan to commit war crimes, crimes against humanity and possibly acts of genocide. Such a plan follows from all the conduct of the Respondent, which, after directly and publicly inciting ethnic cleansing, prepared the necessary conditions for its perpetration. That State thus weeded out from the Yugoslav army all non-Serb elements in order to guarantee its loyalty. It made good the numbers with “volunteers” in their place. While organizing the withdrawal of the JNA under international pressure, it was planned to arm the Bosnian Serbs and to disarm the non-Serbs. It was also planned to incorporate the Serbs of Bosnia and their parallel institutions unofficially into the federal structure, so as to be able to control them and continue providing them with the necessary arms and budget. These precise and meticulous preparations, and the close co-operation between the Republika Srpska and the Belgrade authorities which they involved, attest to the existence of a conspiracy to perpetrate the utmost violence, with the serious risk of sliding down the slope towards genocide. What is important in this case is the existence of a “deliberate act” and that it “must directly affect the commission of the crime itself”¹³⁰.

*D. Aid or Assistance Provided by the Respondent
in the Commission of Genocide*

123. The opinion expressed here is that the Respondent was one of the perpetrators of the crimes committed in the territory of Bosnia and Herzegovina, and complicity is therefore ruled out, since logically one cannot be the main perpetrator of and the accomplice to a criminal act at one and the same time. As was recalled by the International Criminal Tribunal for Rwanda and as we noted in paragraph 119: “An act with which an accused is charged cannot, therefore, be characterized as both an act of genocide and an act of complicity in genocide.”¹³¹ However, this hypothesis warrants examination, since the Court has not upheld the crime of complicity, whereas, in my opinion, there was sufficient evidence to arrive at a different conclusion.

124. The International Law Commission’s Articles on the International Responsibility of the State refer to aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act in Article 16, which reads:

“A State which aids or assists another State in the commission of

¹³⁰ *Tadić*, IT-94-1-T, Judgment of 7 May 1997, para. 678.

¹³¹ ICTR, *Prosecutor v. A. Musema*, *op. cit.*, para. 220.

fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

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

Apparemment, cette disposition relative aux rapports entre Etats ne semble pas applicable directement en l'espèce dans la mesure où l'aide visée concerne une entité, la Republika Srpska, qui n'a pas de statut international. Mais, comme le déclare à bon escient la Cour, si cette disposition n'est pas directement pertinente, elle

«n'aperçoit pas de raison d'établir une différence substantielle entre «la complicité dans le génocide» au sens du *litt. e*) de l'article III de la Convention et l'«aide ou assistance» d'un Etat à la commission d'un acte illicite par un autre Etat au sens de l'article 16 précité» (arrêt, par. 420).

Il en résulte que l'Etat ayant porté son aide ou son assistance sera responsable dans la mesure où il aurait facilité la commission du fait internationalement illicite.

125. La complicité suppose une pluralité de participants intervenant à des titres divers dans la réalisation d'une même entreprise délictueuse. L'auteur direct est celui qui commet l'infraction et le complice facilite la commission de l'infraction dont il a connaissance et conscience. Le complice peut intervenir aussi bien avant qu'après l'acte criminel¹³². Il est communément admis dans l'ensemble des systèmes répressifs nationaux que la complicité est indissociable de l'intention criminelle¹³³; il s'agit d'une infraction intentionnelle, le complice doit s'associer consciemment à l'acte principal. Mais doit-il partager le dol spécial de l'auteur principal? Cette question a suscité quelques débats et la convention sur le génocide est lacunaire à ce sujet. On sait que le TPIY s'est interrogé pour savoir s'il fallait apporter la preuve que le complice avait lui-même l'intention de commettre le génocide¹³⁴; il n'a pas retenu une telle interprétation et, pour être un complice du crime de génocide, il suffit d'agir en connaissance de cause, c'est-à-dire d'être informé que les actes illicites constituent ou peuvent constituer un génocide¹³⁵. La Cour évoque la question dans le paragraphe 421, mais en évitant d'y répondre au motif

¹³² N. Robinson, *op. cit.*, p. 21.

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

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

¹³⁵ *Ibid.*, par. 143-144.

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.”

On the face of it, this provision concerning relations between States does not seem directly applicable in the present case, inasmuch as the aid in question concerned an entity, the Republika Srpska, which has no international status. But as the Court rightly asserted, while this provision is not directly relevant, it

“sees no reason to make any distinction of substance between ‘complicity in genocide’, within the meaning of Article III, paragraph (e), of the Convention, and the ‘aid or assistance’ of a State in the commission of a wrongful act by another State within the meaning of the aforementioned Article 16” (Judgment, para. 420).

It thus follows that the State which provided aid or assistance will be responsible in so far as it has facilitated the commission of an internationally wrongful act.

125. Complicity presupposes a number of participants intervening in various ways in the accomplishment of a single criminal enterprise. The direct perpetrator is the person who commits the offence and the accomplice facilitates its commission with full knowledge and awareness of it. The accomplice can intervene after as well as before the criminal act¹³². It is commonly acknowledged in all national penal systems that complicity is inseparable from criminal intent¹³³; it is a deliberate offence, in which the accomplice must consciously identify with the principal act. But must he also share the specific intent of the main perpetrator? That question has given rise to some debate, and the Genocide Convention is incomplete in this respect. We know that the ICTY has considered whether evidence needs to be brought that the accomplice himself possessed the intent to commit genocide¹³⁴; it did not uphold such an interpretation and, to be an accomplice to the crime of genocide, it is sufficient to act knowingly, that is to say in the awareness that the unlawful acts constitute or might constitute genocide¹³⁵. The Court makes reference to this issue in paragraph 421, but avoids addressing it on the grounds that it

¹³² N. Robinson, *op. cit.*, p. 21.

¹³³ Thus in the *Zyklon B* case, the judgment of the British Military Court of 8 March 1948 held that the provision of the gas had speeded up extermination in the camps and that the accused knew the use which would be made of it (cited by C. Laucci, “La Responsabilité pénale des détenteurs de l’autorité : étude de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux”, *L’Observatoire des Nations Unies*, No. 6, 1999, pp. 151-152).

¹³⁴ *Krstić* case, Appeals Chamber, Judgment of 19 April 2004, paras. 140-142.

¹³⁵ *Ibid.*, paras. 143-144.

qu'elle ne se pose pas en l'espèce. Or, il est regrettable qu'elle ne se prononce pas clairement alors même que tout le raisonnement sous-jacent repose sur l'idée selon laquelle la connaissance suffit pour entraîner la complicité, comme cela ressort d'ailleurs un peu plus loin dans le paragraphe 432 relatif à la complicité et à la violation de l'obligation de prévention; la Cour aurait dû trancher plus clairement pour dire que la complicité n'exige pas que son auteur partage l'intention spécifique de l'auteur principal du crime de génocide et qu'il suffit qu'il ait connaissance de cette intention spécifique. Il est donc suffisant de constater que la RFY connaissait l'intention génocidaire — même si elle ne la partageait pas — des criminels auxquels elle a porté assistance pour conclure à sa complicité dans le crime de génocide.

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

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

127. Après un tel constat, il eût été logique que la Cour en tire toutes les conséquences pour conclure notamment à la complicité du défendeur. Pourtant, ce n'est pas la conclusion tirée par la majorité. Autrement dit, les conditions d'existence de l'élément matériel d'aide ou d'assistance au crime de génocide sont réunies, mais la Cour ne les retient pas, pour autant la responsabilité du défendeur est écartée au motif que l'élément intentionnel ferait défaut et plus précisément parce que

does not arise in the present case. However, it is regrettable that it does not rule clearly when all the underlying reasoning relies on the notion that knowledge is sufficient to result in complicity, as indeed is evident further on in paragraph 432 regarding complicity and violation of the obligation to prevent genocide; the Court should have been clearer in its findings and asserted that complicity does not require the accomplice to share the specific intent of the direct perpetrator of the crime of genocide, but that it is sufficient for him to be aware of that specific intent. It therefore suffices to determine that the FRY knew of the genocidal intent — even if it did not share it — of the criminals to whom it provided assistance, in order to establish its complicity in the crime of genocide.

126. In the present case, the Respondent was aware of the circumstances which made the conduct of the assisted entity internationally wrongful, i.e. a policy of ethnic cleansing which was common knowledge and denounced by the highest international authorities, in particular the United Nations Security Council and General Assembly; it knew full well that its aid was being used to commit all manner of crimes, including acts of genocide which the Republika Srpska would have been unable to commit on such a scale, as in Srebrenica, without the support of the FRY. This is moreover the conclusion at which the Court arrives on three occasions: first, when it notes that: “had [the Respondent] withdrawn that support, this would have greatly constrained the options that were available to the Republika Srpska authorities” (Judgment, para. 241); again, in reference to “the very important support given by the Respondent to the Republika Srpska, without which it could not have ‘conduct[ed] its crucial or most significant military and paramilitary activities’” (Judgment, para. 394); and finally, and most importantly, in declaring the following with respect to Srebrenica:

“Undoubtedly, the quite substantial aid of a political, military and financial nature provided by the FRY to the Republika Srpska and the VRS, beginning long before the tragic events of Srebrenica, continued during those events. There is thus little doubt that the atrocities in Srebrenica were committed, at least in part, with the resources which the perpetrators of those acts possessed as a result of the general policy of aid and assistance pursued towards them by the FRY.” (Judgment, para. 422.)

127. After such an acknowledgment, it would have been logical for the Court to draw all the conclusions from it and decide on the complicity of the Respondent. That was not, however, the finding reached by the majority. In other words, the conditions for establishing the material element of aiding and assisting the crime of genocide were present, but the Court did not accept them, dismissing the responsibility of the Respondent on the grounds that the intentional element was lacking and, more particularly, because

«il n'a, en effet, pas été établi de manière indiscutable, par l'argumentation développée entre les Parties, que les autorités de la RFY auraient fourni — et continué à fournir — leur aide et leur assistance aux chefs de la VRS qui ont décidé et exécuté le génocide, à un moment où elles auraient été clairement conscientes qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis» (arrêt, par. 422).

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

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

«[c]ompte tenu de toute la préoccupation qui était celle de la communauté internationale au sujet de ce qui risquait de se produire à Srebrenica et compte tenu des propres observations de Milošević à

“it is not established beyond any doubt in the argument between the Parties whether the authorities of the FRY supplied — and continued to supply — the VRS leaders who decided upon and carried out those acts of genocide with their aid and assistance, at a time when those authorities were clearly aware that genocide was about to take place or was under way” (Judgment, para. 422).

The Court returns to the lack of evidence of intent in the following paragraph, as if to persuade itself of the argument, stating: “[i]t has therefore not been conclusively established that, at the crucial time, the FRY supplied aid to the perpetrators of the genocide in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide” (Judgment, para. 423). However, this statement and the conclusion which follows from it are no more evident or convincing; they raise a number of questions concerning various points. Must one have acted only “at the critical time”, as indicated in paragraph 423, to be an accomplice to genocide? Is it really possible to massacre over 7,000 persons in an improvised or spontaneous way, without some degree of advance preparation and planning? In view of the closeness and regularity of the contacts between the authorities of the FRY and those of the Republika Srpska — especially the human contacts through high-ranking officers of the FRY’s army serving in the VRS — can we really regard as indisputable the lack of knowledge of such a project on the part of the authorities of the FRY? Among other evidence accumulated regarding the knowledge of the respondent State’s leadership of the intent of the perpetrators of the massacres, does not the testimony of General Wesley Clark, quoted and discussed in paragraph 437, constitute a sufficiently convincing element indicating that President Milošević was very aware of what was about to happen in Srebrenica? And indeed the Court recognizes that he was, since it is on that basis that it establishes the violation of the obligation of prevention provided for by the Convention. Without such knowledge, the violation of that obligation could not be established.

128. It is precisely on this point concerning the element of awareness or knowledge of the crimes committed that one cannot help noting a certain incoherence in or contradiction between the Court’s two findings. On the one hand, the Court refuses to acknowledge the existence of complicity on the part of the Respondent’s authorities because they were not informed or, more precisely, were not “clearly aware that genocide was about to take place or was under way” (Judgment, para. 422); on the other, it holds nevertheless that those organs breached their obligation to prevent genocide because the Belgrade authorities “could hardly have been unaware of the serious risk” which existed of the perpetration of genocide (Judgment, para. 436). Or even more precisely:

“[g]iven all the international concern about what looked likely to happen at Srebrenica, given Milošević’s own observations to Mladić, which made it clear that the dangers were known and that these dan-

Mladić, qui montraient clairement que le danger qui menaçait était connu et semblait être d'une nature qui pouvait donner à penser qu'existait une intention de commettre le génocide si rien n'était fait pour parer ce danger, il devait être clair qu'existait un sérieux risque de génocide à Srebrenica.» (Arrêt, par. 438.)

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

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

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

Ce paragraphe rappelle les obligations qui s'imposent à la République du Monténégro et j'interprète ce rappel comme signifiant que, quand bien

gers seemed to be of an order that could suggest intent to commit genocide, unless brought under control, it must have been clear that there was a serious risk of genocide in Srebrenica” (Judgment, para. 438).

It is more than merely difficult to follow the Court’s reasoning; despite the remarkable subtlety employed in its complex analysis to explain the distinction between the awareness necessary in order to be an accomplice to genocide and the awareness necessary in order to prevent genocide, both from a logical standpoint and in view of the factual circumstances obtaining in this case, it is hard to comprehend that distinction and, therefore, the difference in the findings concerning the implication of the Respondent. In other words, since a clear awareness of the serious danger of genocide existed within the organs of the Respondent, the first obligation for them was to prevent acts of genocide; they then had the further obligation of not continuing to provide the future perpetrators of the criminal acts with the aid or assistance enabling or making it easier for them to commit those acts. The Court should thus have found not only that there had been a breach of the obligation to prevent, but also that there had been complicity, especially as the Respondent’s aid and assistance to Republika Srpska continued even after the genocide in Srebrenica, as was found by the ICTY and as confirmed by the Court itself in the present Judgment.

129. The operative part of the Judgment concerns Serbia, since it must address the State which is the Respondent on the date when the Court delivers its Judgment. A judgment cannot be addressed to a fictitious State which has ceased to exist; it is thus Serbia which is addressed in the operative part as the continuator State of Serbia and Montenegro, just as Serbia and Montenegro was the continuator of the FRY. The conduct analysed and judged in the present case is that of the FRY and of Serbia and Montenegro, as the Court indicates in the preamble by referring to one or other of these States depending on the period concerned, in order to identify clearly the perpetrators of the acts and consequently attribute the resulting responsibility to Serbia as the continuator of the two previous States.

It should also be noted that the Court expressly refers, in paragraph 78, to the Republic of Montenegro, which became independent on 3 June 2006, after the end of the public hearings, and which informed the Court by a letter dated 29 November 2006 that the new State did not intend to adopt the capacity of Respondent in the case at hand. It is important to cite that paragraph of the Judgment of the Court: “That being said, it has to be borne in mind that any responsibility for past events determined in the present Judgment involved at the relevant time the State of Serbia and Montenegro.”

This paragraph recalls the responsibilities incumbent upon the Republic of Montenegro, and I interpret this reminder as meaning that, even if

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

(Signé) Ahmed MAHIU.

the operative part is not directly addressed to the Republic of Montenegro, it is nonetheless responsible as a successor State, in accordance with the rules of international law governing the international responsibility of States, State succession with respect to treaties and State succession with respect to property, archives and State debts. I regret that the Court was not more precise in its reminder of the obligations of the Republic of Montenegro, given the circumstances of the present case. The Republic of Montenegro is a party to the Genocide Convention, which requires it to comply with all the resulting obligations, including that of prosecuting and punishing the perpetrators of acts of genocide. Moreover, it has succeeded to the Dayton Agreements, which commit it to full co-operation in achieving the goals established by those agreements.

(Signed) Ahmed MAHIU.
