

## Les ordonnances de la CIJ dans l'affaire relative à l'application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide

*Rafaëlle Maison \**

### **Introduction**

L'affaire portée devant la CIJ par la République de Bosnie-Herzégovine, qui l'oppose à la République Fédérative de Yougoslavie (RFY, Serbie et Monténégro), a donné lieu à deux ordonnances. La première, du 8 avril 1993, indique trois mesures conservatoires qui seront simplement réaffirmées dans la seconde, en date du 13 septembre de la même année. Les problèmes soulevés par cette affaire sont d'une gravité humaine exceptionnelle dans la mesure où la Cour doit connaître de la politique de «purification ethnique» dont est victime la population bosniaque. Ils sont avivés par l'ambiguïté de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 sur laquelle la Cour semble vouloir se fonder exclusivement. Peut-on, sur la base de celle-ci, tenir un Etat pour responsable du crime de génocide? Le texte même de la Convention ne retient qu'un principe de responsabilité individuelle. La Bosnie soutient, en revanche, que la Yougoslavie a commis des actes de génocide ainsi que des actes d'agression auxquels la Cour est priée de réagir.

La question qui se pose d'une façon encore plus aiguë dans cette première phase juridictionnelle, avant tout jugement au fond quant à une possible responsabilité étatique pour génocide, est celle de la cessation des actes contraires au droit international que la Cour doit favoriser par ses décisions. La Bosnie cherche ainsi à faire reconnaître son droit à se protéger contre un génocide qui est, selon elle, actuellement perpétré. Elle invite la Cour à affirmer son droit «naturel» de légitime défense et à affaiblir par là même l'embargo sur les armes, imposé par la résolution 713 du Conseil de sécurité. Dans sa seconde demande, elle prie en outre la Cour de préserver son «droit à l'existence», se considérant directement menacée par les projets de partition ethnique, qui entérinent la conquête de territoires par des actes

\* Institut universitaire européen, Florence.

de génocide. Ces requêtes obligent la Cour à préciser l'étendue des pouvoirs qu'elle entend assumer. Au regard du caractère dramatique de la situation de la population civile en Bosnie-Herzégovine, l'intervention d'un organe impartial pouvant prononcer des injonctions semble, plus que jamais, nécessaire. Plus que jamais, la position et le rôle de la CIJ, qui se prononce alors que le système de sécurité collective paraît avoir échoué, sont sujets à questionnement.

Les solutions apportées à ces problèmes par les ordonnances ne sont que partielles et provisoires. Cette première phase de la procédure permet toutefois d'évaluer précisément, si ce n'est définitivement, l'étendue des droits posés par la Convention, tout comme la tâche que la Cour considère devoir statutairement remplir. La juridiction utilise très prudemment les pouvoirs qu'elle tient de son Statut afin d'indiquer des mesures conservatoires qui, tout en représentant peut-être une «victoire morale» de la Bosnie,<sup>1</sup> n'ont pas été suivies d'effet (I). Si elle semble de prime abord refuser d'opérer un contrôle de légalité c'est, en réalité, en mettant en avant une interprétation classique de la Convention sur le génocide que la Cour rejette les demandes bosniaques (II). Les ordonnances posent dès lors la question de la valeur actuelle de la prohibition du génocide.

## **I. La prudence de la Cour dans l'exercice effectif de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires**

La Cour, dans cette affaire exceptionnelle, n'accepte qu'avec prudence d'indiquer des mesures conservatoires, en utilisant précautionneusement les pouvoirs qu'elle tient de l'article 41 de son Statut selon lequel elle peut indiquer «si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire.» Elle se conforme rigoureusement à la condition, posée par la jurisprudence, de la reconnaissance d'une compétence *prima facie* quant au fond du litige (A). De plus, en se prononçant sur les «circonstances» qui sont à l'origine de la demande bosniaque, elle n'affirme pas l'existence d'un crime de génocide (B).

### **A. La reconnaissance d'une compétence *prima facie***

La Yougoslavie (RFY) n'a cessé, dans cette affaire, de contester la compétence de la Cour. En l'absence d'une déclaration d'acceptation de sa juridiction obligatoire (article 36, paragraphe 2 de son Statut), la Bosnie-Herzégovine invoque divers autres textes pour établir cette compétence *ratione materiae*. Une des originalités des ordonnances réside dans l'attention prêtée par la Cour à sa compétence *ratione personae*: les Etats en litige, et plus particulièrement la Yougoslavie, peuvent-ils avoir accès à la juridiction?

1 Voir *Le Monde* du 10 avril 1993.

*1. La compétence ratione materiae*

La Cour refuse successivement de reconnaître sa compétence en vertu «du droit international de la guerre coutumier et conventionnel» et du «droit international humanitaire» ainsi que de la théorie du *forum prorogatum* dont l'utilisation aurait pourtant été intéressante.<sup>2</sup> Le Traité conclu par les puissances alliées et associées et le royaume des Serbes, Croates et Slovènes sur la protection des minorités à St. Germain-en-Laye en 1919 est également, au regard de la Cour, «dénué de pertinence».<sup>3</sup> Enfin, la Cour rejette une dernière base de compétence avancée par la Bosnie-Herzégovine: la lettre adressée le 8 juin 1992 par les présidents de la Serbie et du Monténégro au président de la Commission d'arbitrage de la Conférence internationale pour la paix en Yougoslavie.<sup>4</sup> En définitive, seule la Convention sur le génocide semble pouvoir provisoirement justifier la compétence de la Cour. Selon l'article IX de ce texte:

les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide (...), seront soumis à la CIJ, à la requête d'une partie au différend.

La qualité de Partie contractante à la Convention de la Bosnie est cependant ici remise en question par la RFY.

Considérant que, seule une procédure d'adhésion (et non une succession)<sup>5</sup> pouvait être utilisée par la Bosnie, la Yougoslavie soutient que cet Etat n'est devenu partie à la Convention que trop tardivement, du fait du délai prévu par l'article XIII du texte. Pour la Cour, en revanche, le fait que la Bosnie ait pu ne devenir partie à la Convention qu'après le dépôt de l'acte introductif d'instance, mais avant les audiences, ne s'oppose pas à l'exercice de sa compétence. En effet, la Cour, en décidant si elle doit ou non indiquer des mesures conservatoires, se préoccupe moins du passé que du présent et de l'avenir.<sup>6</sup>

2 Ordonnance du 13 septembre 1993, para. 34. Voir également l'opinion individuelle du juge *ad hoc* Lauterpacht, paras. 24 à 37.

3 Ordonnance du 13 septembre 1993, paras. 29-31.

4 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 31.

5 La Bosnie a communiqué au Secrétaire général de l'ONU une «notification de succession» à la RFSY en ce qui concerne la Convention sur le génocide. La RFSY (République Fédérative Socialiste de Yougoslavie), ex-Yougoslavie, avait signé cette Convention en 1948 et déposé un instrument de ratification sans réserves en 1950. La RFY (défendeur à l'instance) a fait quant à elle une déclaration formelle le 27 avril 1992 dans laquelle elle affirme assurer la «continuité» de la RFSY et respecter tous les engagements de celle-ci. La position de cet Etat quant à la situation juridique des différentes Républiques qui composaient la RFSY est parfaitement représentée par l'article de M. Kreča, juge *ad hoc* pour la RFY lors de la seconde ordonnance, «Succession and the continuity of Yugoslavia», *Yugoslav Review of International Law*, n° 2-3, 1992.

6 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 25.

Cependant, la situation juridique des Parties à l'instance est trouble: la Cour doit également se prononcer sur sa compétence *ratione personae*.<sup>7</sup>

## 2. La compétence *ratione personae*

La situation juridique de la République de Yougoslavie, et notamment les liens qu'elle entretient avec les Nations Unies sont ambigus. Cet Etat peut-il être considéré comme membre des Nations Unies et par là même partie au statut de la CIJ, au sens de l'article 93, paragraphe 1 de la Charte?<sup>8</sup> La Bosnie a évoqué et approuvé, dans sa requête, la contestation de la continuité entre la République Fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro, partie défenderesse à l'instance) et l'ancienne République Fédérative Socialiste de Yougoslavie (RFSY) par différents organes de la communauté internationale. Elle n'en considèrerait pas moins que la RFY était toujours partie au Statut de la Cour.<sup>9</sup> La Cour ne répond donc pas véritablement à une contestation de sa compétence que ni l'une ni l'autre des parties n'avait intérêt à invoquer mais relève d'elle-même, d'office, une difficulté dans la demande bosniaque.

Après avoir rappelé l'ensemble des positions remettant en question la situation juridique de la Yougoslavie,<sup>10</sup> la Cour se tourne vers une autre disposition du Statut, l'article 35, paragraphe 2, pour justifier sa compétence. Celui-ci affirme:

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

- 7 La Yougoslavie a déposé une «exception préliminaire concernant la légitimité du demandeur», faisant par là valoir que les représentants de l'Etat bosniaque n'auraient pas été «légalement élus» et continueraient d'être contestés par «les représentants de la population serbe et croate». Cette position n'est pas accueillie favorablement par la Cour qui considère comme suffisant le fait d'avoir été saisie de l'affaire «sur autorisation d'un chef d'Etat traité en cette qualité au sein de l'organisation des Nations Unies», ordonnance du 8 avril 1993, paras. 12 et 13. La Bosnie a par ailleurs noté, lors des audiences publiques, la volonté délibérée de l'Etat défendeur de mettre en question son existence légale. Selon la Bosnie, «Yugoslavia is using the forum of the United Nations and this Court to eulogize a recognized Member State», voir le compte rendu des audiences publiques, CR 93/33, 15-16.
- 8 Selon l'article 93, para. 1 de la Charte «tous les membres des Nations Unies sont *ipso facto* parties au Statut de la Cour». L'article 35, para. 1 du statut précise: «La Cour est ouverte aux Etats parties au présent statut».
- 9 CR 93/12, 24.
- 10 La résolution 777 (1992) du Conseil de sécurité «recommande à l'Assemblée générale de décider que la République Fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'adhésion aux Nations Unies et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale». La résolution 47/1 de l'Assemblée générale accepte cette recommandation tandis que la lettre du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques l'interprétant affirme que «l'unique conséquence pratique de cette résolution est que la RFY ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale». La résolution 47/1, selon cette même lettre, «ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas».

La Cour considère que l'article IX de la Convention sur le génocide «pourrait être considéré *prima facie* comme une disposition particulière d'un traité en vigueur». <sup>11</sup>

Certains auteurs ont vu dans ce recours à un article du Statut, non invoqué par les parties, une évolution notable. La Cour examinerait désormais sa compétence à partir des dispositions «figurant dans le Statut» par delà celles qui ont été directement invoquées par les parties, relevant ainsi d'office les titres permettant de la fonder. Si la position de la Cour peut dénoter une «plus grande autonomie à l'égard des Parties», elle n'exprime pourtant pas une volonté de cette institution d'approfondir ses pouvoirs. <sup>12</sup> Au contraire, la Cour relève d'elle-même les obstacles à la reconnaissance de sa compétence *prima facie*, pour les dépasser, en une démarche assez paradoxale.

La Cour ne fait que reprendre une motivation qu'elle a auparavant déjà largement utilisée afin de retenir sa compétence tant *ratione materiae* que *ratione personae*. <sup>13</sup> Celle-ci doit être tenue pour «possible». Toutefois, il semble aujourd'hui, au regard de la minutie de l'examen qu'elle mène *in concreto*, qu'elle tende à se rapprocher de l'adoption d'un critère plus «probabiliste» que «possibiliste». <sup>14</sup> La prudence de la Cour marque plus nettement encore son appréciation des «circonstances».

- 11 Ordonnance du 8 avril 1993, paras. 18 et 19. L'interprétation doctrinale de l'article 35, paragraphe 2 selon laquelle la seule existence d'une clause compromissoire contenue dans un traité suffit à ouvrir la Cour aux parties à ce traité, sans qu'elles aient de surcroît à se conformer aux conditions réglées par le Conseil de sécurité, trouve ici une confirmation jurisprudentielle, voir Daniele, «La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra Bosnia-Erzegovina e Jugoslavia (Serbia e Montenegro)», *RDI* (2/1993) 377, 4. Cette question est largement discutée par V. Starace dans son ouvrage, *La competenza della Corte Internazionale di Giustizia in materia contenziosa* (1970) 42-63.
- 12 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 14. Voir l'analyse, *a contrario*, de Daniele, *supra* note 11, 376.
- 13 Ainsi, affirme-t-elle, «en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires, point n'est besoin pour la Cour, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire». Toutefois, «elle ne peut indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur ou dans le Statut semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée». C'est la motivation utilisée, par exemple, dans l'ordonnance du 10 mai 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Rec. 179, para. 24.
- 14 Les longs paras. 14 à 32 de la première ordonnance de la Cour sont ainsi dédiés à la justification de la compétence *prima facie*. Cette précaution contraste avec l'audace qu'avait montrée la Cour lorsqu'elle s'était reconnue compétente dans l'affaire des *Essais nucléaires*, ordonnance du 22 juin 1973, Rec. 99, para. 16 et 17. On peut se rapporter, pour une analyse de la «politique jurisprudentielle» de la Cour, qui dépasse généralement les exigences de l'article 41 de son Statut, à l'article de Cocatre-Zilgien, «Les mesures conservatoires décidées par le juge ou l'arbitre international», *RGDIP* (1966-I) 5-48, ainsi qu'à l'ouvrage de J. Stuzcki, *Interim Measures in the Hague Court* (1983) 221-260.

## B. L'absence de qualification du crime de génocide justifie le caractère modéré des injonctions

La demande de la Bosnie est inspirée par une situation d'urgence dramatique, qui n'est pas contestée.<sup>15</sup> Toutefois, les deux ordonnances de la Cour affirment que l'urgence se caractérise par l'imminence, et non la perpétration actuelle, du crime de génocide.

La Bosnie se fondait, dans ses demandes successives, sur l'existence d'actes constitutifs du crime de génocide, commis sur son territoire et perpétrés par des forces aidées ou se trouvant sous le contrôle de la Yougoslavie. Selon l'article II de la Convention de 1948,

le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Le crime de génocide, prétend la Bosnie, n'est pas seulement constitué par l'un des actes que l'article II énumère. Presque tous ont été actuellement perpétrés: assassinats (a), viols systématiques des femmes (b), siège et bombardements de villes et notamment de la capitale, Sarajevo (c), naissances entravées par le moyen du viol sélectif (d). Pour cet Etat, l'intention de «détruire un groupe comme tel» est caractérisée dans la politique de «purification ethnique»; les actes précédemment décrits sont commis sur des individus en raison même de leur nationalité (*because of their bosnian nationality*, ce qui inclut à la fois des individus d'origine croate, musulmane ou serbe) ou leur appartenance religieuse (*Muslims though also Croats*).<sup>16</sup> Ainsi la Bosnie conclut-elle:

15 L'urgence n'est pas mentionnée dans l'article 41 du Statut de la Cour. En revanche, l'article 74 de son règlement l'évoque directement. La Cour l'a récemment considérée comme une condition nécessaire à l'indication des mesures conservatoires: voir en ce sens l'ordonnance rendue dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, ordonnance du 29 juillet 1991, Rec. 12.

16 CR 93/12, 31 à 37. La Bosnie insiste constamment sur le caractère «pluri-ethnique et «pluri-religieux» de sa population. L'ambassadeur Sacirbey affirme: «Our republic is represented by Muslims, Serbs, Croats and others. We pride ourselves on being a pluralistic, multicultural society...», CR 93/35, 6. La «purification ethnique» est dirigée «against who recognize Bosnian citizenship, whether Muslim, Croat, Serb, Jew or other», CR 93/33, 18. Cet Etat doit insister sur la notion de nationalité, puisque la Convention de 1948 n'a pas reconnu celle de «génocide politique», comme le note A. Cassese dans son ouvrage *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (1988) 116. La demande en indication de mesures conservatoires est formulée afin de protéger «le peuple (et l'Etat) de Bosnie- Herzégovine» (ordonnance du 8 avril 1993, para. 3). Il est remarquable que la Cour, en revanche, s'attache particulièrement à la protection de la «population musulmane» de Bosnie-Herzégovine (mesure A 2) des deux ordonnances). La Yougoslavie cherche quant à elle, dans sa seconde demande en indication de mesures conservatoires, à protéger du crime de génocide «le groupe ethnique serbe», ordonnance du 13 septembre 1993, para. 12. Sur

## Les ordonnances de la CIJ

for the first time ever on the European continent, since 1945, we see a deliberate, systematic, organized effort by the rump Yugoslavia to actually exterminate entire groups of people because of their nationality and religion.<sup>17</sup>

Les allégations de la Bosnie, dont la réalité est certifiée par des commissions internationales indépendantes, ont donné lieu, de surcroît, à des prises de position officielles. Le Rapporteur spécial de la Commission des Droits de l'homme confirme qu'il existe une politique de «purification ethnique» qui «ne serait pas la conséquence de la guerre mais son but. Massacres, brutalités, viols, destruction des maisons et menaces concourent à la réalisation de ce but qui est déjà en partie atteint» affirme-t-il.<sup>18</sup> Par ailleurs, comme le rappelle la Bosnie, l'Assemblée générale des Nations Unies a considéré que la «purification ethnique» était une «forme de génocide».<sup>19</sup> La Cour n'a donc pas à se prononcer sur le seul fondement d'informations rapportées par la presse, comme ce fut le cas dans les affaires du personnel diplomatique et des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua.<sup>20</sup> Elle hésite cependant à consacrer l'existence d'actes de génocide. Dans sa première ordonnance elle constate:

il existe un risque grave que des actes de génocide soient commis.

Dans la seconde ordonnance, elle précise cette formule: le risque

a été accru par la persistance de conflits sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et la commission d'actes odieux au cours de ces conflits. (...) 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.

La situation, conclut-elle, est «dangereuse», en une formule dont la modération peut troubler.<sup>21</sup>

quels fondements juridiques cette demande pourrait-elle être accueillie? La Yougoslavie n'invoque en effet pas une protection diplomatique fondée sur la nationalité, mais un principe de protection fondé sur la communauté ethnique, raciale, que le droit international ne reconnaît pas.

17 CR 93/12, 22.

18 Deuxième rapport de M. T. Mazowiecki, 27 octobre 1992, E/CN.4/S-1/10. Il soutient dans son troisième rapport, du 17 novembre 1992, que «le fait que le nettoyage ethnique soit plus largement pratiqué dans les territoires occupés par les Serbes est incontestablement à rapprocher des objectifs politiques énoncés et poursuivis par les nationalistes serbes, à savoir assurer la domination serbe sur tous les territoires habités par des nombres importants de serbes et sur les territoires limitrophes qui y sont assimilés par des considérations d'ordre logistique et militaire», A/47/666-S/24809.

19 Résolution 47/121 du 18 décembre 1992. D'autres actes caractérisant cette politique, qui ne sont pas énumérés à l'article II de la Convention sur le génocide, tels que l'expulsion massive des populations, pourraient par ce biais être considérés comme constitutifs du crime de génocide (CR 93/12, 21).

20 Dans ces deux affaires, «la Cour s'est référée aux informations de la presse, qui lui ont paru pouvoir être considérées comme des moyens de preuve suffisants» comme le rappelle B. Stern dans sa chronique de la jurisprudence internationale, *JDI* (1986-II) 798.

21 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 45, ordonnance du 13 septembre 1993, paras. 53, 52, 58 et 59.

Il convient de rappeler ici que la Cour n'est pas, à ce stade de la procédure, habilitée à conclure définitivement sur les faits, ainsi qu'elle le rappelle dans son ordonnance du 10 mai 1984.<sup>22</sup> Cependant, elle avait, dans cette même affaire, tenu pour acquis certains actes précis dont elle demandait la cessation immédiate. La prudence actuelle de la juridiction dans l'appréciation des circonstances l'amène à formuler ses décisions en des termes relativement peu contraignants et à ne répondre que partiellement à la requête bosniaque. Alors que la Bosnie cherchait en premier lieu à ce que la Cour ordonne à la Yougoslavie de «mettre fin et renoncer à tous actes de génocide et actes de même nature»,<sup>23</sup> la Cour se contente de décider que la RFY doit

immédiatement prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide<sup>24</sup>

et veiller par ailleurs

à ce qu'aucune des unités militaires paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourraient se trouver sous son pouvoir, son autorité ou son influence ne commettent le crime de génocide, ne s'entendent en vue de le commettre ou ne s'en rendent complices, qu'un tel crime soit dirigé contre la population musulmane de Bosnie-Herzégovine, ou contre tout autre groupe national, ethnique, racial ou religieux.<sup>25</sup>

Après un long exercice par lequel elle établit sa compétence *prima facie* en vertu de la Convention sur le génocide, la Cour se reconnaît le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires. Celles-ci visent particulièrement la Yougoslavie, rendant ainsi imaginable une responsabilité de cet Etat au fond et dépassant positivement

22 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Rec. para. 31: la «décision doit laisser intact le droit du défendeur de contester les faits allégués».

23 Mesure 1 de la première demande.

24 Mesure A 1), adoptée à l'unanimité lors de la première ordonnance, par treize voix contre deux lors de la seconde, les juges Kreča (juge *ad hoc* désigné par la Yougoslavie) et Tarassov s'y opposant.

25 Mesure A 2), adoptée par treize voix contre une lors de la première ordonnance, réaffirmée par treize voix contre deux lors de la seconde, la voix du juge Kreča s'ajoutant à celle du juge russe Tarassov. La troisième mesure s'adresse, en un procédé classique de «bilatéralisation» aux deux parties qui «doivent ne prendre aucune mesure et veiller à ce qu'il n'en soit prise aucune, qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant sur la prévention et la répression du crime de génocide, ou à en rendre la solution plus difficile». Elle a été adoptée à l'unanimité puis réaffirmée par quatorze voix contre une, le juge *ad hoc* Kreča s'y opposant. Il faut noter que la Cour montre la même circonspection dans l'appréciation de l'imputation des faits: ainsi emploie-t-elle systématiquement le conditionnel pour désigner une possible intervention de la Yougoslavie. Cet Etat avait, au cours des audiences publiques qui ont suivi la première demande bosniaque, constamment nié une quelconque participation au conflit. Pour la Yougoslavie, ainsi que le rappelle la Cour, «ce n'est pas d'une agression d'un Etat contre un autre dont il s'agit, mais d'une guerre civile». La partie défenderesse affirme de surcroît «qu'elle n'apporte pas de soutien militaire, dans le conflit, à quelque camp que ce soit...», voir ordonnance du 8 avril 1993, para. 42. La Bosnie-Herzégovine a pu produire, lors de sa seconde demande, trois déclarations officielles des autorités yougoslaves revendiquant leur implication dans la crise. Les injonctions de la Cour furent cependant réaffirmées sous une forme identique.

l'argument selon lequel le conflit bosniaque est une guerre civile dont la Cour ne pourrait connaître. Toutefois, la Cour n'évoque que le «risque de génocide» alors qu'elle aurait peut-être pu s'appuyer sur les nombreuses informations dont elle disposait pour procéder, dès ce stade, à une qualification. Le crime de génocide, rappelle la juridiction en citant la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale du 11 décembre 1946, «bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'Humanité ... et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies». <sup>26</sup> Sa prohibition est considérée comme une des normes fondamentales de la Société internationale. La Cour aurait été tenue, par la découverte d'un génocide, de préserver le plus efficacement possible le droit «de chaque Partie» à n'en pas être victime. Elle aurait pu être amenée à accueillir plus favorablement l'argumentation de l'Etat demandeur, que les injonctions actuelles ne satisfont pas. La précaution de la Cour peut dès lors apparaître comme le moyen de ne pas répondre aux principales demandes bosniaques.

## II. Le rejet des demandes bosniaques

Les demandes successives de la Bosnie-Herzégovine avaient un objet très large. La Cour était ainsi priée d'enjoindre à la Yougoslavie de mettre fin à ses actes de génocide (mesure 1 de la demande déposée en avril), mais également à ses actes d'agression indirecte (mesure 2 demandée en avril, mesure 1 de la seconde demande). Le droit de légitime défense individuelle et collective de la Bosnie devait être reconnu (mesures 4, 5, 6 de la première demande) tout comme l'obligation de prévention du crime de génocide s'imposant à tous les Etats parties à la Convention de 1948 (mesures 5, 6, 7, 8, 9 de la seconde demande). La Cour était, de surcroît, invitée à ordonner à la Yougoslavie de cesser de partager le territoire de la Bosnie et à déclarer une telle opération illicite, quels qu'en soient ses auteurs (mesures 2, 3 de la seconde demande). Enfin, la Bosnie cherchait à obtenir de la Cour qu'elle enjoigne à la FORPRONU d'assister plus efficacement l'acheminement de l'aide humanitaire à Tuzla (mesure 10 de la seconde demande). <sup>27</sup>

La Cour rejette par deux fois ces demandes audacieuses en utilisant l'article 75, paragraphe 2 de son Règlement qui lui permet d'indiquer des mesures différentes de celles qu'avaient requises les Parties. <sup>28</sup> Il semble, tout d'abord, que le motif de ce rejet consiste dans l'impossibilité d'opérer un contrôle de légalité (A). En réalité, la Cour s'appuie sur la Convention de 1948 pour limiter l'étendue des droits qu'elle peut être amenée à protéger (B).

26 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 49.

27 Les demandes bosniaques sont reproduites aux paras. 3 et 6 de l'ordonnance du 13 septembre 1993.

28 Voir G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la CIJ adopté le 14 avril 1978* (1983) 469 et s.

### A. L'impossible contrôle de légalité?

L'audacieuse ampleur de la demande la Bosnie-Herzégovine est bien résumée par cette intervention de son ambassadeur auprès des Nations Unies lors des audiences publiques:

We call upon the Court to address three general and essential issues:  
First, can the absolute right to self-defence, affirmed by article 51 of the United Nations Charter of the people and government of the Republic of Bosnia and Herzegovina be abridged by the Security Council, as long as the Council has not taken all the necessary measures required to stop the genocide?  
Second, can the Security Council act to limit the affirmative obligation of the signatories of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide to stop the crime? and  
Third, can any agreement signed by the Republic of Bosnia and Herzegovina, under the compulsion and threat of continuing genocide, be deemed as valid and binding on the Republic of Bosnia and Herzegovina?<sup>29</sup>

La Bosnie cherche tout particulièrement à faire reconnaître son droit de légitime défense, dans le but de remettre en question l'embargo sur les armes qui lui est imposé par une résolution du Conseil de sécurité. Par ailleurs, elle tente d'amener la Cour à se prononcer sur la légalité des projets de partition de son territoire. La question de la conformité au droit international général et au *jus cogens* des réponses apportées par la Communauté internationale au crime de génocide est ici clairement soulevée par l'Etat demandeur.

#### *1. La conformité au droit international général et au jus cogens des réponses apportées au crime de génocide*

Par sa résolution du 25 septembre 1991 (résolution 713), le Conseil de sécurité a décidé un embargo «général et complet sur toutes les livraisons d'armements et d'équipements militaires à la Yougoslavie». L'un des buts principaux de l'Etat demandeur à l'instance était de susciter une position critique de la Cour sur cette résolution, afin de faire évoluer le conflit en lui permettant pratiquement de mieux organiser sa défense face à l'«agression génocidaire» de la RFY.<sup>30</sup> L'affirmation de son «droit naturel» de légitime défense, au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, que la Bosnie cherche à obtenir de la Cour, remettrait heureusement en question la résolution 713 du Conseil de sécurité.<sup>31</sup> Toutefois, afin d'éviter la

29 CR 93/33, 11-12.

30 Dans son rapport du 17 novembre 1992, M. T. Mazowiecki affirmait: «un autre facteur contribuant à l'intensité du «nettoyage ethnique» dans les zones sous domination serbe était le net déséquilibre entre les armes dont disposaient la population serbe et la population musulmane de Bosnie-Herzégovine», A/47/666-S/24809. Pourrait-on, dans ces conditions, parler de complicité de génocide des Etats membres du Conseil de sécurité?

31 La Yougoslavie soutenait en revanche que la Cour devait se déclarer incompétente pour répondre à la demande bosniaque dans la mesure où elle portait sur une question dont le Conseil était actuellement saisi. La Cour rejette clairement cet argument en rappelant la formule utilisée lors de

claire contradiction d'une telle déclaration judiciaire et de la résolution, la Bosnie propose à la juridiction, dans le but de simplifier sa tâche, une simple «interprétation» de la volonté du Conseil de sécurité, selon laquelle la résolution ne pourrait être considérée comme s'appliquant à la Bosnie.<sup>32</sup>

Selon la Bosnie, la validité de la résolution 713 dépendait de son acceptation par la Yougoslavie.<sup>33</sup> Le texte lui-même, aussi bien que son histoire législative, mettent ainsi en évidence l'importance de ce consentement.<sup>34</sup> Or, la Bosnie n'est devenue un Etat indépendant que le 6 mars 1992, elle n'a été admise comme membre des Nations Unies que le 22 mai 1992: la Cour est invitée à dire que la résolution 713, ainsi que les autres résolutions antérieures à cette date et réaffirmant l'embargo, ne doivent pas s'appliquer à l'Etat demandeur, puisque celui-ci n'a pu les accepter.<sup>35</sup> Toutefois, comme le remarque le juge ad hoc Lauterpacht dans son opinion dissidente, la Bosnie ne tient pas compte du débat du 29 juin 1993 au Conseil de sécurité qui ne permit pas la levée de l'embargo sur les armes, malgré l'appartenance à cette date de la Bosnie à l'Organisation des Nations Unies.<sup>36</sup> En procédant à une interprétation qui ne se conformerait pas à l'esprit de l'action ultérieure du Conseil de sécurité, la Cour modifierait en réalité le sens des résolutions.

L'interprétation de la résolution s'avérant juridiquement problématique, la Cour est confrontée directement à l'affirmation, requise par la Bosnie, de son droit de légitime défense. Le problème du contrôle de légalité se pose ici très précisément. En effet, l'article 51 de la Charte affirme la possibilité de l'exercice du droit de légitime défense «jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales». En l'espèce, le Conseil de sécurité s'est effectivement saisi du conflit mais n'a pas, prétend la Bosnie, «pris les mesures nécessaires». Son droit à la légitime défense, poursuit-elle, n'est donc aucunement entamé. La Cour, pour accueillir une telle argumentation, devrait exercer un contrôle sur les mesures décidées par le Conseil. Pour affirmer le droit de légitime défense de la Bosnie, elle serait amenée à apprécier l'adéquation de l'action du Conseil, et notamment de l'embargo, à la situation, et à contrôler le

*l'affaire des activités militaires et paramilitaires...*: «le Conseil (de sécurité) a des attributions politiques; la Cour exerce des fonctions judiciaires. Les deux organes peuvent donc s'acquitter de leurs fonctions distinctes à propos des mêmes événements», voir l'ordonnance du 8 avril 1993, para. 33.

32 CR 93/12, 52. Ainsi la Cour ne se trouverait pas dans la situation de l'affaire de *Lockerbie*: pour satisfaire l'Etat demandeur elle devait invalider une résolution du Conseil de sécurité, ordonnance du 14 avril 1992, *Questions d'interprétation...*, Rec. 6.

33 Voir Weller, «The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia», *AJIL* (1992) 569 et s.

34 Voir le préambule de la résolution, le Conseil de sécurité et les débats précédant son adoption, notamment les interventions des représentants du Zimbabwe, du Yémen, de Cuba, de l'Inde, de la Chine, de l'U.R.S.S. et du Royaume-Uni. Voir également CR 93/12, 40-53, CR 93/33, 41-49.

35 Les résolutions 724, du 15 décembre 1991, et 727, du 8 janvier 1992 réaffirment l'embargo.

36 Ordonnance du 13 septembre 1993, opinion individuelle du juge Lauterpacht, 28.

respect par cet organe de ses obligations en vertu de la Charte.<sup>37</sup> L'ensemble des résolutions existantes peuvent-elles être analysées comme les «mesures nécessaires» de l'article 51, excluant la possibilité de légitime défense? Le Conseil de sécurité, en s'abstenant de qualifier l'agression, en n'adoptant pas, a fortiori, les sanctions militaires qui pourraient s'imposer face à un tel acte, en perpétuant de surcroît un embargo sur les armes qui s'impose à la Bosnie, a-t-il agi conformément aux obligations résultant de la Charte?<sup>38</sup> La Bosnie-Herzégovine soutient, par ailleurs, que le *jus cogens* risque d'être violé dans la résolution actuelle du conflit.

Les négociations de paix et les plans de découpage de la Bosnie en résultant devraient, pour cet Etat, être déclarés illicites par la juridiction internationale. Les négociations internationales ne sont pas seulement menées sous la pression du génocide, elles acceptent et légitiment, selon la Bosnie, les actes de purification ethnique, qui constituent la forme la plus banale du conflit armé bosniaque. De surcroît, l'application du plan résultant de ces négociations ne pourra qu'entraîner la poursuite de la politique armée de division ethnique. La Bosnie suggère donc deux mesures à la Cour. Elle devrait enjoindre à la Yougoslavie de cesser toute action ayant pour but de «partager, démembrer, annexer ou absorber le territoire souverain de la Bosnie-Herzégovine». Surtout, elle est invitée à déclarer illicite tout accord reconnaissant un tel démembrement.<sup>39</sup> Un plan de paix acceptant les résultats d'une politique d'agression ayant pu prendre la forme d'un génocide peut-il avoir une valeur légale? La Bosnie invoque ici la notion classique de *jus cogens*: tout traité y contrevenant serait invalide. Pour répondre à cette demande, la Cour devait accepter l'existence de ce corps de normes et reconnaître l'appartenance à celui-ci de la prohibition du génocide. Elle devait, en outre, se prononcer sur la légalité des négociations en cours en admettant que les plans de paix prévoyant le démembrement de l'Etat bosniaque constituaient une acceptation ou conduisaient à la perpétuation de nouveaux actes de génocide. En réalité, la Cour, s'appuyant sur son Statut, évite de se prononcer sur ces problèmes de fond.

## 2. Les limites découlant du Statut de la Cour

Analysant la demande bosniaque, la Cour considère qu'il est clair que

l'intention du demandeur, en sollicitant (certaines) mesures, n'est pas d'obtenir que la Cour indique que le défendeur doit prendre certaines dispositions pour la sauvegarde des droits du demandeur, mais plutôt que la Cour fasse une déclaration précisant ces droits, déclaration qui «clarifierait la situation juridique à l'intention de l'ensemble de la communauté internationale», en particulier des membres du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

37 Selon l'article 24, para. 2, le Conseil de sécurité, en exerçant la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale, agit «conformément aux buts et principes des Nations Unies».

38 Sur l'action du Conseil de sécurité dans la crise, voir les analyses de Petrovic et Condorelli, «Les Nations Unies et la crise yougoslave», *AFDI* (1992) 32-60.

39 Mesures n° 2 et 3 de la seconde demande bosniaque, ordonnance du 13 septembre 1993, para. 6.

Elle affirme qu'elle ne peut, dans l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires,

indiquer à titre de «clarification» que ces Etats ou entités doivent prendre, ou s'abstenir de prendre, des mesures spécifiques à l'égard des actes de génocide qui, selon le demandeur, sont actuellement commis en Bosnie-Herzégovine.

La juridiction en conclut que la demande, en ce qu'elle concerne la résolution imposant un embargo et l'invalidation des résultats des négociations internationales, doit être considérée comme étant hors du champ d'application de l'article 41 de son Statut.<sup>40</sup>

Le raisonnement de la Cour semble reposer sur l'assertion suivante: l'indication de mesures conservatoires ne peut être formulée qu'à l'intention stricte des parties à l'instance. Elle déduit ce résultat de l'article 59 de son Statut qui pose le principe de l'effet relatif de l'autorité de chose jugée.<sup>41</sup> Il convient toutefois de s'interroger sur cette assertion. Si le principe de l'effet relatif de la chose jugée exclut clairement la possibilité d'injonctions adressées à des Etats non parties à l'instance, son invocation ne résoud pas le problème de la «déclaration» non contraignante des droits. A l'inverse, c'est bien parce que l'autorité de chose jugée est relative que la Cour pourrait se permettre une telle «déclaration» et utiliser, par exemple, un mécanisme proche de l'exception d'illégalité. La Cour aurait peut-être pu, sans invalider autoritairement une résolution du Conseil de sécurité ou un accord international par une décision qui aurait un effet obligatoire pour tous les Etats, écarter leur application dans le cas précis ou émettre un doute sur leur validité. Cette mise à l'écart de la norme internationale, dans une affaire particulière, entraînerait son ineffectivité, les Etats se considérant libres de ne pas la respecter. La solution semble avoir été approchée par la Bosnie lorsqu'elle recherchait une interprétation de la résolution 713. Le juge Lauterpacht évoque plus directement encore cette possibilité. Il considère ainsi que la conséquence de la contrariété qui pourrait exister, selon lui, entre la résolution 713 et le jus cogens doit s'analyser dans la faculté «des membres de l'ONU de la méconnaître».<sup>42</sup> Ainsi, la notion d'autorité relative de chose jugée ne permettait pas, à elle seule, de justifier pleinement l'impossibilité d'une déclaration de droits.<sup>43</sup>

40 Ordonnance du 13 septembre, paras. 40 et 41.

41 Selon cet article, «La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé». Pour la Cour, «l'arrêt rendu dans une affaire donnée n'est, en vertu de l'article 59 du Statut de la Cour, obligatoire que pour les parties en litige». «Par voie de conséquence», poursuit-elle, «la Cour peut, pour la sauvegarde de ces droits, indiquer les mesures conservatoires à prendre par les parties, mais non par des Etats tiers ou d'autres entités alors que ceux-ci ne seraient pas tenus de reconnaître et respecter ces droits par application de l'arrêt qui sera en définitive rendu», ordonnance du 13 septembre, para. 40.

42 Ordonnance du 13 septembre 1993, opinion individuelle, 120.

43 La Cour semble s'orienter, en mettant en avant le principe de l'article 59, vers une exclusion du contrôle de légalité dans le cadre du contentieux. Il est à cet égard significatif que la juridiction n'ait pas mis en avant la «présomption de légalité» des résolutions qu'elle avait utilisées dans l'affaire précitée de *Lockerbie*. Cette tendance est confirmée par l'article du président Bedjaoui, «Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité», in *Nouveaux itinéraires en droit*.

Mais l'attention exclusive de la Cour aux parties à l'instance se justifie, bien plus que par une impossibilité statutaire, par la définition restrictive des droits que la Cour doit préserver. Nous verrons qu'une telle définition est le motif véritable du rejet des principales demandes bosniaques.

## B. Le double carcan de la Convention

La Cour se trouve doublement limitée par la Convention sur le génocide. Elle entend tout d'abord se restreindre à la préservation des droits résultant du texte qui fonde *prima facie* sa compétence. Elle propose en outre une interprétation assez restrictive de ces droits.

### 1. L'évaluation restrictive des droits à préserver

L'article 41 du Statut ne donne aucune indication quant au «droit de chacun» que la Cour est appelée à «conserver». Toutefois, la Cour a souvent affirmé que les droits qu'elle a le pouvoir de protéger sont les «droits objet du différend dont (elle) est saisie». C'est la formule utilisée dans l'affaire de la *réforme agraire polonaise*. En l'espèce, les mesures n'avaient pas été indiquées car elles ne pouvaient être considérées comme «tendant uniquement à sauvegarder l'objet du différend et l'objet de la demande principale tels qu'ils (avaient été) soumis à la Cour par la requête introductive d'instance».<sup>44</sup> La juridiction a plusieurs fois consacré une motivation similaire, considérant, par exemple, qu'elle devait protéger «les droits en litige devant le juge».<sup>45</sup> La question a été récemment soulevée dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*.<sup>46</sup> La Cour estima, en l'occurrence, que les seuls droits qu'elle entendait préserver étaient ceux faisant «l'objet de l'instance pendante», tels qu'ils avaient été délimités dans la requête introductive d'instance, rejetant par là, très explicitement, les prétentions de l'Etat demandeur, la Guinée-Bissau. Une jurisprudence constante semble donc montrer que les droits que la Cour est amenée à protéger sont ceux qui sont revendiqués dans la requête introductive d'instance. Dans l'affaire bosniaque, la Cour fait strictement dépendre les droits à préserver de l'étendue de la compétence qu'elle s'est *prima facie* reconnue. La Cour affirme ainsi qu'elle ne devrait pas

indiquer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence

*Hommage à François Rigaux* (1993) 69-110, où il n'est pas question d'un contrôle de légalité contentieux. On peut se rapporter aussi au cours du professeur H. Thierry, «Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la CIJ», *RCADI* (1980) II.

44 Ordonnance du 29 juillet 1933, *Réforme agraire polonaise*, CPJI, série A/B, n° 58, 177-178.

45 Ordonnance du 11 septembre 1976, *Plateau continental de la mer Egée*, Rec. 9, para. 25; ordonnance du 15 décembre 1979, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec. 19, para. 36.

46 Ordonnance du 2 mars 1990, Rec. 64.

et qu'elle se limitera

dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la Convention sur le génocide.<sup>47</sup>

Cette restriction résulte, sans doute, de l'étroitesse du fondement de la compétence de la Cour qui réside dans un traité comportant une clause attributive de juridiction: il n'y a pas, dans cette affaire, de déclaration générale d'acceptation de sa juridiction obligatoire. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si la Cour ne s'éloigne pas sensiblement du principe sur lequel reposait la procédure établie en matière de mesures conservatoires: l'indépendance par rapport à l'établissement d'une compétence sur le fond.<sup>48</sup>

La marge d'action de la Cour est restreinte à la protection des seuls droits résultant du traité fondant sa compétence *prima facie*. Quels sont les droits étatiques posés par la Convention de 1948? Ce texte prévoit principalement deux obligations à la charge des Etats: l'obligation de prévenir et l'obligation de punir le crime de génocide. La Bosnie-Herzégovine a tenté de montrer, dans le but précis de contourner les restrictions à la compétence de la Cour, que son droit de légitime défense et son droit à l'existence devaient se déduire directement des obligations de la Convention. La juridiction est alors amenée à clarifier l'interprétation qu'elle entend donner du texte conventionnel.

## 2. Une interprétation stricte du texte conventionnel

La Bosnie-Herzégovine tente de faire reconnaître son droit de légitime défense individuelle et collective résultant de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Or, elle entre, par cette requête, dans le domaine du droit international général, et plus précisément du système de sécurité collective, dépassant apparemment la compétence de la Cour fondée sur la Convention de 1948. La Bosnie-Herzégovine soutient toutefois que ce droit découle directement du texte conventionnel. Ainsi, la Cour est-elle amenée à protéger

47 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 34. La Cour utilise la formule adoptée dans l'affaire de l'A.I.O.C. Elle entendait alors sauvegarder par l'indication de mesures «les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître soit au défendeur soit au demandeur». Il faut cependant noter qu'en l'espèce la Cour avait, par son indication, protégé des droits qui n'étaient pas directement visés par la requête principale.

48 Selon Sir G. Fitzmaurice, «the jurisdiction to indicate interim measures of protection is (...) part of the incidental jurisdiction of the Court, the characteristics of which is that it does not depend on any direct consent given by the parties to its exercise, but is an inherent part of the standing powers of the Court under its Statute». Il estime ainsi, «It is essential that the Court should be able to deal with the matter, independently at that stage of whether it has substantive jurisdiction to determine the merits, and without as yet having to form any definite view on the question of its substantive jurisdiction in the case», *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (1986) 533-35.

the inherent right under the genocide convention to defend itself against the acts of genocide and other genocidal acts enumerated in article III currently being perpetrated upon it by the rump Yugoslavia and its agents and surrogates.<sup>49</sup>

Pour la Bosnie, en effet, l'«obligation de prévenir» le génocide imposée aux Etats parties à la Convention de 1948 doit être entendue comme une obligation de défendre ses citoyens contre les actes constitutifs de ce crime commis, au moyen d'une agression armée indirecte, par la Yougoslavie. Elle correspond bien, dès lors, au concept de légitime défense tel qu'il résulte de la Charte. En mettant ainsi en évidence le lien étroit existant entre le génocide et l'agression dans le litige, la Bosnie cherche à obtenir de la Cour une interprétation de la Convention.

En effet, si la légitime défense peut apparaître comme la manifestation de l'obligation de prévention de l'Etat bosniaque au regard des circonstances de la crise actuelle, les auteurs de la Convention n'ont sans doute pas entendu l'affirmer.<sup>50</sup> L'obligation de prévention s'imposait à l'Etat en ce qui concerne les individus se trouvant sous son pouvoir effectif, qu'ils soient «des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers»<sup>51</sup> dans la mesure où ils pourraient commettre le crime de génocide. Elle était complétée par une obligation de punition de ces mêmes individus par le biais des tribunaux internes.<sup>52</sup> Elle visait la commission d'un génocide par des nationaux, et non une agression étatique armée. Prévenir le génocide dans ce cadre strict, signifiait entreprendre par une action législative et judiciaire, dans une situation de paix, une politique d'éducation de la population, une politique visant les individus. L'interprétation bosniaque de l'obligation de prévenir suppose, à l'inverse, que l'on admette que l'Etat puisse être l'auteur du génocide, dans la mesure où la légitime défense se comprend comme une réaction contre une agression étatique. Les actes de génocide doivent en dernier lieu s'analyser comme des actes de l'Etat; il doit s'agir d'une «agression génocidaire». Or, les Etats, selon la Convention de 1948 qui prévoit principalement une responsabilité individuelle, ne sont pas supposés commettre directement des actes de génocide.<sup>53</sup>

49 CR 93/12, 40.

50 Pour une analyse très détaillée de la Convention et des travaux préparatoires, voir P. N. Drost, *The Crime of State, II, Genocide* (1959).

51 Article IV de la Convention.

52 Article VI de la Convention.

53 L'article IX de la Convention, déjà cité, évoque seul l'hypothèse d'une responsabilité étatique, responsabilité classique découlant du non respect des obligations de prévention et de répression. L'absence d'une responsabilité directe de l'Etat pour la commission du génocide est d'ailleurs l'une des insuffisances les plus flagrantes de la Convention. Cette opportune lacune a donné lieu dès l'adoption du texte à des réactions indignées. Ainsi G.A. Finch «deeply regrets that the United States did not hold the position with which it started to negotiate the genocide convention, namely, that the crime of genocide properly defined is inherently one committed at the instigation or with the complicity of the State», voir «The Genocide Convention», *AJIL*, 732 et s. J. Graven dans son cours sur «Les crimes contre l'Humanité» considère que l'exclusion de la responsabilité étatique constitue «un obstacle théorique extrêmement regrettable au progrès nécessaire du droit international public», voir *RCADI* (1950-I) 511. Quant à C. Lombois, il veut retenir de ce «texte

## Les ordonnances de la CIJ

La Bosnie-Herzégovine, dans sa seconde demande, insistait de surcroît sur le devoir de la Cour de préserver son droit à l'existence en tant que partie à une instance pendante, menacée par la commission du même crime de génocide. L'agent de cet Etat a pu s'exprimer en ces termes:

I am today asking the Court to act under article 41 to protect the very existence of a State Member of the United Nations which is a «party» to a case that is currently pending before the Court from the physical mutilation and then total annihilation by the other «party» to the same case in violation of the 1948 genocide Convention, which is the very subject-matter of the lawsuit itself.<sup>54</sup>

La revendication du droit à l'existence de l'Etat bosniaque soulève alors la question suivante: l'Etat peut-il être victime du génocide? La disparition de l'actuel Etat bosniaque peut-elle être réalisée par le moyen d'un tel crime? A l'issue des audiences publiques, le juge Schwebel interrogea en ces termes l'agent de la Bosnie, après avoir rappelé la définition du génocide de la Convention de 1948:

is the life of the current constitutional structure of the Republic of Bosnia and Herzegovina to be equated with the life of members of a national, ethnical, racial or religious group?

Puis, se référant à la réorganisation de l'Etat bosniaque par les négociations internationales en cours, il poursuit: *will such a re-constitution be tantamount to genocide?*<sup>55</sup> L'interprétation de la Convention proposée à la Cour est audacieuse et intéressante dans la mesure où elle étend la qualité d'auteur et de victime du crime: la juridiction, pour accéder aux demandes bosniaques, devrait considérer que l'Etat peut commettre le génocide et qu'il peut, aussi bien, en être victime.

L'Etat peut-il être l'auteur du crime de génocide? La Cour, dans sa première ordonnance, refuse de reconnaître le droit de légitime défense de la Bosnie au motif que la demande va «au-delà du champ d'application de la Convention sur le génocide».<sup>56</sup> Refuser l'interprétation extensive de la Convention requise par la Bosnie, c'est nier la possibilité d'un crime de génocide étatique, que celle-ci ne prévoyait pas. Pour cette même raison, la Cour n'a pas entendu enjoindre aux Etats à l'instance de cesser ou d'éviter de commettre de tels actes et n'a pu que leur ordonner de respecter leur obligation de prévention (voir notre I).

L'Etat est-il une victime possible du crime de génocide? Dans sa seconde ordonnance, la Cour affirme qu'il lui apparaît,

d'après la définition du génocide figurant à l'article II de la Convention sur le génocide (...), que la caractéristique essentielle du génocide est la destruction intentionnelle d'un «groupe national, ethnique, racial ou religieux» et non la disparition d'un Etat en tant que

purement ornemental» ceci qu'il a «affecté de croire» que le crime de génocide «ne pouvait être le fait que d'individus», voir *Droit pénal international* (1971) 64.

54 CR 93/33, 27-29.

55 CR 93/35, 29.

56 Ordonnance du 8 avril 1993, para. 33.

sujet de droit international ou le fait de modifier sa constitution ou son territoire; que, par voie de conséquence, la Cour ne peut admettre, aux fins de la présente demande en indication de mesures conservatoires, que «la partition et le démembrement» ou l'annexion d'un Etat souverain, ou son absorption par un autre Etat, pourrait en soi constituer un acte de génocide, et, de ce fait, une question relevant de la compétence de la Cour en vertu de l'article IX de la Convention sur le génocide.

La Cour poursuit:

Considérant d'autre part que, dans la mesure où le demandeur prétend qu'une telle 'partition' et un tel 'démembrement', une telle annexion ou une telle absorption résultera d'un génocide, la Cour, dans son ordonnance du 8 avril 1993, a déjà indiqué que la Yougoslavie doit 'prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide', quelles que soient les conséquences de ce crime.<sup>57</sup>

L'Etat ne peut pas plus être, pour la Cour, une victime directe du crime de génocide; seul le groupe national, ethnique ou religieux peut être considéré comme tel.

Les droits étatiques correspondant aux obligations conventionnelles de prévention et de punition du crime de génocide doivent donc être respectivement décrits, dans l'optique de la Cour, comme le droit à voir les Etats parties à la Convention prévenir le crime par une action adéquate sur les individus se trouvant sous leur autorité et à voir ces mêmes Etats en punir les auteurs. Le seul droit revendiqué par la Bosnie, que la Cour se reconnaît dès lors le pouvoir de protéger, est bien celui d'«être à tout moment protégé contre les actes de génocide et autres actes assimilables perpétrés par la Yougoslavie».<sup>58</sup>

C'est, en définitive, principalement par une interprétation stricte de la Convention sur le génocide, que la Cour rejette les principales demandes bosniaques. Puisque l'Etat ne peut être l'auteur du génocide, la Bosnie n'est pas autorisée à utiliser, pour sanctionner ce crime, son droit de légitime défense, car celui-ci s'entend comme une mesure dirigée contre un Etat. Dans la mesure où l'Etat ne peut pas plus être la victime du crime de génocide, la Cour est empêchée de se prononcer sur les plans de partition de la Bosnie. Le recours bosniaque se présentait, peut-être trop ouvertement, comme une ultime tentative d'obtenir justice des organes du système de sécurité collective en mettant en œuvre leurs virtualités d'opposition et de contrôle.<sup>59</sup> On peut toutefois considérer qu'il était juridiquement séduisant au vu de la situation dramatique dans laquelle se trouvait et se trouve encore la population civile de Bosnie-Herzégovine. Il faut, dès lors, se demander quelles peuvent être les conséquences des choix modérés de la Cour sur l'efficacité

57 Ordonnance du 13 septembre 1993, para. 42.

58 Ordonnance du 13 septembre 1993, paras. 38, 39 et 41.

59 La Bosnie soutenait ainsi lors des audiences publiques: «the only people who can really protect (us from the crime of genocide) are the members of this Court. As we know the Security Council is a political body, they do not decide in accordance with the rule of law, they decide matters in accordance with *Realpolitik*, great powers politics, and that is exactly what we have seen. Disagreements among the great powers when it comes to how to deal to protect Bosnia and Herzegovina. So, what we are looking for here, is a legal resolution of the dispute», CR 93/35, 13.

des ordonnances.<sup>60</sup> Cette première phase juridictionnelle ne supportait-elle pas une position plus audacieuse, que réclamait par ailleurs l'exceptionnelle gravité humaine du litige soumis à la juridiction?<sup>61</sup> Ici, c'est peut-être par sa retenue que la Cour s'interdit de protéger effectivement les droits de la Bosnie, et ceux de la population de cet Etat. Quelle est la valeur de droits fondamentaux qui ne trouvent pas de protection effective? L'œuvre jurisprudentielle de la Cour, du fait de sa modération, risque de surcroît d'être interprétée comme mettant en question la valeur de l'interdiction du génocide en droit international.

### **Conclusion: Le génocide est-il toujours interdit en droit international?**

Est-il possible de soutenir que les ordonnances de la Cour participent à l'affaiblissement de la valeur normative de l'interdiction du génocide? D'importants développements avaient, en effet, suivi l'adoption de la Convention de 1948. On a pu considérer que l'interdiction du génocide faisait partie du droit international coutumier, qu'elle aurait été admise dans le corps de règles composant le *jus cogens*, qu'enfin la violation de cette interdiction constituerait un «crime d'Etat».<sup>62</sup> Parce qu'elle se limite strictement au sens originel de la Convention de 1948, la Cour évite de s'interroger sur le crime d'Etat et d'envisager que la légitime défense puisse constituer, dans ce cas précis, sa sanction légitime. Elle s'interdit, en outre, de contrôler la légalité des principes fondant les négociations internationales pour la paix. Les propositions de division ethnique de la Bosnie, si elles devaient alors constituer le principe de résolution de la crise, pourraient faire douter de l'appartenance de la prohibition du génocide au *jus cogens*, ainsi que l'a montré l'Etat demandeur à l'instance.

Les ordonnances mettent, de surcroît, en évidence l'inexistence singulière de sanctions adéquates. En effet, il était envisageable de soutenir que certains actes de génocide étaient commis au moyen d'une agression armée indirecte à laquelle le Conseil de sécurité pouvait réagir. La sanction, prononcée par cet organe, aurait

60 Ainsi, la majorité des juges ont estimé que la première ordonnance n'avait pas été suivie d'effet. Ils ont toutefois choisi, malgré l'aggravation largement admise des circonstances, de réitérer sous une forme identique leurs injonctions, lors de la seconde demande de la Bosnie. De nombreux juges insistent d'ailleurs, dans leurs opinions individuelles, sur le caractère obligatoire des mesures conservatoires, comme en une invocation à leur effectivité. Voir notamment les opinions individuelles des juges Shahabuddeen et Weeramantry, ordonnance du 13 septembre 1993, 32 à 68.

61 Selon le juge Lauterpacht, «les circonstances exigent que l'on aborde la situation avec beaucoup de compréhension et de sensibilité et que l'on examine les problèmes en évitant toute attitude étroite ou excessivement formaliste». Il poursuit: «l'application rigide des principes n'est pas une fin en soi mais seulement un élément (...) dans l'élaboration constructive d'une réponse juridique aux besoins des bénéficiaires ultimes du droit, c'est-à-dire les individus non moins que les structures politiques au sein desquelles ils se sont organisés», ordonnance du 13 septembre 1993, opinion individuelle, 87.

62 Voir A. Cassese, *supra* note 26, 118-119.

ainsi pu conduire à la cessation de l'acte illicite. Mais la responsabilité collective n'a pas été utilisée.<sup>63</sup> En réalité, la Cour ne sera probablement amenée qu'à connaître d'une responsabilité étatique classique lorsqu'elle connaîtra du fond de l'affaire. Si l'Etat peut être considéré comme l'auteur de l'acte illicite, en l'espèce la violation de l'obligation de «prévention», il devra offrir une réparation à l'Etat lésé. Cette sanction, parfaitement inadaptée au regard de la gravité des faits reprochés, pourra être atténuée par le caractère indirect de l'implication étatique qui résulte de la Convention de 1948.<sup>64</sup> La Cour ne fait donc que conforter la cruelle inexistence d'une responsabilité étatique pour crime de génocide en droit international. C'est dès lors, fort opportunément, que réapparaît le principe de responsabilité individuelle.

Le droit international pénal, «droit positif inactif»,<sup>65</sup> ne constitue en aucune manière, aujourd'hui, l'alternative recherchée par les théoriciens de l'avant Nuremberg au système moralement insatisfaisant de responsabilité collective.<sup>66</sup> La responsabilité individuelle est volontairement construite comme une option périphérique, à disposition. C'est ainsi, par une résolution du Conseil de sécurité, qu'a été créé le tribunal international, qui devrait juger des crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, dont la Cour mentionne l'existence.<sup>67</sup> Pourtant, parce que la responsabilité individuelle semble bien être l'unique forme de répression du crime de génocide, elle doit recueillir le soutien le plus large. Face à l'inertie du système de sécurité collective qui n'entend pas agir pour la cessation du crime, face à l'inadéquation de la réparation découlant de la reconnaissance probable d'une responsabilité internationale classique, le seul recours à la responsabilité individuelle laisse espérer une sanction, tardive, du génocide, si unanimement et vainement condamné.

63 Voir l'article de D. Petrovic et L. Condorelli, *supra* note 38.

64 La Cour affirme d'ailleurs qu'«aucune réparation ne pourrait effacer les conséquences d'un comportement que la Cour pourrait juger avoir été contraire au droit international», ordonnance du 13 septembre 1993, paras. 52 et 58.

65 C. Lombois, *supra* note 54, para. 157.

66 Voir H. Kelsen, *Peace Through Law* (1944, éd. Garland, New York, 1973) notamment la seconde partie, «Peace Through Individual Responsibility».

67 Ordonnance du 13 septembre 1993, paras. 55 et 56.