

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GAJA

[Traduction]

1. L'arrêt rendu en 2007 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43) avait trait à des événements qui s'étaient produits en Bosnie. Il ne lie pas formellement la Cour dans la présente procédure, mais il aurait été déraisonnable d'aborder différemment l'interprétation et l'application de la convention sur le génocide pour examiner des faits de nature semblable survenus à la même époque et dans des régions avoisinantes de l'ex-Yougoslavie. Il est donc compréhensible qu'elle ait appliqué aux événements survenus en Croatie les mêmes critères que ceux énoncés dans l'arrêt de 2007 pour ce qui est des questions telles que la définition du génocide, les actes matériels visés par cette définition et l'élément moral requis. La légère précision apportée dans le présent arrêt à la formulation de la règle de preuve applicable, selon laquelle la déduction de l'intention génocidaire doit être «raisonnable», n'est pas censée modifier le critère précédemment défini (arrêt, par. 148).

Il convient sans doute de relever, toutefois, que l'arrêt de 2007 et le présent arrêt s'inscrivent dans un cadre juridique identique ou du moins semblable pour l'examen des questions relatives à la responsabilité de l'Etat à raison de la commission d'actes de génocide et à la responsabilité pénale individuelle en matière de génocide. Certains aspects qui sont propres à la responsabilité de l'Etat paraissent avoir été négligés et seront traités dans les paragraphes ci-après.

2. L'un de ces aspects a trait à la *définition du génocide*, ce qui peut sembler étrange à première vue, car l'article II de la Convention s'applique à la commission du génocide tant par des individus que par des Etats. Je souscris au point de vue de la Cour selon lequel, pour ces derniers, «l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre» (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 113, par. 166). Un Etat pourrait difficilement enfreindre l'obligation de prévenir le génocide plus directement qu'en en commettant un lui-même.

Comme chacun sait, pour définir le génocide, les statuts des tribunaux pénaux internationaux se bornent à reproduire l'article II de la convention sur le génocide (article 4 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY); article 2 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR); article 6 du statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)).

Il pourrait sembler logique de donner à la définition du génocide la même portée en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat qu'en matière de responsabilité pénale individuelle, mais les raisons qui ont conduit les

tribunaux pénaux internationaux à adopter une interprétation restrictive de cette définition ne trouvent pas à s'appliquer dans le contexte de la responsabilité de l'Etat.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 22 du statut de la CPI, «[l]a définition d'un crime est d'interprétation stricte» et, «[e]n cas d'ambiguïté, ... est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation». La chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Delalić* a suivi un raisonnement analogue, faisant intervenir une «interprétation restrictive» (jugement du 16 novembre 1998, IT-96-21-T, par. 411). S'agissant de la définition du génocide, la chambre de première instance du TPIR saisie de l'affaire *Kayishema* a considéré que, «s'il existe un quelconque doute, celui-ci doit jouer en faveur de l'accusé» (jugement du 21 mai 1999, ICTR-95-1-T, par. 103).

Les «Eléments des crimes», adoptés par l'Assemblée des Etats parties afin d'«aider» la CPI à interpréter et appliquer les dispositions en cause du Statut de Rome (art. 9), préconisent eux aussi une interprétation restrictive de la définition du génocide. Pour conclure qu'un génocide a été commis, il faut en effet que «[l]e comportement [se soit] inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou [qu'il puisse] en lui-même produire une telle destruction». Puisque l'adoption des Eléments des crimes n'était pas assortie d'un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de» l'interprétation de la convention sur le génocide, aux termes de l'alinéa *a*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, cela n'a pas d'incidence sur la responsabilité de l'Etat en matière de génocide.

En outre, contrairement à la compétence que confère à la Cour l'article IX de la convention sur le génocide, la juridiction des tribunaux pénaux internationaux s'étend aux crimes contre l'humanité et aux violations graves du droit international humanitaire. Ces crimes, qui s'apparentent en partie au génocide, sont, de manière générale, plus faciles à établir. Cela a conduit le procureur à parfois écarter le chef de génocide, et les tribunaux à faire preuve de prudence pour conclure qu'un génocide avait été commis.

Il convient de relever que, dans l'affaire *Krstić*, l'une des rares occasions où le TPIY a conclu à la perpétration d'un génocide, la chambre d'appel a fait observer ce qui suit :

«Les conditions rigoureuses qui doivent être remplies pour que l'on puisse prononcer une déclaration de culpabilité pour génocide témoignent de la gravité de ce crime. Ces conditions — la preuve, difficile à apporter, d'une intention spécifique, et la démonstration que c'était l'ensemble du groupe, ou une partie substantielle de celui-ci, qui était voué à l'extinction — écartent le risque que des déclarations de culpabilité pour génocide soient prononcées à la légère.» (Arrêt du 19 avril 2004, IT-98-33-A, par. 37.)

3. La recherche de l'*élément moral du génocide* peut conduire à des conclusions différentes selon qu'il est question d'individus ou de l'Etat pour le compte duquel ceux-ci peuvent avoir agi.

La commission d'enquête des Nations Unies sur le Darfour a conclu que, si les autorités soudanaises n'avaient pas eu l'intention de détruire un groupe ethnique en tout ou en partie, des individus appartenant à l'armée ou aux paramilitaires soudanais avaient pu être animés d'une telle intention (Rapport de la commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, 25 janvier 2005, par. 520-521). Le cas inverse peut aussi se produire. Alors qu'il serait difficile de déduire, à partir d'un acte commis par une personne, que celle-ci avait l'intention de prendre pour cible une partie substantielle d'un groupe, un certain nombre d'organes ou d'autres individus agissant pour le compte d'un Etat pourraient adopter une ligne de conduite à partir de laquelle on pourrait inférer une politique gouvernementale tendant à la destruction d'un groupe. S'agissant des événements de Srebrenica, la chambre d'appel du TPIY a déclaré ce qui suit dans l'affaire *Krstić*:

«La Chambre d'appel souscrit à la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle les meurtres ont été orchestrés par des membres de l'état-major principal de la VRS qui en ont aussi assuré la supervision. Si la Chambre de première instance n'a pas prêté d'intention génocidaire à tel ou tel officier de l'état-major principal, c'est peut-être pour ne pas retenir la responsabilité individuelle de personnes qui ne sont pas mises en accusation dans ce procès. Cependant, cela ne remet pas en cause la conclusion selon laquelle les forces serbes de Bosnie ont commis un génocide contre les Musulmans de Bosnie.» (Arrêt du 19 avril 2004, IT-98-33-A, par. 35; note de bas de page omise.)

Il peut par ailleurs être difficile d'identifier les individus qui ont commis les actes matériels incriminés, ce qui peut faire obstacle à l'engagement de poursuites. Mais s'il peut être établi qu'ils agissaient pour le compte de l'Etat ou en tant qu'organes de celui-ci, on peut être fondé à conclure à la responsabilité de l'Etat pour génocide.

En tout état de cause, il n'est pas nécessaire d'établir au préalable qu'un individu ou un organe a commis tel ou tel acte dans une intention génocidaire pour parvenir à la conclusion que l'Etat s'est rendu coupable de génocide. Le passage ci-après de l'arrêt de 2007, s'il peut prêter à quelque ambiguïté, ne permet pas d'inférer l'existence d'une telle condition préalable, la Cour s'étant bornée à dire que, «si un organe de l'Etat ou une personne ou un groupe de personnes dont les actes sont juridiquement attribuables à l'Etat en question commet l'un des actes prohibés par l'article III de la Convention, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 119, par. 179). Les nouveaux éléments qui figurent dans le présent arrêt sur ce point (par. 128-129) ne lèvent pas complètement l'ambiguïté, mais n'indiquent pas non plus l'existence d'une condition préalable.

4. La principale différence entre la responsabilité pénale internationale et la responsabilité de l'Etat en matière de génocide tient au *critère d'établissement de la preuve*. Dans les procédures pénales internationales, comme dans les procédures pénales en général, il est souvent exigé que la culpabilité de l'accusé soit démontrée «au-delà de tout doute raisonnable». Pour ce qui est du génocide, ce critère a été énoncé par le TPIR dans l'affaire *Akayesu* (jugement du 2 septembre 1998, ICTR-96-4-T, par. 530) et aussi dans l'affaire *Rutaganda* (jugement du 6 décembre 1999, ICTR-96-3-T, par. 398), et par le TPIY en l'affaire *Jelisić* (jugement du 14 décembre 1999, IT-95-10-T, par. 108). Dans cette dernière, la chambre de première instance a également affirmé que «[l]e doute doit toujours profiter à l'accusé» (*ibid.*).

En ce qui concerne les éléments de preuve se rapportant à l'intention de commettre le génocide, la Cour a tenu, dans son arrêt de 2007, un raisonnement analogue :

«Le *dolus specialis*, l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, doit être établi en référence à des circonstances précises, à moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante; pour qu'une ligne de conduite puisse être admise en tant que preuve d'une telle intention, elle devrait être telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence.» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 196-197, par. 373; voir aussi arrêt, par. 145 et 148.)

Elle a poursuivi en précisant que la «large» proposition avancée par l'Etat demandeur (la Bosnie-Herzégovine) au sujet de l'intention n'était «pas conforme aux conclusions du TPIY sur le génocide ni aux décisions du procureur» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 197, par. 374).

Dans son arrêt de 2007, la Cour a utilisé diverses formules pour définir le critère d'établissement de la preuve applicable. Ainsi, elle a indiqué devoir «être pleinement convaincue qu'ont été clairement avérées les allégations formulées au cours de l'instance selon lesquelles le crime de génocide ou les autres actes énumérés à l'article III ont été commis» et qu'il en allait de même pour «la preuve de l'attribution de tels actes» (*ibid.*, p. 129, par. 209; voir aussi arrêt, par. 178-179). S'agissant du manquement aux obligations «de prévenir le génocide ainsi que de punir et d'extrader les personnes accusées de ce crime», elle a fait observer qu'il fallait «qu[e ce manquement] soit prouv[é] avec un degré élevé de certitude» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 130, par. 210). Elle a considéré qu'une des conditions nécessaires pour établir la responsabilité du chef de complicité dans le génocide n'était pas remplie :

«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» (*ibid.*, p. 218, par. 422; les italiques sont de moi).

Bien qu'elle ait opté pour une formulation différente, la Cour a en substance appliqué le même critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» auquel le TPIY et le TPIR ont eu recours pour ce qui concerne les accusés individuels. Cela a été confirmé par la présidente Higgins lorsqu'elle a présenté la jurisprudence de la Cour à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en novembre 2007. Après avoir cité le paragraphe 209 de l'arrêt de 2007, elle a fait observer ce qui suit :

«Certains observateurs ont fait d'étonnants commentaires, comme s'il s'agissait d'un critère «plus rigoureux» ou «moins rigoureux» que celui qui se situe «au-delà de tout doute raisonnable». Il s'agit simplement d'un critère *comparable*, qui emploie une terminologie plus adaptée à une affaire de droit international en matière civile.» (Discours de S. Exc. M^{me} Rosalyn Higgins, président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale, 2 novembre 2007.)

L'une des raisons qui rendent nécessaire l'application d'un tel critère d'établissement de la preuve aux questions relatives à la responsabilité de l'Etat réside, selon la Cour, dans l'«exceptionnelle gravité» des accusations liées à la perpétration d'un génocide (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 129, par. 209). La Cour a alors fait référence (*ibid.*) au passage de l'arrêt rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou*, selon lequel, au vu des «allégations sans force probante suffisante» concernant un champ de mines mouillé par deux navires yougoslaves, «[u]ne imputation d'une gravité aussi exceptionnelle articulée contre un Etat exigerait un degré de certitude qui n'est pas atteint ici» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17). En ce qui concerne les allégations de manquement aux obligations de prévenir le génocide ainsi que de punir et d'extrader les personnes accusées de ce crime, la Cour a également lié le critère d'établissement de la preuve «à la mesure de [l]a gravité [de l'allégation]» (*C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 130, par. 210). Dans le présent arrêt, elle a appliqué «le même critère d'établissement de la preuve» (par. 179).

Il serait pourtant difficile d'expliquer pourquoi la gravité du fait illicite reproché et sa connexité avec les crimes internationaux devraient rendre plus ardu l'établissement de la responsabilité internationale. En effet, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie a souligné, dans deux de ses décisions du 1^{er} juillet 2003, qu'elle ne pouvait

«accepter l'idée que, parce que certaines réclamations pourraient reposer sur des allégations de comportement individuel potentiellement criminel, elle devrait appliquer un critère d'établissement de la preuve encore plus rigoureux, équivalant à celui retenu dans les procédures pénales individuelles. La Commission n'est pas un tribunal pénal auquel il appartiendrait d'apprécier la responsabilité pénale individuelle. Son rôle consiste plutôt à déterminer s'il y a eu violation du droit international sur la base des principes habituels de la res-

ponsabilité de l'Etat. Le fait que des conclusions particulières puissent faire intervenir des questions extrêmement graves ne change pas les règles de droit international devant être appliquées, pas plus que cela ne modifie le volume d'éléments de preuve requis.» (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVI, p. 41, par. 47, et p. 88, par. 38.)

5. La différence entre la norme à appliquer en ce qui concerne, d'une part, la responsabilité de l'Etat et celle qui régit, d'autre part, la responsabilité pénale individuelle paraît ainsi assez subtile, mais elle n'est pas négligeable. Peut-être les Etats sont-ils plus à même, grâce à elle, de porter devant la Cour leurs allégations quant à la commission d'un génocide par l'un deux.

(Signé) Giorgio GAJA.