

## DECLARATION OF JUDGE SKOTNIKOV

*No jurisdiction — Respondent had no access to Court when proceedings instituted — Relevance of 2004 Legality of Use of Force cases — Issue of access to Court not determined in 1996 Judgment — Res judicata not absolute and exhaustive in incidental proceedings.*

*No implied obligation in Genocide Convention for States not to commit genocide — Such unstated obligation unnecessary to engage State responsibility for genocide — State responsibility engaged when an individual, whose acts are attributable to the State, commits crime of genocide — Court lacks criminal jurisdiction necessary to establish whether individuals have committed genocide — Determination by courts and tribunals with such criminal jurisdiction may provide basis for State responsibility for genocide if they are consistent with requirements of Genocide Convention — Judgments of ICTY in Krstić and Blagojević not consistent as based on crime of “aiding and abetting” and involve findings relating to state of mind of persons not before ICTY — Commission of genocide at Srebrenica not sufficiently established.*

*Duty to prevent interpreted too widely — Only applicable within territory under a State’s jurisdiction or control — Duty to prevent one of result not conduct.*

## JURISDICTION

In the 2004 *Legality of Use of Force* cases, the Court has acknowledged a certain legal reality, which exists independently from the wishes of the Court or the Parties and which cannot be any different in this case: Serbia and Montenegro had not been a Member of the United Nations, and consequently, was not a party to the Statute of the Court, before it was admitted on 1 November 2000 to the United Nations as a new Member under Article 4 of the United Nations Charter (see, for example, *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, pp. 314-315, para. 91). On that basis, the Court has concluded that Serbia and Montenegro did not have access to the Court at the time of institution of proceedings and for that reason, the Court decided that it had no jurisdiction to entertain these cases (*ibid.*, pp. 327-328, paras. 127 and 129).

However, what the Court’s reasoning in the present case means is that, by application of the principle of *res judicata* in incidental proceedings, the Court can create parallel realities: namely, in this case, unlike in the

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE SKOTNIKOV

[Traduction]

*Défaut de compétence — Défaut d'accès du défendeur à la Cour à la date de l'introduction de l'instance — Pertinence des arrêts de 2004 relatifs à la Licéité de l'emploi de la force — Question de l'accès à la Cour non tranchée dans l'arrêt de 1996 — Caractère non absolu et non exhaustif du principe de l'autorité de la chose jugée dans le cadre d'une procédure incidente.*

*Absence dans la convention sur le génocide d'une obligation implicite faite aux Etats de ne pas commettre le génocide — Pareille obligation inexprimée non nécessaire pour engager la responsabilité de l'Etat pour génocide — Responsabilité de l'Etat engagée dès lors qu'une personne dont les actes lui sont attribuables commet le crime de génocide — Cour non investie de la compétence pénale nécessaire pour établir si des personnes ont commis le génocide — Décisions des juridictions investies de cette compétence pénale pouvant constituer une base pour conclure à la responsabilité de l'Etat pour génocide si elles sont conformes aux exigences de la convention sur le génocide — Décisions rendues par le TPIY dans les affaires Krstić et Blagojević non conformes à la Convention puisque basées sur le crime d'« aide et d'encouragement » et comprenant des conclusions relatives à l'état d'esprit de personnes non présentes devant le TPIY — Commission du génocide à Srebrenica non établie de manière suffisante.*

*Interprétation trop large de l'obligation de prévention — Obligation applicable uniquement au sein du territoire relevant de la juridiction ou du contrôle de l'Etat — Devoir de prévention constituant une obligation de résultat et non de comportement.*

### COMPÉTENCE

Dans les affaires de 2004 relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a reconnu une certaine réalité juridique, qui existe indépendamment de ses vœux ou de ceux des Parties et qui ne saurait être différente en la présente affaire: la Serbie-et-Monténégro n'était pas membre de l'Organisation des Nations Unies ni, dès lors, partie au Statut de la Cour avant d'être admise à l'Organisation le 1<sup>er</sup> novembre 2000 en qualité de nouveau Membre au titre de l'article 4 de la Charte des Nations Unies (voir, par exemple, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 314-315, par. 91). Sur cette base, la Cour a, dans les affaires précitées, conclu qu'elle n'était pas ouverte à la Serbie-et-Monténégro à la date de l'introduction de l'instance et que, pour cette raison, elle n'avait pas compétence pour connaître de celles-ci (*ibid.*, p. 327-328, par. 127 et 129).

Or, du raisonnement suivi par la Cour dans la présente affaire il ressort qu'elle peut, en appliquant le principe de l'autorité de la chose jugée à une procédure incidente, créer deux réalités parallèles: ainsi, dans la pré-

*Legality of Use of Force* cases, the existence of access to the Court by the Respondent by virtue of its finding on jurisdiction in the 1996 Judgment on Preliminary Objections (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 595).

The notion that the issue of access by the Respondent to the Court under Article 35, paragraph 1, of the Statute must be considered as having been dealt with in the 1996 Judgment, although it undoubtedly was not, is a further blow to the reality which, according to the Judgment, may be altered as “a matter of logical construction” if the integrity of the principle of *res judicata* so requires:

“the legal complications of the position of the Respondent in relation to the United Nations were not specifically mentioned in the 1996 Judgment. The Court stated . . . that ‘Yugoslavia was bound by the provisions of the [Genocide] Convention on the date of the filing of the Application in the present case’ (*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), and found that ‘on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute’ (*ibid.*, p. 623, para. 47 (2) (a)). Since . . . the question of a State’s capacity to be a party to proceedings is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*, and one which the Court must, if necessary, raise *ex officio*, . . . this finding must as a matter of construction be understood, by necessary implication, to mean that the Court at that time perceived the Respondent as being in a position to participate in cases before the Court. On that basis, it proceeded to make a finding on jurisdiction which would have the force of *res judicata*. The Court does not need, for the purpose of the present proceedings, to go behind that finding and consider on what basis the Court was able to satisfy itself on the point. Whether the Parties classify the matter as one of ‘access to the Court’ or of ‘jurisdiction *ratione personae*’, the fact remains that the Court could not have proceeded to determine the merits unless the Respondent had had the capacity under the Statute to be a party to proceedings before the Court.” (Judgment, para. 132.)

“That the FRY had the capacity to appear before the Court in accordance with the Statute was an element in the reasoning of the 1996 Judgment which can — and indeed must — be read into the Judgment as a matter of logical construction.” (*Ibid.*, para. 135.)

It is obvious that the notion of an “unstated element of the reasoning” is not compatible with Article 56 of the Statute, which provides that “[t]he judgment shall state the reasons on which it is based”.

sente affaire, et contrairement à ce qui avait été le cas dans celles relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, elle serait ouverte au défendeur en vertu de la conclusion sur la compétence à laquelle elle était parvenue dans son arrêt de 1996 sur les exceptions préliminaires (*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. 595).

La thèse selon laquelle la question de l'accès du défendeur à la Cour au titre du paragraphe 1 de l'article 35 du Statut doit être considérée comme ayant été réglée dans l'arrêt de 1996, alors que tel n'est assurément pas le cas, porte un nouveau coup à la réalité qui, suivant l'arrêt, peut être altérée «en toute logique» si l'intégrité du principe de l'autorité de la chose jugée l'exige :

«[L]es difficultés juridiques soulevées par la situation du défendeur à l'égard de l'Organisation des Nations Unies n'étaient pas expressément mentionnées dans l'arrêt de 1996. La Cour a déclaré ... que «la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention [sur le génocide] à la date du dépôt de la requête en la présente affaire» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 610, par. 17) et a conclu qu'«elle a[avait] compétence, sur la base de l'article IX de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pour statuer sur le différend» (*ibid.*, p. 623, par. 47, point 2), al. a)). Etant donné que ... la question de la capacité d'un Etat à être partie à une procédure est une question qui se pose avant celle de la compétence *ratione materiae* et que la Cour doit, au besoin, soulever d'office ..., cette conclusion doit nécessairement s'interpréter comme signifiant en toute logique que la Cour estimait à l'époque que le défendeur avait qualité pour participer à des affaires portées devant elle. Sur cette base, la Cour a alors formulé une conclusion sur sa compétence, avec l'autorité de la chose jugée. Point n'est besoin pour elle, aux fins de la présente procédure, d'aller au-delà de cette conclusion en examinant par quel cheminement elle y est parvenue. Que les Parties considèrent la question comme relevant de l'«accès à la Cour» ou de la «compétence *ratione personae*», le fait est que la Cour n'aurait pu trancher l'affaire au fond si le défendeur n'avait pas la capacité, en vertu du Statut, d'être partie à une procédure devant la Cour.» (Arrêt, par. 132.)

«Que la RFY avait la capacité de se présenter devant la Cour en vertu du Statut constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut — et même doit — en toute logique être sous-entendu dans celui-ci.» (*Ibid.*, par. 135.)

Il est évident que l'idée d'un «élément inexprimé du raisonnement» n'est pas compatible avec l'article 56 du Statut, aux termes duquel «[l']arrêt est motivé».

It should also be noted that the part of the 1996 Judgment dealing with jurisdiction *ratione personae* concerned only the question of whether the Applicant and the Respondent were parties to the Genocide Convention, and the assumption of that Judgment was that the Convention satisfies the requirement of Article 35, paragraph 2, of the Statute, and thus represents an independent and sufficient basis for the Respondent's access to the Court. This was in line with a provisional view which the Court had taken in the 1993 Order indicating provisional measures:

“proceedings may validly be instituted by a State against a State which is a party to such a special provision in a treaty in force, but is not party to the Statute, and independently of the conditions laid down by the Security Council in its resolution 9 of 1946” (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 14, para. 19).

That is why the Court did not address the uncertain and contradictory issue of the Respondent's access to the Court under Article 35, paragraph 1, either in 1993 or in 1996. However, in the 2004 *Legality of Use of Force* Judgments the Court addressed the issue of access under both Article 35, paragraph 1 and paragraph 2, and stated that the “treaty in force” clause, contained in paragraph 2, concerns only the treaties which were in force at the date of the entry into force of the Statute (*Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004*, pp. 323-324, para. 113).

The idea that the parallel reality, created by the Court, is as solid as the one existing independently from it, is expressed in the Judgment in no ambiguous terms:

“However fundamental the question of the capacity of States to be parties in cases before the Court may be, it remains a question to be determined by the Court, in accordance with Article 36, paragraph 6, of the Statute, and once a finding in favour of jurisdiction has been pronounced with the force of *res judicata*, it is not open to question or re-examination, except by way of revision under Article 61 of the Statute. There is thus, *as a matter of law*, no possibility that the Court might render ‘its final decision with respect to a party over which it cannot exercise its judicial function’, because the question whether a State is or is not a party subject to the jurisdiction of the Court is one which is reserved for the sole and authoritative decision of the Court.” (Judgment, para. 138.)

Then, the Court affirms that it cannot possibly be acting *ultra vires* in establishing, by applying the principle of *res judicata*, its own parallel reality:

Il convient également de noter que la partie de l'arrêt de 1996 consacrée à la compétence *ratione personae* se rapportait uniquement à la question de savoir si le demandeur et le défendeur étaient parties à la convention sur le génocide, et le postulat adopté dans cet arrêt était que la convention satisfaisait à l'exigence dictée au paragraphe 2 de l'article 35 du Statut, constituant donc une base indépendante et suffisante pour ouvrir la Cour au défendeur. La Cour s'en était ainsi tenue au point de vue qu'elle avait adopté à titre provisoire dans son ordonnance de 1993 indiquant des mesures conservatoires :

«une instance peut être valablement introduite par un Etat contre un autre Etat qui, sans être partie au Statut, est partie à une telle disposition particulière d'un traité en vigueur, et ce indépendamment des conditions réglées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 9 (1946)» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 14, par. 19).

Voilà pourquoi la Cour n'a, ni en 1993 ni en 1996, examiné la question incertaine et contradictoire de savoir si elle était ouverte au défendeur en vertu du paragraphe 1 de l'article 35. Dans les arrêts de 2004 relatifs à la *Licéité de l'emploi de la force*, en revanche, la Cour a examiné la question de l'accès tant au regard du paragraphe 1 qu'au regard du paragraphe 2 de l'article 35, pour déclarer que la disposition relative aux «traités en vigueur» figurant au paragraphe 2 concernait uniquement les traités en vigueur à la date d'entrée en vigueur du Statut (*Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004*, p. 323-324, par. 113).

L'idée que la réalité parallèle, créée par la Cour, est aussi solide que celle existant indépendamment est exprimée sans ambages dans l'arrêt :

«Aussi fondamentale qu'elle puisse être, la question de la capacité des Etats à être parties à des affaires devant la Cour reste une question que la Cour doit trancher conformément au paragraphe 6 de l'article 36 du Statut et, dès lors qu'une conclusion favorable à la compétence a été énoncée avec l'autorité de la chose jugée, elle ne peut plus être remise en question ou réexaminée, si ce n'est par le biais de la procédure en révision prévue à l'article 61 du Statut. Il est donc impossible, *juridiquement*, que la Cour puisse «rendre une décision finale envers une partie à l'égard de laquelle elle ne peut pas exercer sa fonction judiciaire», parce que la question de savoir si un Etat est ou non une partie à l'égard de laquelle la Cour a compétence est de celles que seule la Cour a le pouvoir de trancher.» (Arrêt, par. 138.)

La Cour affirme ensuite ne pas excéder son pouvoir en établissant, par application du principe de l'autorité de la chose jugée, sa propre réalité parallèle :

“the operation of the ‘mandatory requirements of the Statute’ falls to be determined by the Court in each case before it; and once the Court has determined, with the force of *res judicata*, that it has jurisdiction, then for the purposes of that case no question of *ultra vires* action can arise, the Court having sole competence to determine such matters under the Statute” (Judgment, para. 139).

The Court’s line of argument is based on the notion of a general finding on jurisdiction reached in incidental proceedings being absolute and exhaustive in nature (it goes without saying that the Court’s decisions on specific preliminary objections have the full authority of *res judicata*).

However, that clearly was not the view of the Court when it authorized the Registrar to inform the Respondent that:

“The Court moreover, as was in fact observed by Serbia and Montenegro in the ‘Initiative’ document, and as the Court has emphasized in the past, is entitled to consider jurisdictional issues *proprio motu*, and must ‘always be satisfied that it has jurisdiction’ (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, I.C.J. Reports 1972*, p. 52). It thus goes without saying that the Court will not give judgment on the merits of the present case unless it is satisfied that it has jurisdiction. Should Serbia and Montenegro wish to present further argument to the Court on jurisdictional questions during the oral proceedings on the merits, it will be free to do so.” (Letter of 12 June 2003.)

The content of this letter was a clear indication to the Parties that no final decision on jurisdiction had been taken, for it would have been unthinkable for the Court to say to the Respondent that it was free to present further argument to the Court on jurisdictional questions without entertaining a possibility to consider them positively. It would have been inconceivable for the Court to mention *proprio motu* action without having considered the possibility of taking this action, and the further possibility that the result of this action could be a negative finding on jurisdiction. Otherwise, the invitation to Serbia and Montenegro to argue jurisdictional questions in the merits phase would be totally without purpose.

The letter of June 2003 indicated the admissibility of the objections of the Respondent to the application of Article 35 of the Statute. Indeed, the objections to the Court’s jurisdiction were made as a part of the final submissions and have been rejected by the Court in the *dispositif* of the present Judgment.

The Court’s position is based on the interpretation of the *res judicata* principle in incidental proceedings as absolute and exhaustive. This interpretation is a sharp departure from its previous more cautious and nuanced position on this subject. It comes into conflict with the “non-exhaustive character of preliminary objection proceedings” (by which

«l'application «des prescriptions impératives du Statut» relève de la décision de la Cour dans chaque affaire qui lui est soumise et, lorsque la Cour s'est déclarée compétente avec l'autorité de la chose jugée, il ne peut y avoir excès de pouvoir aux fins de cette affaire, la Cour étant seule compétente pour se prononcer sur de telles questions en vertu de son Statut» (arrêt, par. 139).

Le raisonnement de la Cour repose sur l'idée qu'une conclusion générale sur la compétence qui a été rendue dans le cadre d'une procédure incidente revêt un caractère absolu et exhaustif (il va sans dire que les décisions rendues par la Cour sur telle ou telle exception préliminaire ont pleinement autorité de chose jugée).

Pourtant, telle n'était manifestement pas l'opinion de la Cour lorsqu'elle a autorisé le greffier à informer le défendeur que

«[e]n outre, comme l'a en fait relevé la Serbie-et-Monténégro dans l'«Initiative» et comme elle l'a elle-même souligné dans le passé, la Cour est autorisée à examiner des questions de compétence *proprio motu*, et doit «toujours s'assurer de sa compétence» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52). Il va donc sans dire que la Cour ne se prononcera sur le fond de la présente affaire qu'à condition d'avoir pu établir qu'elle a compétence; si la Serbie-et-Monténégro souhaite présenter à la Cour des arguments supplémentaires sur les questions de compétence lors de la procédure orale au fond, elle est libre de le faire.» (Lettre du 12 juin 2003.)

La teneur de cette lettre indiquait clairement aux Parties qu'aucune décision définitive n'avait été prise sur la compétence — il aurait en effet été inconcevable que la Cour fasse savoir au défendeur qu'il était libre de lui présenter des arguments supplémentaires sur des questions de compétence alors qu'elle n'envisageait pas la possibilité d'y souscrire, qu'elle évoque une action *proprio motu* sans envisager la possibilité d'y avoir recours ni celle, qui en découle, que cette action puisse l'amener à une conclusion négative sur la compétence. L'invitation faite à la Serbie-et-Monténégro de soulever des questions de compétence au stade du fond aurait sinon été sans objet.

La lettre de juin 2003 impliquait la recevabilité des objections du défendeur à l'application de l'article 35 du Statut. En effet, ces exceptions à la compétence de la Cour ont été formulées dans le cadre des conclusions finales et rejetées par la Cour dans le dispositif du présent arrêt.

La position de la Cour consiste à interpréter le principe de l'autorité de la chose jugée comme revêtant un caractère absolu et exhaustif dans le cadre d'une procédure incidente. Cette interprétation s'écarte radicalement de la position plus prudente et plus nuancée que la Cour avait adoptée plus tôt à ce sujet. Elle va à l'encontre du «caractère non exhaustif de la phase



“whether or not matters of jurisdiction have been raised at the stage envisaged for preliminary objections, they may still be raised later, even by the Court *proprio motu*” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Vol. II, p. 876, II.229)). It limits the right and the duty of the Court to act *proprio motu* to ensure that at all stages of the proceedings jurisdiction indeed exists. Finally, as is the case in this proceeding, it may bring the Court into conflict with legal facts which are created by entities other than the Court and with its own findings reached in a different case on the very same facts. There is also a touch of the Court’s own infallibility in its reasoning which is difficult for me to accept.

For the reasons stated above, I could not support the conclusion of the Court as contained in paragraph 1 of the operative clause of the Judgment.

#### MERITS

Under Article IX of the Genocide Convention the Court is to settle disputes between the Contracting Parties, “including those [disputes] relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III”. The underlying logic of the Judgment is that no State can be held responsible for genocide or any of the other acts enumerated in Article III unless the Genocide Convention imposes on the Contracting Parties an obligation not to themselves commit genocide and the other acts enumerated in Article III of the Convention.

The Judgment states that “[s]ince Article IX is essentially a jurisdictional provision, the Court considers that it should first ascertain whether the substantive obligation on States not to commit genocide may flow from the other provisions of the Convention” (Judgment, para. 166). The Judgment recognizes that “such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention” (*ibid.*). Then, according to the logic of the Judgment, this obligation must be implied in Article I: “the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide” (*ibid.*). The Judgment also concludes that the obligation of States to not commit genocide themselves is applicable to the other acts enumerated in Article III (Judgment, para. 167).

I do not find this construction sustainable for the following reasons.

First, the very idea of an unstated obligation is objectionable in general.

Second, the “unstated obligation” in question does not fit into the Convention. The Convention, in its substantive part, deals with the criminal culpability of individuals. The Judgment addresses this fact and attempts to reconcile it with the idea of a State’s obligation to not commit the very criminal acts it undertakes to prevent and punish. This

consacrée aux exceptions préliminaires» (en vertu duquel, «[q]ue des questions de compétence aient ou non été soulevées au stade des exceptions préliminaires, elles peuvent toujours l'être ultérieurement, même par la Cour *proprio motu*» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, vol. II, p. 876, par. II.229)). Elle limite le droit et le devoir qu'a la Cour d'agir de sa propre initiative pour s'assurer qu'elle a bien compétence à tous les stades de la procédure. Elle peut enfin, comme en l'espèce, amener la Cour à contredire des faits juridiques émanant d'autres entités qu'elle-même, ainsi que ses propres conclusions sur les mêmes faits dans une autre affaire. Le raisonnement de la Cour dénote également une idée d'infailibilité de sa part qu'il m'est difficile d'accepter.

Pour les raisons qui précèdent, je n'ai pu adhérer à la conclusion de la Cour qui figure au paragraphe 1 du dispositif de l'arrêt.

#### FOND

Aux termes de l'article IX de la convention sur le génocide, la Cour est chargée de régler les différends entre les parties contractantes, «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». La logique qui sous-tend l'arrêt est qu'aucun Etat ne peut être tenu pour responsable d'un génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, sauf à ce que la convention sur le génocide impose aux parties contractantes une obligation de ne pas commettre elles-mêmes le génocide ou les autres actes énumérés à l'article III de la Convention.

Dans son arrêt, la Cour déclare que, «[l']article IX étant essentiellement une clause de compétence, [elle] estime devoir d'abord rechercher si l'obligation de nature substantielle pour les Etats de ne pas commettre de génocide peut découler des autres dispositions de la Convention» (arrêt, par. 166). Elle reconnaît qu'«une telle obligation n'est pas expressément imposée par les termes mêmes de la Convention» (*ibid.*). Dès lors, suivant la logique de l'arrêt, cette obligation doit être considérée comme sous-entendue dans l'article premier: «l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre» (*ibid.*). La Cour conclut également que l'obligation qu'ont les Etats de ne pas commettre eux-mêmes le génocide est applicable aux autres actes énumérés à l'article III (arrêt, par. 167).

Cette interprétation me semble pécher pour les raisons suivantes.

Premièrement, l'idée même d'une obligation inexprimée est contestable d'une manière générale.

Deuxièmement, cette «obligation inexprimée» s'inscrit mal dans la Convention. Les dispositions substantielles de celle-ci portent sur la responsabilité pénale individuelle. La Cour aborde cet aspect dans son arrêt et tente de le concilier avec l'idée d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre lui-même les actes criminels qu'il s'engage à prévenir et à

attempt, however, is not persuasive. Nor could it be, since it is simply not what the Convention actually says.

Third, the notion of a State's obligation not to commit genocide, and the other Article III acts, comes into conflict with the very foundations of the Genocide Convention since there is no such thing under the Convention as genocide (or any of the other Article III acts) which is not a crime. Yet, it is generally accepted that there is no such thing as State criminal responsibility. The Court, the parties, the International Law Commission (the ILC), are all in agreement that States do not commit crimes. Consequently, what is achieved by introducing the concept of a State itself committing genocide is decriminalization of genocide, which as a result is transformed into an internationally wrongful act. This transformation is as amazing as it is impossible under the Genocide Convention.

The Court, while concluding that "the Contracting Parties to the Convention are bound not to commit genocide" makes a clarification that the Parties are under the obligation not to do so "through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them" (Judgment, para. 167).

The Court states that "if an organ of the State, or a person or group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of the Convention, the international responsibility of that State is incurred" (Judgment, para. 179). This is absolutely true. A State's responsibility is engaged when a crime of genocide is committed by an individual whose acts are legally attributable to it. No "unstated obligation" for States not to themselves commit genocide is needed for this responsibility to be incurred through attribution.

Therefore, I cannot accept the Court's reasoning that, unless the Convention is read as containing an obligation on State parties not to commit genocide themselves, States would not be "forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law" (Judgment, para. 166). The ILC stated the obvious when it said:

"The State is a real organized entity, a legal person with full authority to act under international law. But to recognize this is not to deny the elementary fact that the State cannot act of itself. An 'act of the State' must involve some action or omission by a human being or group: 'States can act only by and through their agents and representatives'." (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, p. 71.)

réprimer. Cette tentative n'est toutefois pas convaincante. Et elle ne peut pas l'être, puisque ce n'est tout simplement pas ce qui figure dans la Convention.

Troisièmement, l'idée d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide ni les autres actes énumérés à l'article III va à l'encontre des fondements mêmes de la convention sur le génocide, étant donné que, dans celle-ci, le génocide (ou chacun des autres actes visés à l'article III) constitue nécessairement un crime. Or, il est généralement reconnu qu'il n'existe pas de responsabilité pénale des Etats. La Cour, les Parties, la Commission du droit international (la CDI) s'accordent toutes sur le fait que les Etats ne commettent pas de crimes. Dès lors, introduire l'idée d'un Etat commettant lui-même le génocide revient à dépénaliser ce crime, qui se trouve ainsi transformé en fait internationalement illicite. Cette transformation est aussi étonnante qu'impossible au regard de la convention sur le génocide.

La Cour, tout en concluant que «les parties contractantes à la Convention sont tenues de ne pas commettre de génocide», précise cependant que les parties sont tenues de ne pas le faire «à travers les actes de leurs organes ou des personnes ou groupes dont les actes leur sont attribuables» (arrêt, par. 167).

La Cour déclare 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» (arrêt, par. 179). C'est absolument exact. La responsabilité d'un Etat est engagée lorsqu'une personne dont les actes lui sont juridiquement attribuables commet un crime de génocide. Aucune «obligation inexprimée» interdisant aux Etats de commettre eux-mêmes le génocide n'est nécessaire pour que cette responsabilité soit engagée par voie d'attribution.

Je ne puis donc m'associer au raisonnement de la Cour voulant que, à moins de lire dans la Convention une obligation propre aux Etats parties de ne pas commettre de génocide, il ne leur serait pas «interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international» (arrêt, par. 166). La Commission du droit international a rappelé l'évidence lorsqu'elle a déclaré :

«L'Etat est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'Etat comme tel n'est pas capable d'agir. Un «fait de l'Etat» met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe : «Les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants.»» (Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs (2001), p. 71.)

It would indeed be extraordinary to read the Genocide Convention as allowing States “as such” to commit genocide, or any of the other Article III acts, for their responsibility will be incurred when a crime of genocide is committed by persons capable of engaging State responsibility. Generally, as a matter of principle, wherever international law criminalizes an act, if that act is committed by an individual capable of engaging State responsibility, the State can be held responsible. The fact that some international conventions criminalizing certain acts contain “escape clauses”, as in the cases of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, excluding armed forces during an armed conflict from the scope of these conventions<sup>1</sup>, only confirms this principle. This principle is definitely embodied in the Genocide Convention, which first, specifically refers in Article IX to the responsibility of a State for genocide, a crime committed according to its substantive part by individuals, and second, reflects the absolute prohibition of genocide under general international law<sup>2</sup>. The artificial notion of a State’s obligation under the Genocide Convention not to commit genocide does nothing to reinforce this air-tight prohibition.

There has been some measure of agreement between the Parties on this point. According to the Respondent

“for a State to be responsible under the Genocide Convention, the facts must first be established. As genocide is a crime, it can only be established in accordance with the rules of criminal law, under which the first requirement to be met is that of individual responsibility. The State can incur responsibility only when the existence of genocide has been established beyond all reasonable doubt. In addition, it must then be shown that the person who committed the genocide can engage the responsibility of the State . . .” (CR 2006/18, p. 20, para. 38.)

According to the Applicant

“in the full meaning of the term, genocide is an international crime

<sup>1</sup> See the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 December 1979, Art. 19, para. 2, and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 April 2005, Art. 4, para. 2.

<sup>2</sup> The fact that Article IX is the subject of reservations by a number of States parties, does not change in any way the absolute character of the prohibition of genocide as reflected in the Genocide Convention. A reservation to Article IX does not absolve a State from responsibility for genocide, it only prevents this Court from settling a dispute related to this responsibility.

Il serait en effet extraordinaire d'interpréter la convention sur le génocide comme permettant aux Etats «en tant que tels» de commettre le génocide, ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, car leur responsabilité est de toute manière engagée dès lors qu'un crime de génocide est commis par des personnes susceptibles de l'engager. Généralement, par principe, lorsqu'un acte condamné par le droit international est commis par une personne susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, celui-ci peut être tenu pour responsable. Le fait que des conventions internationales condamnant certains actes renferment des «clauses échappatoires», comme tel est le cas de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, qui soustraient à leur champ d'application les forces armées en temps de conflit armé<sup>1</sup>, confirme tout bonnement ce principe. Celui-ci est définitivement consacré par la convention sur le génocide qui, tout d'abord, vise expressément en son article IX la responsabilité d'un Etat pour génocide, un crime que ses dispositions substantielles définissent comme étant commis par des personnes, et, ensuite, traduit l'interdiction absolue du génocide en droit international général<sup>2</sup>. L'idée, artificielle, d'une obligation propre à l'Etat de ne pas commettre le génocide qui serait contenue dans la convention sur le génocide ne renforce en rien cette interdiction catégorique.

Les Parties se sont accordées dans une certaine mesure sur ce point. D'après le défendeur,

«pour qu'un Etat soit responsable, en vertu de la convention sur le génocide, il faut d'abord que les faits soient établis. Or, le génocide étant un crime, il ne peut être établi que conformément aux règles du droit pénal, qui requièrent d'abord une responsabilité individuelle. La responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que lorsque l'existence du génocide a été établie au-delà de tout doute raisonnable. Ensuite, il faut encore que la personne qui a commis le génocide puisse engager la responsabilité de l'Etat.» (CR 2006/18, p. 20, par. 38.)

Selon le demandeur,

«le génocide est, dans la pleine acception que cette expression revêt,

<sup>1</sup> Voir la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée le 15 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, art. 19, par. 2, et la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, adoptée le 13 avril 2005 par l'Assemblée générale des Nations Unies, art. 4, par. 2.

<sup>2</sup> Le fait que l'article IX fasse l'objet de réserves de la part d'un certain nombre d'Etats parties n'enlève rien au caractère absolu de l'interdiction du génocide exprimée dans la convention sur le génocide. Une réserve à l'article IX n'absout pas un Etat de toute responsabilité pour génocide, elle empêche seulement la Cour de régler un différend relatif à cette responsabilité.

which not only engages the criminal responsibility of the individuals committing it but also that of the State to which the acts committed by individuals, acting *de jure* or *de facto* on its behalf, may be ascribed” (CR 2006/33, p. 31, para. 44).

Should the Court have adopted the approach according to which State responsibility is incurred when the crime of genocide or the other Article III crimes are committed by individuals capable of engaging such responsibility, it would have stayed on the firm ground of the Convention and would have been perfectly able to make a determination required by Article IX as to “the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in Article III”.

Article IX widens the scope of dispute settlement beyond the usual “interpretation and application” (the addition of “fulfilment” is not particularly significant) to include the responsibility of a State for genocide and the other Article III acts.

However, nothing in Article IX suggests that the Court is empowered to go beyond settling disputes relating to State responsibility and to actually conduct an enquiry and make a determination whether or not the crime of genocide was committed.

The Court simply cannot establish individual responsibility for the crime of genocide by persons capable of engaging a State’s responsibility since it lacks criminal jurisdiction.

In particular, by reason of the lack of criminal jurisdiction, the Court cannot establish the existence or absence of genocidal intent, since nothing in the Genocide Convention indicates that it deals with genocidal intent in any other sense than it being a requisite part, a mental element, of the crime of genocide.

What the Court can and must do is to make a finding as to whether it has been sufficiently determined that genocide was committed.

To make this determination, it would have been sufficient for the Court in this case to rely on the findings of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (the ICTY), to the extent they are in conformity with the Genocide Convention, which is the sole basis for jurisdiction in these proceedings.

Instead, the Court adopted a position according to which it can itself make a determination as to whether or not genocide was committed without a distinct decision by a court or tribunal exercising criminal jurisdiction. The Judgment offers no explanation as to the legal basis of this position. Rather the Court constructs for itself “the capacity” to do so (Judgment, para. 181), which is nowhere to be found in the Genocide Convention.

The Court asserts that:

“Any other interpretation could entail that there would be no legal recourse available under the Convention in some readily con-

un crime international qui engage non seulement la responsabilité pénale des individus qui le commettent mais également celle de l'Etat auquel peuvent être attribués les actes commis par des individus, agissant *de jure* ou *de facto* pour son compte» (CR 2006/33, p. 31, par. 44).

Si la Cour s'en était tenue à la position selon laquelle la responsabilité de l'Etat est engagée dès lors que le crime de génocide ou les autres actes visés à l'article III sont commis par des individus susceptibles de l'engager, elle serait restée dans le cadre sûr de la Convention et aurait été parfaitement à même de rendre la décision requise par l'article IX quant à «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 étend la portée du règlement des différends au-delà des questions classiques «d'interprétation et d'application» (l'ajout du terme «exécution» n'est pas particulièrement significatif) pour y inclure la responsabilité de l'Etat à raison du génocide et des autres actes énumérés à l'article III.

Cela étant, rien n'indique dans cet article que la Cour ait le pouvoir d'aller au-delà du règlement des différends relatifs à la responsabilité de l'Etat pour se livrer en fait à une enquête et déterminer si le crime de génocide a ou non été commis.

La Cour ne peut tout simplement pas, faute de compétence pénale, établir si des personnes susceptibles d'engager la responsabilité d'un Etat sont coupables du crime de génocide.

En particulier, ce défaut de compétence pénale empêche la Cour d'établir l'existence ou l'absence d'une intention génocide, puisque rien dans la convention sur le génocide n'indique qu'une telle intention y soit envisagée autrement qu'en tant qu'élément nécessaire, qu'élément moral du crime de génocide.

Ce que la Cour peut et doit faire, c'est statuer sur la question de savoir s'il a été suffisamment établi qu'un génocide avait été commis.

Pour ce faire, il lui aurait suffi en l'espèce de s'appuyer sur les conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le TPIY), pour autant qu'elles soient conformes à la convention sur le génocide, qui est la seule base de compétence de la Cour dans la présente affaire.

Au lieu de cela, la Cour a pris pour position qu'il lui était loisible de déterminer elle-même si le génocide avait ou non été commis, sans s'appuyer sur une décision émanant d'une juridiction exerçant une compétence pénale. Dans son arrêt, la Cour s'abstient d'exposer le fondement juridique de cette position, se déclarant plutôt «habilitée» à agir ainsi (arrêt, par. 181), ce qui ne découle d'aucune partie de la convention sur le génocide.

La Cour affirme:

«Toute autre interprétation signifierait que la Convention n'aurait prévu aucune voie de droit dans des cas que l'on n'aura aucune peine



ceivable circumstances: genocide has allegedly been committed within a State by its leaders but they have not been brought to trial because, for instance, they are still very much in control of the powers of the State including the police, prosecution services and the courts and there is no international penal tribunal able to exercise jurisdiction over the alleged crimes; or the responsible State may have acknowledged the breach.” (Judgment, para. 182.)

However, reference to the absence of legal recourse under certain circumstances as an argument *au contrario* neither supports nor clarifies the Court’s position. No recourse would be available, for example, when a State in question has made a reservation to Article IX. As to the above example about State leaders still in control of their country, on the contrary, legal recourse would remain available if the Court was properly seised; moreover, the Court, after establishing its jurisdiction on a *prima facie* basis, can, if requested, indicate provisional measures of a binding character. Furthermore, to deal immediately with these circumstances an action of the United Nations Security Council, under Chapter VII of the United Nations Charter, would probably be required. As to the possible unavailability of an international penal tribunal, the Security Council can establish an *ad hoc* criminal tribunal, if the State in question is not party to the Rome Statute of the International Criminal Court, opened for signature on 17 July 1998. And, of course, should a State acknowledge its responsibility for genocide before this Court, questions of establishing whether genocide was committed and whether a Respondent is responsible for it simply would not arise, allowing the Court to proceed straight to the issue of reparations.

The proposition that the Court not only determines a State’s responsibility for genocide, but also establishes whether genocide was committed or not, flows, of course, from the idea of a State’s obligation to not commit genocide itself, which the Court infers from the Convention. According to that construction, the Court simply determines the violation of this “treaty obligation”. Therefore, following that logic, the lack of criminal jurisdiction is not an impediment at all, since the Court does not deal with genocide as a crime which, of course, is what it indisputably is under the Genocide Convention. This approach is inconsistent with both the Genocide Convention and the Court’s Statute.

Having stated that it “must itself make its own determination of the facts which are relevant to the law which the Applicant claims the Respondent has breached”, the Court acknowledges that “[m]any of the allegations before the Court have already been the subject of the processes and decisions of the ICTY” (Judgment, para. 212) and concludes that:

à se figurer : celui de dirigeants d'un Etat ayant commis un génocide sur le territoire de celui-ci et qui ne seraient pas traduits en justice parce qu'ils continueraient, par exemple, à exercer un contrôle important sur les organes de l'Etat, notamment la police, le ministère public et les tribunaux et parce qu'il n'existerait pas de juridiction pénale internationale ayant compétence pour connaître des crimes allégués ; ou celui d'un Etat responsable qui aurait reconnu la violation.» (Arrêt, par. 182.)

Toutefois, le fait d'invoquer l'absence de voies de droit dans certaines circonstances comme un argument *a contrario* ne conforte ni n'éclaircit la position de la Cour. Aucune voie de droit ne serait ouverte lorsque, par exemple, l'Etat en question aurait formulé une réserve à l'article IX. Quant à l'exemple ci-dessus relatif aux dirigeants d'un Etat continuant de contrôler leur pays, des voies de droit resteraient au contraire disponibles si la Cour était dûment saisie ; en outre, après avoir établi sa compétence *prima facie*, la Cour peut, si elle en est priée, indiquer des mesures conservatoires revêtant une force obligatoire. Qui plus est, pour répondre immédiatement à de telles circonstances, une action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, au sens du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, serait probablement requise. En ce qui concerne l'absence éventuelle de juridiction pénale internationale, le Conseil de sécurité peut établir un tribunal pénal *ad hoc* si l'Etat en question n'est pas partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, ouvert à la signature le 17 juillet 1998. Et, bien entendu, si un Etat devait reconnaître sa responsabilité pour génocide devant la Cour, il n'y aurait tout simplement lieu d'établir ni la commission du génocide, ni la responsabilité du défendeur, ce qui permettrait à la Cour de passer directement à la question des réparations.

La conception voulant que la Cour non seulement détermine la responsabilité d'un Etat pour génocide, mais établisse également si le génocide a ou non été commis, découle naturellement de la thèse selon laquelle il existerait une obligation de l'Etat de ne pas commettre lui-même le génocide, obligation que la Cour infère de la Convention. Suivant une telle interprétation, la Cour déterminerait simplement si cette « obligation conventionnelle » a été violée. Ainsi, dans cette logique, le défaut de compétence pénale ne constitue absolument pas un obstacle, puisque la Cour n'envisage pas le génocide en tant que crime, ce qu'il est bien entendu incontestablement au regard de la convention sur le génocide. Cette approche n'est conforme ni à la convention sur le génocide ni au Statut de la Cour.

Ayant déclaré qu'elle devait « déterminer elle-même les faits qui sont pertinents au regard des règles de droit que, selon le demandeur, le défendeur aurait transgressées », la Cour reconnaît qu'« [u]n grand nombre des allégations présentées à [elle] ont déjà fait l'objet d'instances devant le TPIY et de décisions rendues par ce dernier » (arrêt, par. 212), avant de conclure qu'elle

“it should in principle accept as highly persuasive relevant findings of fact made by the Tribunal at trial, unless of course they have been upset on appeal. For the same reasons, any evaluation by the Tribunal based on the facts as so found for instance about the existence of the required intent, is also entitled to due weight.” (Judgment, para. 223.)

After having thus established in principle a possibility of arriving at conclusions different to those of this criminal tribunal as to whether or not genocide was committed, the Court proceeded to examine the allegations which had already been considered and decided on by the ICTY, thus putting itself potentially on a collision course with the Tribunal.

This kind of collision of course has not occurred in practice. However, this does not make the Court’s failure to strike a proper balance under the Genocide Convention between the Court’s jurisdiction and that of a criminal tribunal any lesser.

At the same time, a clear distinction must be made between the Court conducting its own investigation and coming up with legally binding findings as to whether genocide was committed, which it cannot do, and the Court applying the test of the Genocide Convention to the decisions of the ICTY on genocide, which it must do, given that its jurisdiction is based solely on the Genocide Convention and the jurisdiction of the Tribunal is based on its Statute. That test is whether the decisions of the ICTY are consistent with the Genocide Convention. Should a finding of the ICTY fail that test, the Court must disregard this particular finding in deciding the case before it.

Unfortunately, the Court, while applying the test of Genocide Convention to the decisions of the ICTY, did not do it to the extent necessary.

The Court concluded that acts of genocide were committed by “members of the VRS [Army of the Republika Srpska] in and around Srebrenica from about 13 July 1995” (Judgment, para. 297). In reaching this conclusion the Court relied on the findings of the ICTY in the *Krstić* and *Blagojević* cases (*Krstić*, IT-98-33-A, Judgment of Appeals Chamber, 19 April 2004 (hereafter “*Krstić*”) and *Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Judgment of Trial Chamber I, 17 January 2005 (hereafter “*Blagojević*”).

These two individuals (only Krstić’s conviction is final) were convicted of a crime established by the Tribunal’s Statute (Art. 7, para. 1), but not recognized by the Genocide Convention, namely aiding and abetting genocide. As found by the ICTY, neither Krstić nor Blagojević had genocidal intent. (“There was a demonstrable failure by the Trial Chamber to supply adequate proof that Radislav Krstić possessed the genocidal intent” (*Krstić*, para. 134).) The Tribunal, basing itself on its Statute, has held that persons furnishing aid and assistance can be convicted of aiding

«doit en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel. Pour les mêmes raisons, il convient également de donner dûment poids à toute appréciation du Tribunal fondée sur les faits ainsi établis, concernant par exemple l'existence de l'intention requise.» (Arrêt, par. 223.)

Après avoir ainsi établi en principe qu'elle pouvait parvenir à des conclusions différentes de celles de ce tribunal pénal quant à l'existence du génocide, la Cour a poursuivi en examinant des allégations qui avaient déjà été considérées et jugées par le TPIY, au risque d'entrer ainsi directement en conflit avec ce dernier.

Pareil conflit n'a évidemment pas eu lieu dans la pratique. Cela étant, la Cour n'en a pas moins échoué à trouver, dans le cadre de la convention sur le génocide, un juste équilibre entre sa propre compétence et celle d'un tribunal pénal.

Par ailleurs, une distinction claire doit être opérée entre mener sa propre enquête et parvenir à des conclusions juridiquement obligatoires sur le point de savoir si le génocide a été commis, ce que la Cour ne peut faire, et appliquer le critère de la convention sur le génocide aux décisions du TPIY sur le génocide, ce que la Cour devait faire, sa compétence étant fondée uniquement sur cette convention et le Tribunal tenant la sienne de son Statut. Le critère en question consistait à déterminer si les décisions du TPIY étaient conformes à la convention sur le génocide. Si une conclusion particulière du TPIY ne satisfaisait pas à ce critère, la Cour devait l'écartier dans le cadre de son examen de l'affaire portée devant elle.

Malheureusement, si elle a certes appliqué le critère de la convention sur le génocide aux décisions du TPIY, la Cour ne l'a toutefois pas fait dans la mesure nécessaire.

La Cour a conclu que des actes de génocide avaient été commis par «des membres de la VRS [l'armée de la Republika Srpska] à Srebrenica et à proximité à partir du 13 juillet 1995» (arrêt, par. 297). Elle s'est pour cela appuyée sur les conclusions formulées par le TPIY dans les affaires *Krstić* et *Blagojević* (*Krstić*, IT-98-33-A, Chambre d'appel, arrêt du 19 avril 2004 (ci-après dénommée l'affaire «*Krstić*»); *Blagojević et Jokić*, IT-02-60-T, Chambre de première instance I, jugement du 17 janvier 2005 (ci-après dénommée l'affaire «*Blagojević*»)).

Les deux intéressés (seule la condamnation de Krstić n'est plus susceptible d'appel) ont été déclarés coupables d'un crime établi par le Statut du Tribunal (art. 7, par. 1) mais non reconnu par la convention sur le génocide, à savoir l'aide et l'encouragement à la commission du génocide. Comme l'a conclu le TPIY, ni Krstić ni Blagojević n'avaient eu d'intention génocidaire («[l]a Chambre de première instance n'a, à l'évidence, pas suffisamment démontré que Radislav Krstić était animé d'une intention génocidaire» (*Krstić*, par. 134)). Le Tribunal, se fondant sur son Sta-

and abetting genocide without having genocidal intent. The Genocide Convention, however, requires genocidal intent for every proscribed act enumerated in it, which has been recognized by the ICTY itself (*Krstić*, para. 142) and has not been disputed by the Parties.

Consequently, these two — and so far the only — convictions of charges related to genocide cannot be taken into account by the Court since its jurisdiction is based solely on the Genocide Convention whereas these convictions are not.

Nevertheless, these two Judgments are relevant to the case before the Court to the extent that they state that genocide occurred in Srebrenica. Indeed, in the final analysis the whole case in the present Judgment is made on the basis of this particular finding by the ICTY.

The question is, however, whether or not this finding has been made within the specific scope of the Genocide Convention.

The way the ICTY has dealt, *inter alia*, with the issue of genocidal intent suggests that the answer to this question is likely to be negative. In the *Blagojević* case the Trial Chamber concluded that Bosnian Serb forces had intended to destroy the Muslim population of Srebrenica (*Blagojević*, para. 677). In the *Krstić* case the ICTY was slightly more specific, referring to some members of the VRS Main Staff. The Appeals Chamber decided that, in concluding that some (unnamed or unknown) members of the VRS Main Staff intended to destroy the Bosnian Muslims of Srebrenica, the Trial Chamber “did not depart from the legal requirements for genocide” (*Krstić*, para. 38).

Tellingly, the Appeals Chamber did not say that the Trial Chamber had not departed from the legal requirements of the Genocide Convention, for, *inter alia*, it is highly doubtful that, according to the Convention, genocidal intent, a mental element to be established in criminal proceedings, can be established without trying (or at the very least identifying and presenting the necessary proof) a person or persons harbouring it. As a matter of fact, the Tribunal itself has recognized that it is necessary to have insight into the state of mind of alleged perpetrators in order to draw the inference that those perpetrators had genocidal intent.

In the *Stakić* case it stated:

“Having heard all the evidence, the Trial Chamber finds that it has not been provided with the necessary insight into the state of mind of alleged perpetrators acting on a higher level in the political structure than Dr. Stakić to enable it to draw the inference that those perpetrators had the specific genocidal intent.” (IT-97-24-T, Judgment, 31 July 2003, para. 547.)

tut, a dit que les personnes ayant prêté une aide et une assistance pouvaient être déclarées coupables d'avoir aidé et encouragé à perpétrer un génocide sans avoir d'intention génocidaire. La convention sur le génocide exige en revanche l'existence d'une intention génocidaire pour chacun des actes proscrits qu'elle énumère, ce que le TPIY a lui-même reconnu (*Krstić*, par. 142) et que les Parties n'ont pas contesté.

En conséquence, ces deux condamnations pour des chefs d'accusation liés au génocide — qui sont jusqu'ici les seules — ne pouvaient être prises en considération par la Cour puisque sa compétence était, contrairement à ces condamnations, uniquement fondée sur la convention sur le génocide.

Ces deux décisions n'en étaient pas moins pertinentes aux fins de l'affaire portée devant la Cour dans la mesure où elles indiquent qu'un génocide a eu lieu à Srebrenica. D'ailleurs, en dernière analyse, le raisonnement suivi dans le présent arrêt repose entièrement sur cette conclusion particulière du TPIY.

Se pose toutefois la question de savoir si cette conclusion s'inscrit ou non dans le cadre spécifique de la convention sur le génocide.

La manière dont le TPIY a traité la question de l'intention génocidaire, entre autres, suggère une réponse négative. Dans l'affaire *Blagojević*, la Chambre de première instance a conclu que des forces serbes de Bosnie avaient eu l'intention de détruire la population musulmane de Srebrenica (*Blagojević*, par. 677). Dans l'affaire *Krstić*, le TPIY a visé un peu plus précisément certains membres de l'état-major principal de la VRS. La Chambre d'appel a déclaré que, en concluant que certains membres (non désignés ou inconnus) de l'état-major principal de la VRS avaient eu l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie présents à Srebrenica, la Chambre de première instance « n'a[vait] pas contrevenu aux exigences juridiques qui s'attachent au génocide » (*Krstić*, par. 38).

De manière révélatrice, la Chambre d'appel n'a pas déclaré que la Chambre de première instance n'avait pas contrevenu aux exigences juridiques de la convention sur le génocide, car, par exemple, je doute fort que, d'après la Convention, l'intention génocidaire, qui est un élément moral à établir dans le cadre d'une procédure pénale, puisse être démontrée sans que celui ou ceux qui en étaient animés soient jugés (ou, à tout le moins, désignés avec les preuves nécessaires à l'appui). En fait, le Tribunal a lui-même reconnu la nécessité de disposer d'informations sur l'état d'esprit des auteurs présumés pour déduire que ceux-ci étaient mus par l'intention génocidaire.

Dans l'affaire *Stakić*, il a déclaré :

« A la lumière de tous les témoignages présentés, la Chambre de première instance estime qu'on ne lui a pas fourni les informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés qui se situaient au-dessus de Milomir Stakić dans la structure politique pour lui permettre de conclure que ces derniers étaient mus par l'intention spécifique au génocide. » (IT-97-24-T, jugement du 31 juillet 2003, par. 547.)

It is very difficult to reconcile this requirement of “necessary insight into the state of mind of alleged perpetrators”, which is fully compatible with the Genocide Convention, and the approach adopted by the ICTY in the *Krstić* case:

“The inference that a particular atrocity was motivated by genocidal intent may be drawn, moreover, even where the individuals to whom the intent is attributable are not precisely identified.” (*Krstić*, para. 34.)

Not only does this approach not appear to be in conformity with the requirements of the Genocide Convention, it also raises questions related to the fairness of criminal proceedings and the accuracy of their conclusions. What if, for example, at a later stage, during a possible trial of so far unnamed members of the VRS Main Staff, the Tribunal, after obtaining the “necessary insight into the state of mind of alleged perpetrators”, finds that these individuals did not possess genocidal intent? Or, are these individuals guilty even before they have been tried? And, since they are not, the question remains open as to whether the massacre in Srebrenica can be qualified as genocide.

The conclusion of the Court in these circumstances should have been that the commission of genocide or of the other Article III acts in Srebrenica has not been sufficiently established.

In spite of the difficulties I have with the Court’s interpretation of the Genocide Convention, as outlined above, as well as, consequently, with the wording of paragraphs 2, 3 and 4 of the operative clause of the Judgment, I have found myself in a position to vote for these paragraphs since in substance they do contain the answer to the core question of this case: the Respondent is not responsible for genocide or any of the other acts enumerated in Article III. My vote in favour of these paragraphs does not in any way compromise my position that it has not been sufficiently established that the massacre in Srebrenica can be qualified as genocide.

The additional difficulty I have is with the Court’s treatment of the obligation to prevent under the Genocide Convention, which I find to be extraordinarily expansive.

The views of the Applicant presented on the subject of prevention were quite reasonable:

“This obligation is expressed in very general and, as it were, introductory terms in Article I, which closely follows the wording of the title of the Convention. Later provisions, in Articles IV to VIII, add a whole series of specific details and clarifications essential to its implementation. However, these further provisions focus primarily on punishment, while rules on prevention are scantily developed.

Il est très difficile de concilier cette exigence relative aux « informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés », qui est pleinement compatible avec la convention sur le génocide, et le raisonnement suivi par le TPIY dans l'affaire *Krstić* :

« On peut aussi conclure qu'une atrocité particulière a été commise avec une intention génocidaire même lorsque les individus auxquels cette intention peut être prêtée ne sont pas précisément identifiés. » (*Krstić*, par. 34.)

Non seulement ce raisonnement ne semble pas conforme aux exigences de la convention sur le génocide, mais il soulève également certaines questions quant à l'équité de la procédure pénale et à l'exactitude des conclusions auxquelles elle a donné lieu. Qu'advierait-il si, par exemple, à un stade ultérieur, lors d'un éventuel procès de membres de l'état-major principal de la VRS non désignés jusqu'ici, le Tribunal, après avoir obtenu les « informations nécessaires sur l'état d'esprit des auteurs présumés », concluait que ceux-ci n'étaient pas animés de l'intention génocidaire? A moins que ces personnes soient coupables avant même d'avoir été jugées? Et, puisque tel n'est pas le cas, se pose toujours la question de savoir si le massacre de Srebrenica peut être qualifié de génocide.

Dans ces conditions, la Cour aurait dû conclure que la commission à Srebrenica du génocide ou des autres actes énumérés à l'article III n'avait pas été suffisamment établie.

En dépit des difficultés que j'éprouve face à la manière dont la Cour a interprété la convention sur le génocide, comme je l'ai indiqué plus tôt, ainsi que, par suite, face au libellé des paragraphes 2, 3 et 4 du dispositif de l'arrêt, il m'a été possible de voter en faveur de ces paragraphes puisque, en substance, ils répondent bien à la question fondamentale en l'affaire: le défendeur n'est pas responsable du génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. Mon adhésion à ces paragraphes ne change rien à ma position, à savoir qu'il n'a pas été suffisamment établi que le massacre de Srebrenica pouvait être qualifié de génocide.

L'autre difficulté que j'éprouve concerne la manière dont la Cour a appréhendé l'obligation de prévention figurant dans la convention sur le génocide, qui me semble extraordinairement large.

Les vues formulées par le demandeur au sujet de la prévention étaient tout à fait raisonnables:

« Cette obligation est formulée d'une manière très générale et, pour ainsi dire, introductive à l'article I, qui reprend de près le titre de la Convention. Des dispositions ultérieures, que l'on trouve aux articles IV à VIII, viennent apporter toute une série de spécifications et de précisions indispensables aux fins de sa mise en œuvre. Ces autres dispositions, cependant, sont surtout centrées sur la répression, alors que la prévention fait l'objet d'une réglementation bien peu développée. »



It is true, however, that no precise boundary can be established between prevention and punishment. First, it is well known that a well-organized system of enforcement, capable of imposing penalties proportionate to the seriousness of offences, plays a very important preventive role; and secondly, effective prevention calls for the punishment of any acts preparatory to genocide (such as conspiracy to commit genocide or attempted genocide, etc.), or again acts constituting incitement to commit genocide. In other words, the punishment of most of the so-called ‘ancillary’ acts identified in Article III of the Convention . . . plays a definite, though obviously non-exhaustive, role in the area of prevention.” (CR 2006/11, p. 16, paras. 1-2.)

“The lack of territorial limitations on the obligation to prevent and punish the crime of genocide, which [the Court] highlighted in 1996, means therefore that a State party to the Convention must discharge this obligation even outside its sphere of territorial sovereignty, when it exercises — whether legally or illegally — effective control over a territory outside its borders by assuming prerogatives of public authority in that territory.” (*Ibid.*, p. 20, para. 12.)

The Respondent did not challenge this approach. On its part it was said that “[p]reventive measures would be legislation directed against genocide” (CR 2006/20, p. 21, para. 343). And that,

“the Genocide Convention can only apply when the State concerned has territorial jurisdiction or control in the areas in which the breaches of the Convention are alleged to have occurred” (CR 2006/16, p. 15, para. 20).

Accordingly, there was no dispute between the Parties about the interpretation of the duty to prevent. However, the Court has chosen to come up with an initiative on the subject stating that “the duty to prevent places States under positive obligations, to do their best to ensure that such acts do not occur” (Judgment, para. 432) and adding that,

“a State may be found to have violated its obligation to prevent even though it had no certainty, at the time when it should have acted, but failed to do so, that genocide was about to be committed or was under way; . . . it is enough that the State was aware, or should normally have been aware, of the serious danger that acts of genocide would be committed” (Judgment, para. 432).

The Court thus equates the notion of “due diligence” with the duty to prevent under the Genocide Convention and applies it to the international arena where various States having varying capacities “to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing,

Il est vrai cependant qu'aucune frontière précise ne saurait être établie entre prévention et répression. En effet, d'une part, un appareil répressif bien organisé et en mesure d'infliger des sanctions appropriées par rapport à la gravité du crime joue — on le sait bien — un rôle préventif très important; et, d'autre part, une prévention efficace requiert la répression d'éventuels actes préparatoires du génocide (comme l'entente en vue de commettre le génocide ou la tentative de génocide), ou encore d'actes constitutifs de l'incitation à commettre le génocide. Autrement dit, la punition de la plupart des actes dits «ancillaires» qu'identifie l'article III de la Convention ... joue un rôle certain en matière préventive, sans évidemment épuiser le champ des mesures de prévention.» (CR 2006/11, p. 16, par. 1-2.)

«L'absence de limitations territoriales de l'obligation de prévenir et réprimer le crime de génocide, que [la Cour a] mise en évidence en 1996, signifie donc qu'un Etat partie à la Convention doit s'acquitter de cette obligation même en dehors de sa sphère de souveraineté territoriale quand il exerce — que ce soit légalement ou illégalement — un contrôle effectif sur un territoire extérieur à ses frontières en y assumant des prérogatives de la puissance publique.» (*Ibid.*, p. 20, par. 12.)

Le défendeur n'a pas contesté cette approche. Pour sa part, il a indiqué que «[l]es mesures de prévention seraient les actes législatifs incriminant le génocide» (CR 2006/20, p. 21, par. 343) et que

«la convention sur le génocide ne peut s'appliquer que lorsque l'Etat concerné exerce une compétence territoriale dans les régions où les violations de la Convention se seraient produites» (CR 2006/16, p. 15, par. 20).

Les Parties n'étaient donc pas divisées sur l'interprétation de l'obligation de prévention. Pourtant, la Cour a choisi de se prononcer sur le sujet en déclarant que «le devoir de prévention met à la charge des Etats des obligations positives — faire de leur mieux pour que ces actes ne se produisent pas» (arrêt, par. 432), avant d'ajouter que

«un Etat peut être considéré comme ayant violé son obligation de prévention même s'il n'avait pas acquis la certitude, au moment où il aurait dû agir mais s'en est abstenu, qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis: il suffit ... qu'il ait eu connaissance, ou eût dû normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'actes de génocide» (arrêt, par. 432).

La Cour assimile ainsi la notion de «due diligence» à l'obligation de prévention dictée par la convention sur le génocide et l'applique à la scène internationale, dans laquelle des Etats différents ayant des capacités différentes «à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de

genocide” (Judgment, para. 430), each within its capacity “to influence” must do their best to ensure that acts of genocide do not occur.

This may be seen as a commendable appeal to the nations of the world to do all they can to prevent genocide but it is not a proper interpretation of the Convention according to customary international law, as reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The content which the Court provides for the obligation to prevent (rather than interpreting it) represents a political statement which is clearly outside the specific scope of the Genocide Convention.

What the Court should have said on the subject is, in my opinion, the following: a State fails its duty to prevent under the Genocide Convention if genocide is committed within the territory where it exercises its jurisdiction or which is under its control. Even if the perpetrators are not its organs or persons capable of engaging its responsibility under customary international law, the failure is still there. Even if the State in question takes the exhaustive measures required by the Convention, such as enactment of relevant legislation, should genocide occur within the territory under its jurisdiction or control, it still fails its duty to prevent. The duty to prevent is a duty of result and not one of conduct.

Instead the Court has introduced a politically appealing, but legally vague, indeed, hardly measurable at all in legal terms, concept of a duty to prevent with the essential element of control being replaced with a highly subjective notion of influence. I do not think that the Court’s interpretation of the duty to prevent as a duty of conduct and not one of result (Judgment, para. 430), which is a logical element of the above-mentioned concept, is a service to the cause of preventing genocide.

Consequently, I could not support the conclusion of the Court as contained in paragraph 5 of the operative clause. In addition, my negative vote on this paragraph also reflects my position, as outlined above, that it has not been sufficiently established that the massacre in Srebrenica can be qualified as genocide.

For the latter reason, I could not support the finding of the Court contained in paragraph 7 of the operative clause as to the Respondent’s non-compliance with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993. However, I hold the view that the authorities of the Federal Republic of Yugoslavia did not act on these Orders as they should have. Should they have done so, this could have had an effect of averting many of the atrocities other than genocide. The fact that these atrocities occurred in Bosnia and Herzegovina during the relevant period has not been denied by the Respondent.

I supported the finding contained in paragraph 6 since the Respondent

commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide» (arrêt, par. 430) doivent, chacun dans la mesure de sa capacité «à influencer», faire de leur mieux pour faire en sorte que des actes de génocide n'aient pas lieu.

L'on peut certes voir là un appel louable aux nations du monde afin qu'elles fassent tout leur possible pour prévenir le génocide, mais il ne s'agit pas de la juste interprétation de la Convention en vertu du droit international coutumier, tel qu'il est exprimé aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Le contenu que la Cour donne à l'obligation de prévenir (au lieu de l'interpréter) représente une déclaration d'ordre politique qui excède manifestement le cadre spécifique de la convention sur le génocide.

Voici ce que la Cour aurait selon moi dû déclarer sur le sujet : un Etat manque à son obligation de prévention au regard de la convention sur le génocide dès lors qu'un génocide est commis sur le territoire à l'égard duquel il exerce sa juridiction ou qui se trouve sous son contrôle. Même si les auteurs du crime ne font pas partie de ses organes ou des personnes susceptibles d'engager sa responsabilité en vertu du droit international coutumier, ce manquement demeure. Même s'il prend les mesures exhaustives qui sont requises par la Convention, comme les mesures législatives pertinentes, l'Etat en question manque toujours à son obligation de prévention si un génocide a lieu sur le territoire qui relève de sa juridiction ou de son contrôle. Le devoir de prévention constitue une obligation de résultat, non de comportement.

Au lieu de cela, la Cour a introduit une conception de l'obligation de prévention qui est certes séduisante du point de vue politique, mais vague sur le plan juridique, et même difficile à apprécier en droit, le facteur essentiel du contrôle étant remplacé par une notion fort subjective d'influence. Je ne pense pas que, en interprétant l'obligation de prévention comme une obligation de comportement et non de résultat (arrêt, par. 430), ce qui constitue un élément logique de la conception exposée ci-dessus, la Cour ait servi la cause de la prévention du génocide.

Dès lors, je n'ai pu m'associer à la conclusion de la Cour figurant au paragraphe 5 du dispositif. En outre, mon vote négatif sur ce paragraphe reflète également ma position, que j'ai exposée plus haut, à savoir qu'il n'a pas été suffisamment établi que le massacre de Srebrenica pouvait être qualifié de génocide.

Pour cette dernière raison, je n'ai pu souscrire à la conclusion formulée par la Cour au paragraphe 7 du dispositif quant au non-respect, par le défendeur, des mesures conservatoires qu'elle avait indiquées le 8 avril et le 13 septembre 1993. J'estime tout de même que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie n'ont pas donné la suite qui convenait à ces ordonnances. Si elles l'avaient fait, il aurait peut-être été possible d'éviter ainsi un grand nombre des atrocités qui ne relèvent pas du génocide. Le défendeur n'a pas nié que ces atrocités avaient eu lieu en Bosnie-Herzégovine pendant la période pertinente.

J'ai adhéré à la conclusion contenue au paragraphe 6 puisque le défen-

has failed to provide the Court with a clear-cut statement that it has done all in its power to apprehend and transfer Ratko Mladić, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the ICTY.

I agree with the Court's decision in paragraph 8 of the operative clause as to the Respondent's obligation to co-operate with that Tribunal in respect of individuals accused of genocide or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention.

*(Signed)* Leonid SKOTNIKOV.

---

deur n'a pas indiqué clairement à la Cour qu'il avait fait tout ce qui était en son pouvoir en vue d'arrêter et de transférer Ratko Mladić, accusé de génocide et de complicité de génocide, au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie afin qu'il y soit jugé.

J'approuve la décision formulée par la Cour au paragraphe 8 du dispositif quant à l'obligation du défendeur de coopérer avec ce tribunal concernant les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes proscrits par l'article III de la Convention.

*(Signé)* Leonid SKOTNIKOV.

---