

**DISCOURS PRONONCÉ PAR S. EXC. MME ROSALYN HIGGINS,
PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE**

**A L'OCCASION DE LA CINQUANTE-NEUVIÈME SESSION DE LA COMMISSION
DU DROIT INTERNATIONAL**

Le 10 juillet 2007

Monsieur le président,

Mesdames et Messieurs,

Chers amis et confrères,

C'est avec un réel plaisir que je prends la parole devant la Commission du droit international à l'occasion de sa cinquante-neuvième session. J'adresse mes félicitations aux membres qui ont été élus à la Commission à la fin de l'an dernier ainsi qu'aux nouveaux membres du bureau, en particulier le président, M. Ian Brownlie.

Depuis maintenant dix ans, la Commission du droit international invite le président de la Cour internationale de Justice à se rendre à Genève pour prendre la parole devant elle et procéder à un échange de vues avec ses membres. La Cour apprécie beaucoup ces échanges entre nos deux institutions et je suis heureuse de me retrouver parmi vous une deuxième fois.

Je vais vous parler aujourd'hui des décisions rendues par la Cour au cours de l'année écoulée et, comme l'an dernier, j'appellerai spécialement votre attention sur les aspects qui présentent une pertinence particulière pour les travaux de la CDI.

Depuis le début de l'année, la Cour a rendu trois décisions : une ordonnance relative à des mesures conservatoires, un arrêt sur le fond (touchant aussi à certaines questions de compétence) et un arrêt sur des exceptions préliminaires. Ces trois affaires concernaient des Etats d'Amérique latine, d'Europe et d'Afrique et portaient sur des sujets allant de questions d'environnement au génocide et à la protection diplomatique des actionnaires. S'il nous fallait une preuve du très grand intérêt que présentent pour la Cour les thèmes traités par la CDI, nous la trouverions dans le fait que, dans chacune de ces affaires, les travaux de la Commission ont été invoqués par les parties — et soigneusement examinés par la Cour.

Je commencerai par la demande en indication de mesures conservatoires présentée dans l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*. Vous vous rappellerez sans doute que, peu avant que je m'adresse à vous l'an dernier, la Cour avait rendu son ordonnance sur les mesures conservatoires sollicitées dans cette affaire. A l'époque, l'Argentine avait introduit une instance contre l'Uruguay, alléguant que cet Etat avait violé le statut du fleuve Uruguay de 1975 en ne respectant pas les procédures prévues par le statut lorsqu'il avait autorisé la construction de deux usines de pâte à papier, dont l'installation et la mise en service porteraient atteinte à l'environnement. Dans son ordonnance du 13 juillet 2006, la Cour avait conclu que les circonstances de l'affaire, telles qu'elles se présentaient alors à elle, n'étaient pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut.

Cette fois-ci, c'est l'Uruguay qui a demandé à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires — c'était la première fois en soixante et un ans qu'un *défendeur* priait la Cour d'indiquer ce type de mesures. L'Uruguay soutenait que, depuis le 20 novembre 2006, des groupes organisés de citoyens argentins barraient l'accès à des ponts conduisant à son territoire, ce qui lui causait un préjudice économique considérable, et que l'Argentine n'avait pris aucune mesure pour faire lever les barrages. Il priait la Cour d'ordonner à l'Argentine de prendre «toutes les mesures raisonnables et appropriées ... pour prévenir ou faire cesser l'interruption de la circulation entre [leurs territoires respectifs], notamment le blocage de ponts et de routes entre les deux Etats», de «s'abst[enir] de toute mesure susceptible d'aggraver ou d'étendre le présent différend ou d'en rendre le règlement plus difficile», et enfin de s'abstenir «de toute autre mesure susceptible de porter atteinte aux droits de l'Uruguay ... en cause devant la Cour». A l'époque, le propriétaire de l'une des deux usines en projet avait décidé de déplacer ses installations en dehors de la zone du fleuve Uruguay.

En ce qui concerne la première mesure conservatoire demandée, la Cour a constaté que, nonobstant les barrages, la construction de l'usine de pâte à papier Botnia avait sensiblement progressé depuis l'été 2006 et que les travaux se poursuivaient. Elle n'a pas été convaincue que les barrages satisfaisaient au critère de l'indication de mesures conservatoires, à savoir l'existence d'un risque imminent de préjudice irréparable pour les droits de l'Uruguay qui étaient en cause devant elle.

S'agissant des deux autres mesures conservatoires demandées par l'Uruguay, la Cour a rappelé que, si elle avait certes indiqué dans plusieurs affaires antérieures des mesures conservatoires ordonnant aux parties de ne pas aggraver le différend, elle ne l'avait jamais fait qu'accessoirement à d'autres mesures conservatoires. La Cour s'est donc bornée à renouveler l'appel aux Parties qu'elle avait formulé dans sa précédente ordonnance pour les exhorter à «s'acquitter des obligations qui sont les leurs en vertu du droit international», à «mettre en œuvre de bonne foi les procédures de consultation et de coopération prévues par le statut de 1975», et à «s'abstenir de tout acte qui risquerait de rendre plus difficile le règlement du présent différend».

Au cours de la procédure, l'Uruguay a affirmé que les barrages mis en place par des citoyens argentins ne pouvaient pas se justifier en tant que contre-mesures répondant aux violations alléguées du statut de 1975. Se référant aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, le conseil de l'Uruguay a soutenu que le différend entrait parfaitement dans les prévisions du paragraphe 3 de l'article 52, dont le commentaire précise : «Lorsqu'une procédure de règlement par tierce partie existe et a été invoquée par l'une ou l'autre partie au différend, les mesures ordonnées dans le cadre de cette procédure, par exemple des mesures conservatoires, doivent se substituer autant que possible aux contre-mesures.»¹ Du point de vue de l'Uruguay, si les contre-mesures ne se justifiaient pas lorsque la partie responsable se conformait à une ordonnance en indication de mesures conservatoires, elles ne pouvaient à fortiori se justifier lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires avait été rejetée par la Cour et que la partie responsable (l'Uruguay) participait de bonne foi à une procédure de règlement du différend. Quoi qu'il en soit, l'Argentine ne prétendait pas avoir pris des contre-mesures, et la Cour n'a pas eu à régler cette question.

*

Un mois après cette ordonnance *Argentine c. Uruguay*, la Cour a rendu son arrêt dans la première affaire dans laquelle un Etat avait porté devant elle des accusations de génocide contre un autre : il s'agit de l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. Pleinement consciente

¹ J. Crawford (dir. publ.), *The ILC's Articles on State Responsibility*, Cambridge 2002, p. 298 [version française : *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2)]. Voir également le CR 2006/54, p. 53 (Boyle).

des responsabilités qui étaient les siennes, la Cour a, comme de coutume, méticuleusement appliqué le droit à chacune des questions qui lui étaient soumises.

Je ne puis exposer ici toutes les conclusions de fait et de droit que la Cour a formulées dans son arrêt de cent soixante et onze pages, ni même vous les résumer. Je m'attacherai donc seulement aux aspects de l'affaire qui me semblent présenter un intérêt particulier, notamment aux parties du raisonnement qui intéressent directement les travaux de la CDI.

Comme vous le savez, il s'agissait d'une affaire dans laquelle les faits étaient particulièrement abondants et complexes : les audiences ont duré deux mois et demi, des témoins ont été interrogés et contre-interrogés et des milliers de pages de preuves documentaires produites. Dans une bonne partie de son arrêt, la Cour a analysé ces preuves et a rendu des conclusions détaillées sur la matérialité des atrocités alléguées et, si celles-ci étaient établies, sur l'existence chez leurs auteurs de l'intention spécifique de détruire en tout ou en partie le groupe protégé, que la Cour a défini comme constitué des Musulmans de Bosnie. Etant donné la gravité exceptionnelle du crime de génocide, la Cour a exigé que les allégations formulées soient prouvées par des éléments «ayant pleine force probante». Nous avons nous-mêmes établi les faits sur la base des preuves qui nous étaient soumises, mais nous avons également trouvé une aide précieuse dans les constatations de fait que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait formulées en jugeant des individus accusés de génocide. La Cour a estimé que les méthodes de travail du TPIY étaient rigoureuses et transparentes, ce qui lui a permis de tenir les conclusions de fait du Tribunal pour «hautement convaincantes».

La Cour a passé minutieusement en revue chaque élément de la définition du génocide figurant à l'article II de la Convention. En ce qui concerne la définition du groupe protégé, elle a adopté la même position que la CDI dans son commentaire des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à savoir que l'intention doit être de détruire «au moins une partie substantielle du groupe en question»². Au sujet de la question de savoir si la destruction délibérée du patrimoine historique, culturel et religieux du groupe protégé pouvait constituer «une soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner

² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, par. 198.

sa destruction physique», la Cour a estimé, comme la CDI dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session, que les travaux préparatoires de la convention sur le génocide indiquaient clairement que la définition du génocide ne s'appliquait qu'à la destruction physique ou biologique du groupe³. En conséquence, la Cour a conclu que les attaques contre les biens culturels et religieux des Musulmans de Bosnie ne pouvaient pas être considérées comme un acte de génocide au sens de l'article II de la Convention.

Le demandeur a argué que l'intention spécifique pouvait se déduire de l'existence d'un ensemble d'atrocités constituant un schéma. La Cour n'a pu retenir cet argument, jugeant que l'intention spécifique devait être établie en référence à des circonstances précises : une ligne de conduite ne pouvait être admise en tant que preuve d'une telle intention que si le génocide constituait la *seule* explication possible de la conduite en question.

La Cour a consacré quarante-cinq pages à ses conclusions de fait sur diverses atrocités et, même si sa compétence était limitée au génocide, il était clair qu'elle y voyait des crimes contre l'humanité. Bien souvent, les victimes de ces actes étaient des Musulmans de Bosnie. Toutefois, à une exception près, les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir que ces actes terribles s'accompagnaient de l'intention spécifique de détruire le groupe. L'exception est le cas de Srebrenica, dans lequel la Cour a conclu que les preuves produites permettaient de conclure que des meurtres et des actes à l'origine de graves atteintes à l'intégrité physique ou mentale avaient été commis à l'encontre des Musulmans de Bosnie en juillet 1995. Ces actes avaient été orchestrés par l'état-major principal de la VRS (l'armée de la Republika Srpska) qui était animé de l'intention spécifique requise pour qu'il y ait génocide. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence du TPIY — du moins dans son état actuel.

Ayant conclu qu'un génocide avait été commis à Srebrenica, la Cour avait ensuite à déterminer si le défendeur était juridiquement responsable des actes de la VRS. Cette question comporte deux aspects que la Cour a examinés successivement. Il lui fallait tout d'abord se demander si les actes commis à Srebrenica l'avaient été par des organes du défendeur, c'est-à-dire par des personnes ou entités dont le comportement était nécessairement attribuable à celui-ci, parce

³ *Ibid.*, par. 344.

qu'elles étaient les instruments mêmes de son action. En cas de réponse négative à la question précédente, il lui fallait ensuite se demander si les actes en cause avaient été commis par des personnes qui, bien que ne constituant pas des organes du défendeur, avaient agi cependant sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de ce dernier. Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat étaient au cœur du raisonnement de la Cour.

Quant à la question de l'attribution au défendeur à raison du comportement de ses organes, la Cour a noté que la règle à appliquer, qui relevait du droit international coutumier, était énoncée à l'article 4 de la CDI. L'application de cette règle au cas d'espèce l'a conduite à se demander si les actes constitutifs de génocide commis à Srebrenica l'avaient été par des «personnes ou entités» ayant le caractère d'organes de la République fédérale de Yougoslavie (nom du défendeur à l'époque des faits) en vertu du droit interne de cet Etat, tel qu'il était alors en vigueur. Il existait certes de nombreuses preuves d'une participation, directe ou indirecte, de l'armée officielle de la RFY, conjointement avec les forces armées des Serbes de Bosnie, à des opérations militaires en Bosnie-Herzégovine au cours des années précédant les événements de Srebrenica, mais la Cour a conclu qu'il ne lui avait pas été démontré que l'armée de la RFY ait participé aux massacres de Srebrenica, ni que les dirigeants politiques de cet Etat aient participé à la préparation, à la planification ou, à quelque titre que ce soit, à l'exécution de ces massacres. De plus, ni la Republika Srpska ni la VRS ne constituaient des organes *de jure* de la RFY, aucune des deux n'ayant le statut d'organe de l'Etat selon le droit interne de cette dernière. Il ne faisait aucun doute que la RFY avait fourni un soutien considérable à la Republika Srpska, et que le versement de soldes et autres prestations à certains officiers de la VRS avait constitué l'une des formes de ce soutien, mais la Cour a considéré que cela ne faisait pas automatiquement d'eux des organes de la RFY.

La question s'est également posée de savoir si le défendeur pouvait être tenu pour responsable des actes commis par les miliciens paramilitaires dits les «Scorpions» dans la région de Srebrenica. Au vu des éléments dont elle disposait, la Cour n'a pas été en mesure de conclure que les «Scorpions» — présentés comme une «unité ... du ministère serbe de l'intérieur» dans ces documents — étaient, à la mi-1995, des organes *de jure* du défendeur. La Cour a relevé aussi qu'en tout état de cause, les actes d'un organe mis par un Etat à la disposition d'une autre autorité

publique ne pouvaient être considérés comme des actes de l'Etat en question si cet organe agissait pour le compte de l'autorité publique à la disposition de laquelle il se trouvait (conclusion qui n'est pas sans rappeler le libellé de l'article 6 de la CDI).

Le demandeur a avancé un argument qui a imposé à la Cour d'aller au-delà de l'article 4 de la CDI. Il a soutenu que la Republika Srpska, la VRS et les «Scorpions» devaient être considérés, en dépit de leur statut apparent, comme ayant été des «organes de fait» de la RFY à l'époque considérée, de telle sorte que l'ensemble de leurs actes concernant Srebrenica devaient être regardés comme attribuables à la RFY, tout comme s'il s'était agi d'organes de cet Etat selon le droit interne de celui-ci. La Cour avait en fait examiné cette question dans son arrêt de 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, dans lequel elle avait jugé qu'une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque pouvait être assimilé — aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale — à un organe de l'Etat même si une telle qualification ne résultait pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agissait en fait sous la «totale dépendance» de l'Etat, dont il n'était, en somme, qu'un simple instrument. Dans l'affaire *Bosnie*, la Cour a conclu que, certes, au cours des années précédentes, les liens politiques, militaires et logistiques entre les autorités fédérales de Belgrade et celles de Pale, et entre l'armée yougoslave et la VRS, avaient été puissants et étroits, mais qu'ils n'étaient pas tels, en tout cas à la période considérée, que les structures politiques et militaires des Serbes de Bosnie fussent être assimilées à des organes de la RFY. Il était apparu à l'époque des divergences quant à des choix stratégiques qui témoignaient d'une relative, mais réelle, marge d'autonomie de la part des dirigeants serbes de Bosnie⁴.

La Cour a donc conclu que les actes de génocide commis à Srebrenica ne pouvaient être attribués au défendeur comme étant le fait de ses organes ou de personnes ou entités totalement dépendantes de lui.

La Cour a ensuite été amenée à examiner la seconde question, concernant l'attribution du génocide de Srebrenica au défendeur à raison de ses instructions ou de son contrôle. Sur ce sujet, la règle applicable, qui relevait elle aussi du droit coutumier, était exposée à l'article 8 de la CDI

⁴ *Ibid.*, par. 394.

sur la responsabilité de l'Etat : «Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat.»

Cette disposition devait se comprendre à la lumière de la jurisprudence de la Cour sur ce point, et en particulier de l'arrêt *Nicaragua* de 1986, établissant le critère qui impose de démontrer qu'un «contrôle effectif» était exercé par l'Etat, ou que des instructions avaient été données par celui-ci à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas de manière générale, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis ces violations. Le demandeur a contesté le bien-fondé de l'application de ce critère en l'espèce, en attirant notamment l'attention sur l'arrêt rendu en 1999 par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadic*. Vous n'êtes pas sans savoir que, dans cette affaire, la Chambre d'appel avait écarté l'application du critère adopté dans l'affaire *Nicaragua*, considérant que la responsabilité internationale de la RFY pouvait être engagée à raison des actes commis par les Serbes de Bosnie sur le fondement du «contrôle global» exercé par elle sur la Republika Srpska et la VRS, sans qu'il soit nécessaire de prouver que chaque opération au cours de laquelle avaient été commis des actes contraires au droit international avait été menée sur les instructions ou sous le contrôle effectif de la RFY.

Permettez-moi de laisser un instant de côté les détails du droit de la responsabilité des Etats pour examiner un sujet auquel la Commission du droit international s'est récemment intéressée : la fragmentation du droit international. Le groupe d'étude, présidé par le professeur Koskenniemi, a terminé ses travaux à la dernière session et, dans la version définitive de son rapport, il a cité le contraste existant entre l'affaire *Nicaragua* et l'affaire *Tadic* comme exemple d'un «conflit normatif opposant une interprétation plus ancienne et une interprétation plus récente d'une règle de droit international général»⁵. Selon ce rapport, de tels conflits engendrent deux types de problèmes. Tout d'abord, ils réduisent la sécurité juridique, les sujets de droit n'étant plus en mesure de prévoir la façon dont des institutions officielles accueilleront leur comportement et

⁵ Nations Unies, doc. A/CN.4/L.682, p. 33.

d'organiser leur activité en conséquence. En second lieu, les sujets de droit se trouvent placés dans une position inégale les uns par rapport aux autres⁶.

La manière dont la Cour a traité dans son arrêt la question *Nicaragua-Tadic* dissipera peut-être les inquiétudes de ceux qui y voient un conflit normatif entre la CIJ et le TPIY. La Cour a examiné avec soin et respect le raisonnement de la Chambre d'appel, mais a en dernière analyse décidé d'appliquer le critère qu'elle avait adopté dans l'affaire *Nicaragua*. Elle a exposé son raisonnement de manière méticuleuse. Elle a tout d'abord fait observer que le TPIY n'était pas appelé dans l'affaire *Tadic*, et n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des Etats, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus. Le Tribunal a donc, dans l'arrêt *Tadic*, abordé une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction.

Deuxièmement, dans la mesure où le critère du «contrôle global» sert à déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international — seule question à laquelle la Chambre d'appel avait à répondre —, il peut parfaitement être pertinent et adéquat : la CIJ n'a pas jugé opportun de prendre parti sur ce point en l'affaire *Bosnie*, puisqu'elle n'était pas saisie de la question.

Troisièmement, la Cour a fait observer qu'aucune nécessité logique ne conduisait à adopter forcément le même critère pour résoudre les deux questions, qui étaient d'une nature très différente : le degré et la nature de l'implication d'un Etat dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre Etat qui sont exigés pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet Etat soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause.

Enfin, la Cour a fait remarquer que le critère du «contrôle global» présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir que l'Etat n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à un titre quelconque, agissent en

⁶ *Ibid.*

son nom. A cet égard, le critère du «contrôle global» est inadapté, car il distend trop le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'Etat et la responsabilité internationale de ce dernier.

Tout en décidant de s'en tenir à sa jurisprudence sur le critère du «contrôle effectif» — conforme également à la position exposée par la CDI dans son commentaire⁷ de l'article 8 —, la Cour a souligné qu'elle attachait la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques auxquelles procédait le TPIY afin de statuer sur la responsabilité pénale des accusés qui lui étaient déférés et qu'elle a tenu le plus grand compte des jugements et arrêts du TPIY se rapportant aux événements formant la trame du différend.

Pour en revenir aux conclusions sur la responsabilité, la Cour a jugé que l'existence d'instructions émanant des autorités fédérales de Belgrade, ou de tout autre organe de la RFY, tendant à ce que les massacres soient commis, n'avait pas été suffisamment prouvée et qu'il était encore moins établi que de telles instructions eussent été données avec l'intention spécifique caractérisant le génocide. Certains des éléments de preuve sur lesquels s'est appuyé le demandeur concernaient l'influence, plutôt que le contrôle effectif, que le président Milošević avait ou non exercée sur les autorités de Pale. Ces éléments ne fournissaient pas une base factuelle suffisante pour engager la responsabilité du défendeur à raison de ses instructions ou de son contrôle.

La Cour a ensuite examiné la question de la responsabilité du défendeur au titre des actes connexes énumérés à l'article III de la convention sur le génocide, y compris la complicité. Elle s'est référée à l'article 16 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, qui consacre une règle coutumière et est ainsi conçu :

«L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat.»

Bien que cette disposition vise une situation caractérisée par une relation entre deux Etats, situation qui n'était pas celle de l'espèce, la Cour a néanmoins estimé qu'elle n'était pas sans intérêt. La

⁷ Commission du droit international, 2001. Rapport de la Commission du droit international. Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10*, Nations Unies, doc. A/56/10, p. 109.

Cour n'a pas vu de raison d'établir une différence substantielle entre la «complicité dans le génocide» au sens du *litt. e)* de l'article III de la Convention et l'«aide ou assistance» d'un Etat au sens de l'article 16 des articles de la CDI. En d'autres termes, pour déterminer si le défendeur était responsable de «complicité dans le génocide», la Cour devait rechercher si des organes de l'Etat défendeur, ou des personnes agissant selon ses instructions ou directives ou sous son contrôle effectif, avaient prêté «aide ou assistance» à la commission du génocide de Srebrenica. Elle a jugé qu'il était établi que l'aide considérable fournie par le défendeur sur les plans politique, militaire et financier à la Republika Srpska et à la VRS, commencée bien avant les tragiques événements de Srebrenica, s'était poursuivie pendant ces événements. Mais une condition essentielle pour conclure à la complicité faisait défaut : la Cour a estimé qu'il n'avait pas été établi de manière concluante que les autorités de l'Etat défendeur, lorsqu'elles prêtaient cette assistance, avaient pleinement conscience que la VRS était animée de l'intention spécifique caractérisant le génocide.

La Cour a ensuite examiné l'obligation de prévenir le génocide énoncée à l'article premier de la convention sur le génocide. Elle a conclu que le défendeur aurait pu, et aurait dû, prendre des mesures pour prévenir le génocide, mais qu'il ne l'avait pas fait. Le défendeur n'a rien fait pour prévenir les massacres de Srebrenica, en dépit des liens politiques, militaires et financiers qui existaient entre, d'une part, ses autorités et, de l'autre, la Republika Srpska et la VRS. Il a en conséquence violé l'obligation de prévenir le génocide inscrite dans la convention sur le génocide. A cet égard, la Cour a établi une distinction nette en droit entre complicité dans le génocide et violation de l'obligation de prévenir le génocide. Elle a considéré qu'il avait été prouvé de façon concluante que les dirigeants de la RFY, et au premier chef le président Milošević, *n'ignoraient rien*, en effet, du climat particulièrement haineux qui régnait entre les Serbes de Bosnie et les Musulmans dans la région de Srebrenica, et savaient que des massacres risquaient d'avoir lieu. Peut-être n'avaient-ils pas connaissance de l'intention spécifique de commettre un génocide mais il devait être clair qu'il existait un *sérieux risque de génocide* à Srebrenica. De plus, la question, en droit, n'était pas de savoir si, dans l'hypothèse où le défendeur se serait servi des liens puissants qu'il avait avec la Republika Srpska et la VRS, le génocide aurait pu être empêché. La Cour s'est référée à une règle générale du droit de la responsabilité internationale des Etats, énoncée au paragraphe 3 de l'article 14 des articles de la CDI, selon laquelle

«La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.»

Cela ne signifie évidemment pas que l'obligation de prévenir le génocide ne prendrait naissance qu'au moment où le génocide commence à être perpétré, ce qui serait absurde, puisqu'une telle obligation a précisément pour objet d'empêcher, ou de tenter d'empêcher, la survenance d'un tel acte. L'obligation de prévention et le devoir d'agir qui en est le corollaire prennent naissance, pour un Etat, au moment où celui-ci a connaissance, ou devrait normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide, qu'il devrait contribuer à prévenir. Mais si le génocide n'est finalement pas mis à exécution, la responsabilité de l'Etat qui se sera abstenu d'agir alors qu'il l'aurait pu ne pourra pas être recherchée à posteriori, puisque n'est pas survenu l'événement en l'absence duquel la violation de l'obligation de prévention n'est pas constituée.

La dernière obligation examinée par la Cour était celle de réprimer le génocide. La Cour a jugé que le défendeur avait violé son obligation de punir les auteurs du génocide, notamment parce qu'il avait manqué à son obligation de pleine coopération avec le TPIY en ne transférant pas à ce dernier le général Ratko Mladić pour y être jugé.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Bosnie*, la Cour ne s'est pas contentée de statuer sur les demandes dont elle était saisie, elle s'est également attachée systématiquement à préciser et expliquer chacun des éléments de la convention, considérant que ce travail est également nécessaire à la clarté et à la compréhension de cet instrument. J'ajouterai que nous attribuons une extrême importance, pour l'avenir, à ce que nous avons dit sur les fondements de la responsabilité des Etats pour crime de génocide, sur les circonstances précises dans lesquelles un Etat peut avoir l'obligation de prévenir le génocide, ainsi que sur la portée de cette obligation.

*

La Cour a rendu, il y a six semaines, un arrêt sur des exceptions préliminaires soulevées en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, qui opposait la Guinée et la République démocratique du Congo au sujet de la protection diplomatique de ressortissants résidant à l'étranger — une affaire qui peut

sembler classique dans le contexte occidental mais qui est à tout le moins inhabituelle entre Etats africains. M. Diallo, citoyen guinéen, a résidé en République démocratique du Congo pendant trente-deux ans et y a fondé deux sociétés : une société d'import/export et une société spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs. Chaque société était une société privée à responsabilité limitée dont M. Diallo était le gérant et, en réalité, l'unique associé. Vers la fin des années quatre-vingt, les deux sociétés entreprirent, par l'intermédiaire de leur gérant, divers recours, y compris judiciaires, pour tenter de recouvrer des créances alléguées dues par l'Etat ainsi que par des sociétés publiques et privées. Le 31 octobre 1995, le premier ministre du Zaïre (nom que portait alors le pays) prit un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo, qui fut renvoyé en Guinée le 31 janvier 1996. Ce renvoi lui fut notifié sous la forme d'un procès-verbal de refoulement pour «séjour irrégulier».

Puisque seuls les Etats peuvent comparaître devant la Cour internationale de Justice, la cause de M. Diallo a été portée devant nous par la Guinée dans l'exercice de la protection diplomatique des droits de M. Diallo. La Cour a rappelé que, selon le droit international coutumier, tel que reflété à l'article premier du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, cette protection

«consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité».

La Cour a en outre fait observer que :

«En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis.»

La RDC avait soulevé deux exceptions préliminaires à la compétence de la Cour : premièrement la Guinée n'avait pas qualité pour agir dans la mesure où les droits dont elle prétendait assurer la protection appartenaient aux deux sociétés congolaises, et non à M. Diallo ; deuxièmement, ni M. Diallo ni lesdites sociétés n'avaient épuisé les voies de recours internes. La Cour a examiné si la Guinée satisfaisait aux conditions imposées par le droit international

coutumier pour l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de trois catégories de droits : les droits individuels de M. Diallo en tant que personne, ses droits propres d'associé des deux sociétés et les droits desdites sociétés, par «substitution».

S'agissant des droits individuels de M. Diallo en tant que personne, la question essentielle concernait son expulsion et le fait de savoir si les voies de recours internes avaient été épuisées. Je note que la CDI, en 2004, a inscrit «l'expulsion des étrangers» au programme de ses travaux et qu'elle examinera au cours de cette session les deuxième et troisième rapports du rapporteur spécial, M. Maurice Kamto. Il est dit dans le troisième rapport que le droit d'expulser n'est pas un droit absolu et doit être exercé conformément aux règles fondamentales du droit international. Il y est également indiqué que l'étude de la pratique conventionnelle et de la jurisprudence nationale et internationale permet de dégager plusieurs principes généraux s'appliquant en matière d'expulsion des étrangers, dont

«le principe de non-discrimination, le principe du respect des droits fondamentaux de la personne expulsée, le principe de l'interdiction de l'expulsion arbitraire, l'obligation d'informer, l'obligation pour l'Etat expulsant de respecter son propre droit ... et la procédure prescrite par le droit en vigueur»⁸.

C'est bien à la lumière de ces principes que la Cour a examiné la question de savoir si les recours internes en l'affaire *Diallo* avaient été épuisés, ou auraient dû l'être, l'expulsion ayant été qualifiée de «refoulement» par le gouvernement au moment de son exécution — le refoulement, en effet, n'est pas susceptible d'appel en droit congolais. La RDC soutenait que les services d'immigration avaient «malencontreusement» employé le terme de «refoulement» au lieu de celui d'«expulsion», erreur qui n'était pas destinée à priver M. Diallo d'un recours. (Puisqu'en droit congolais il peut en revanche fait appel d'une mesure d'expulsion.) La Cour a jugé que la RDC ne pouvait se prévaloir d'une telle erreur pour soutenir que M. Diallo aurait dû considérer la mesure prise à son encontre comme une expulsion. Le deuxième rapport du rapporteur spécial sur l'expulsion des étrangers relève d'ailleurs à ce propos que, «entre les expressions «expulsions», «reconduite à la frontière» et «refoulement», il n'est pas en fait de distinction terminologique»⁹. Peut-être cela est-il fonction des circonstances...

⁸ Nations Unies, doc. A/CN.4/581, par. 27.

⁹ Nations Unies, doc. A/CN.4/573, par. 170.

La RDC soutenait que, quand bien même l'expulsion pouvait être considérée comme un «refoulement», M. Diallo aurait pu demander aux autorités compétentes de reconsidérer leur position, et qu'une telle requête «n'aurait pas été dépourvu[e] de toute chance de succès». Ainsi que l'indique le commentaire de l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique de la CDI, de tels recours administratifs ne peuvent être pris en considération aux fins de la règle d'épuisement des recours internes que s'ils visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur, à moins qu'ils ne constituent une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. Tel n'était pas le cas en l'espèce, et la Cour a considéré que la Guinée pouvait dès lors chercher à protéger les droits individuels de M. Diallo.

En ce qui concerne la seconde catégorie de droits — à savoir les droits propres de M. Diallo en qualité d'associé des deux sociétés congolaises —, la Guinée a renvoyé à l'affaire de la *Barcelona Traction* ainsi qu'à l'article 12 du projet d'articles sur la protection diplomatique de la CDI, lequel prévoit que :

«Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un Etat porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'Etat de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.»

Ayant examiné le droit applicable de la RDC, notamment le décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, la Cour a déclaré que la Guinée avait bien qualité pour agir au regard des droits propres de M. Diallo en tant qu'associé des deux sociétés.

Les sociétés impliquées dans l'affaire *Diallo* présentaient des caractéristiques particulières : il s'agissait de sociétés privées à responsabilité limitée dont le capital était constitué de parts sociales (parts non librement transmissibles) ; M. Diallo était par essence l'unique associé des deux sociétés. Ces particularités n'ont cependant pas eu d'incidence sur la décision de la Cour. Elle a rappelé la déclaration qu'elle avait faite dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle il n'y avait pas lieu «d'examiner les multiples formes que prennent les différentes entités juridiques dans le droit interne»¹⁰, et a relevé que ce qui importait du point de vue du droit international,

¹⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 34, par. 40 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, par. 61.

c'était de déterminer si celles-ci étaient ou non dotées d'une personnalité juridique indépendante de leurs membres. Ainsi que la Cour l'a expliqué :

«L'exercice par un Etat de la protection diplomatique d'une personne physique ou morale de sa nationalité, qui est associé ou actionnaire, vise à mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé à cette personne par un acte internationalement illicite dudit Etat. Il ne s'agit là, en fin de compte, que de la protection diplomatique de la personne physique ou morale telle que définie à l'article premier du projet d'articles de la CDI ; l'acte internationalement illicite revient, dans le cas de l'associé ou de l'actionnaire, à la violation par l'Etat défendeur des droits propres de celui-ci dans sa relation avec la personne morale, droits propres qui sont définis par le droit interne de cet Etat, ainsi que l'admettent d'ailleurs les deux Parties. Ainsi entendue, la protection diplomatique des droits propres des associés d'une S.P.R.L. ou des actionnaires d'une société anonyme ne doit pas être considérée comme une exception au régime juridique général de la protection diplomatique des personnes physiques ou morales, tel qu'il découle du droit international coutumier.»¹¹

En ce qui concerne la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour a déclaré que les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé pourraient avoir été violés du fait de son expulsion. La Cour ayant précédemment déclaré que la RDC n'avait pas prouvé l'existence, en droit congolais, de voies de recours effectives contre le décret d'expulsion, le critère de l'épuisement était bien respecté, et la Guinée avait qualité pour protéger les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé. La question de ses droits en qualité de gérant était plus complexe et la Cour a noté que c'était au stade du fond qu'elle aurait à définir la nature, les limites ainsi que le contenu précis des droits du gérant en droit congolais.

L'aspect le plus compliqué de l'affaire *Diallo* concernait, de loin, la question de savoir si la Guinée pouvait ou non exercer une protection diplomatique à l'égard de M. Diallo «par substitution» aux deux sociétés congolaises. La Guinée a cherché à s'appuyer sur le *dictum* de la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui évoquait la possibilité d'une exception, fondée sur des raisons d'équité, à la règle générale de la protection d'une société par l'Etat national de celle-ci, «lorsque l'Etat dont la responsabilité est en cause est l'Etat national de la société»¹². Durant les quatre décennies qui ont suivi l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir s'il existait bien, en droit international, une

¹¹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, par. 64.

¹² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), C.I.J. Recueil 1970*, p. 48, par. 93 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, par. 82.

exception à la règle générale selon laquelle «le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national», exception qui autoriserait une protection des actionnaires par leur propre Etat national «par substitution», et quelle en serait la portée.

La Guinée a relevé que divers accords internationaux, tels les accords sur la promotion et la protection d'investissements étrangers et la convention de Washington, avaient institué des régimes juridiques spécifiques en matière de protection des investissements, ou encore qu'il était courant d'inclure des dispositions à cet égard dans les contrats conclus directement entre Etats et investisseurs étrangers. La Cour a cependant estimé que cette pratique conventionnelle particulière ne pouvait pas être considérée comme démontrant, de façon certaine, que les règles coutumières de protection diplomatique avaient changé, et qu'elle pouvait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire¹³. La Cour a en outre observé que «le rôle de la protection diplomatique [dans ce contexte s'était] estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants»¹⁴.

En dernière analyse, l'affaire *Diallo* n'est pas une réédition de la *Barcelona Traction*. Ayant examiné avec soin la pratique des Etats ainsi que les décisions des cours et tribunaux internationaux, la Cour a été d'avis qu'elles ne révélaient pas — du moins à l'heure actuelle — l'existence en droit international coutumier d'une exception permettant une protection par substitution telle qu'invoquée par la Guinée.

La Cour a ensuite examiné la question distincte de savoir s'il existait en droit international coutumier une règle de protection par substitution de portée plus limitée, telle que celle formulée par la CDI au paragraphe *b*) de l'article 11 de son projet d'articles sur la protection diplomatique, qui ne trouverait à s'appliquer que lorsque la constitution d'une société dans l'Etat auteur de la violation alléguée du droit international «était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat». Cette affaire très particulière ne semblait cependant pas correspondre à celle qui nous était soumise, puisqu'il n'était pas établi à suffisance que la constitution des deux sociétés de M. Diallo en RDC aurait été exigée de leurs fondateurs

¹³ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, par. 90.

¹⁴ *Ibid.*, par. 88.

pour que ceux-ci puissent opérer dans les secteurs économiques concernés. Partant, la question de savoir si le paragraphe *b*) de l'article 11 du projet de la CDI reflète ou non le droit international coutumier a été délibérément laissée en suspens. La Cour a ainsi déclaré que la requête de la Guinée n'était pas recevable en ce qui concernait la protection de M. Diallo pour les atteintes alléguées aux droits de ses deux sociétés.

*

Ainsi s'achève mon résumé de l'activité judiciaire de la Cour durant l'année écoulée.

En ce qui concerne les affaires pendantes devant la Cour, au terme d'une «année africaine» marquée par l'examen des affaires opposant la RDC et l'Ouganda, la RDC et le Rwanda, ainsi que la Guinée et la RDC, nous voici à présent en pleine «année latino-américaine et asiatique». Nous avons en effet tenu des audiences dans deux affaires impliquant le Nicaragua, toutes deux mises en délibéré : l'une, avec le Honduras, porte sur l'examen au fond de questions de délimitation maritime ; l'autre, avec la Colombie, encore au stade des exceptions préliminaires, concerne des questions de souveraineté territoriale et de délimitation maritime. Par ailleurs, nous entendrons en novembre les plaidoiries sur le fond dans une affaire de souveraineté entre la Malaisie et Singapour.

Trois nouvelles affaires contentieuses ont été portées devant la Cour l'année dernière (l'une d'elles ayant été abandonnée par la suite) ainsi que deux demandes en indication de mesures conservatoires. En avril, le Rwanda a déposé une requête contre la France au sujet d'un différend. Il cherche à fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 5 de l'article 38 de son Règlement, ce qui signifie qu'aucune mesure ne sera prise à cet égard tant que la France n'aura pas accepté la compétence de la Cour en l'espèce. Douze affaires sont par conséquent actuellement inscrites au rôle de la Cour. Nous nous sommes efforcés de maximiser la capacité de traitement de la Cour. Nous nous sommes engagés à suivre un calendrier d'audiences et de délibérés très chargé, plusieurs affaires étant jugées en même temps. Nous tentons de statuer sur les affaires très peu de temps après leur mise en état : une seule affaire inscrite au rôle et en état d'être jugée n'est pas encore programmée, le reste des affaires pendantes étant encore au stade des pièces de procédure écrite.

En termes de planification stratégique, nous essayons d'établir un calendrier de la Cour conjuguant les phases d'exceptions préliminaires et les phases du fond, en gardant toujours à l'esprit que les demandes en indication de mesures conservatoires sont prioritaires en vertu du Statut.

L'ordre du jour de votre Commission est également très chargé. Les sujets que vous examinez revêtent la plus grande pertinence pour la Cour, et nous continuerons à suivre vos travaux avec le plus grand intérêt. Au nom de la Cour, je souhaite plein succès à la Commission dans les travaux de sa cinquante-neuvième session.
