

DÉCLARATION COMMUNE DE MM. LES JUGES SHI
ET KOROMA

[Traduction]

Doutes sérieux concernant l'interprétation « par implication » de la convention contre le génocide selon laquelle un Etat peut être considéré comme ayant directement commis le crime de génocide — La Convention envisage le jugement et le châtement d'individus pour le crime de génocide et non la responsabilité pénale de l'Etat en tant que tel — L'objet de l'interprétation d'un traité est de déterminer le sens de ses dispositions entendu au moment où il a été négocié et conclu — Article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités: un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but — La Convention oblige les Etats parties à s'engager à prévenir la commission d'un génocide et à punir les personnes qui en sont responsables.

Valeur humanitaire intrinsèque de la conclusion de l'arrêt et impératif juridique primordial établi à l'article 1 de la Convention obligeant l'Etat à faire ce qu'il peut, selon ses moyens et le droit, pour essayer, lorsqu'il sait ou devrait savoir qu'il existe un risque grave qu'un génocide soit commis, d'empêcher qu'il le soit — L'obligation de prévention requiert l'identification claire d'une occasion manquée d'agir — Dans ses résolutions adoptées en vertu du chapitre VII, le Conseil de sécurité a clairement averti de l'imminence du risque humanitaire grave posé par toute avance des unités paramilitaires des Serbes de Bosnie sur Srebrenica et ses environs — M. Milošević aurait pu et aurait dû exercer les pressions qu'il était en mesure d'exercer pour essayer d'empêcher le génocide à Srebrenica.

1. Nous doutons plus que sérieusement de l'interprétation donnée dans l'arrêt à la convention contre le génocide, à savoir qu'un Etat peut être considéré comme ayant directement commis le crime de génocide. Cette interprétation est non seulement hautement contestable, mais aussi incompatible avec l'objet et le but de la Convention ainsi qu'avec son libellé et son sens ordinaire. Instrument de droit pénal international, la Convention envisage le jugement et le châtement d'individus pour le crime de génocide. Elle n'impose aucune responsabilité pénale à l'Etat en tant qu'Etat. De fait, elle n'aurait pu le faire lorsqu'elle a été adoptée car à l'époque la notion de crime d'Etat ne faisait pas partie du droit international, et même aujourd'hui le droit international général ne reconnaît pas la responsabilité pénale de l'Etat. Nous ne souscrivons donc pas à cette interprétation large de la Convention qui aboutit à un résultat contraire au sens ordinaire de celle-ci. La Cour a souligné que « [l']interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même » (affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 22, par. 41). Il convient aussi de souligner que le but de l'interprétation d'un traité est de déterminer le sens que les parties

sont réputées avoir eu l'intention de lui donner lorsqu'elles l'ont négocié et conclu, et non de parvenir à un résultat souhaité. C'est pourquoi il n'est pas du pouvoir de la Cour de donner à un traité une interprétation arbitraire et subjective qui va à l'encontre du sens ordinaire de ses termes et de l'intention des parties.

2. Selon les règles d'interprétation énoncées à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Les mêmes règles donnent la primauté à l'intention des parties au moment où le traité a été conclu, et en particulier au sens qu'elles donnaient aux mots et expressions à l'époque. Selon Jennings et Watts:

«Un traité doit être interprété à la lumière des règles générales du droit international en vigueur au moment où il a été conclu — le droit dit intertemporel. Cela découle du principe général selon lequel un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit qui lui est contemporain. De même, les termes d'un traité doivent normalement être interprétés selon la signification qu'ils avaient au moment où le traité a été conclu, et à la lumière des circonstances qui prévalaient alors.

Néanmoins, à certains égards, l'interprétation des dispositions d'un traité ne peut être dissociée de l'évolution du droit postérieur à son adoption. Ainsi, même si lorsqu'il a été conclu un traité n'était pas en conflit avec une règle du *jus cogens*, il sera caduc si ultérieurement apparaît une nouvelle règle du *jus cogens* avec laquelle il est en conflit. De même, les concepts consacrés dans un traité peuvent n'être pas statiques mais évoluer, auquel cas leur «interprétation ne peut pas ne pas être affectée par le développement ultérieur du droit... De plus, un instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble de l'ordre juridique qui prévaut au moment où il est interprété.»

Si dans certaines circonstances ces considérations peuvent neutraliser dans une certaine mesure l'application du droit intertemporel, ce droit n'en continuera pas moins de fournir, même dans de telles circonstances, au moins un point de départ pour aboutir à l'interprétation correcte du traité.» (*Oppenheim's International Law*, vol. I, 1992, p. 1281-1282; notes de bas de page omises.)

3. L'objet et le but de la convention contre le génocide sont de prévenir et de réprimer le crime de génocide et, en tant qu'elle reflète les principes de Nuremberg, la Convention est dirigée contre les individus et non contre l'Etat. La Convention oblige les Etats parties à punir les personnes responsables d'un génocide, et l'article III énumère les infractions punissables en relation avec ce crime. L'article IV prévoit que les personnes ayant commis l'un quelconque des actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. Les responsabilités des Etats parties sont énoncées en des termes différents, et l'article V les oblige à cet égard à prendre les mesures légis-

latives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces contre les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés à l'article III. L'article VI dispose que les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes punissables seront traduites devant les tribunaux nationaux ou internationaux compétents. L'article VII stipule que le génocide n'est pas considéré comme un crime politique et exige des parties qu'elles accordent l'extradition, tandis que l'article VIII dispose :

« Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. »

4. C'est en ce qui concerne ces dispositions spécifiques concernant la législation, l'extradition, et le jugement et le châtement des individus accusés d'avoir commis le crime de génocide qu'un Etat partie peut être considéré comme ayant violé la Convention. Les obligations des Etats parties, conformément à l'objet et au but de la Convention, visent ainsi à prévenir le génocide et à punir *les individus* qui commettent le crime de génocide et il n'y a aucune intention qu'un Etat partie se punisse lui-même pour ce crime. Selon Hersch Lauterpacht :

« La convention pour la prévention et la répression du crime de génocide approuvée par l'Assemblée générale en 1948 dispose que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou de guerre, est un crime au regard du droit international que les parties s'engagent à prévenir et à réprimer, et que les personnes responsables de ce crime seront punies « qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». *La Convention assujettit ainsi des individus à une obligation directe et à la sanction du droit international.* » (*International Law and Human Rights*, 1950, p. 44; les italiques sont de nous; note de bas de page omise.)

Ainsi, l'article I de la Convention doit être interprété à la lumière de l'article VI et la tentative faite dans l'arrêt, afin d'aboutir au résultat énoncé dans celui-ci, pour séparer l'article I de la Convention des articles IV, V, VI, VII et VIII est pour nous juridiquement indéfendable et contraire à l'objet et au but de la Convention, au sens du texte de celle-ci et à l'intention réelle des parties. L'arrêt va à l'encontre de l'intention des parties contractantes lorsqu'il interprète l'article I de la Convention comme impliquant ou signifiant logiquement (paragraphe 166 de l'arrêt) que la Convention impose à l'Etat l'obligation de ne pas commettre de génocide. Si un Etat peut commettre le crime de génocide, force est de considérer qu'il peut aussi commettre d'autres crimes, notamment un meurtre. Mais une telle position n'est ni acceptable ni admise en droit international positif. Comme on l'a déjà dit, l'« interprétation » par impli-

cation ou déduction logique ne peut remplacer la règle primordiale selon laquelle l'intention des parties au moment où le traité a été conclu doit être la considération dominante. De plus, selon nous, si la Convention visait à établir une obligation lourde au point d'entraîner l'attribution d'une responsabilité pénale à l'Etat ou le prononcé d'une peine à son encontre par un tribunal international comme la Cour pour génocide, elle le stipulerait expressément, or elle ne le fait pas. Nous estimons que c'est pour éviter d'attribuer un génocide à l'Etat lui-même que la Convention dispose, en son article IV, que «[l]es personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers», attribuant ainsi la responsabilité du crime aux individus qui le commettent. Un amendement visant à ce que de tels actes commis par des individus agissant au nom de l'Etat soient considérés comme violant la Convention et à ce que les affaires y relatives soient soumises à la Cour internationale de Justice afin qu'elle ordonne la cessation de ces actes et le paiement de réparations aux victimes a été rejeté durant les négociations au motif que le but de la Convention était de réprimer le génocide, et que toute responsabilité autre que pénale n'avait pas sa place dans un tel instrument. La Cour n'a pas de compétence pénale, pas plus qu'elle n'est équipée pour exercer une telle compétence en l'espèce. En d'autres termes, la Convention n'habilite pas la Cour à tenir un procès pénal, ni à imposer à l'Etat l'obligation de verser des dommages-intérêts (punitifs ou autres) ou de prévoir de tels dommages dans sa législation interne. C'est pourquoi une tentative antérieure — comme celle faite dans le présent arrêt — visant à transformer la notion pénale essentiellement individuelle de génocide consacrée dans la Convention en une notion permettant de considérer un Etat comme responsable de la commission d'un génocide a été rejetée durant la négociation de la Convention (voir Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, annexe, doc. A/C.6/236 et corr.1). Une obligation aussi importante, selon nous, aurait été expressément énoncée dans la Convention si telle avait été l'intention des parties contractantes.

* *

5. Nonobstant notre désaccord avec l'interprétation selon laquelle l'article I de la Convention «implique» une obligation à la charge de l'Etat de ne pas commettre de génocide, nous avons voté en faveur des dispositions de l'arrêt concernant la prévention du génocide à Srebrenica en juillet 1995 parce que nous croyons à la valeur intrinsèquement humanitaire de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue et reconnaissons l'impératif juridique primordial établi à l'article I de la Convention, à savoir le devoir de l'Etat de faire ce qu'il peut, selon ses moyens et le droit, pour essayer d'empêcher qu'un génocide soit commis lorsqu'il sait ou devrait savoir qu'il existe un risque grave qu'il le soit. (Voir également *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis*

consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23: «les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel».)

6. Nous pensons que la conclusion à laquelle la Cour aboutit dans son arrêt en ce qui concerne l'obligation de prévention aurait été juridiquement sûre si la Cour l'avait fait reposer sur les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité au lieu des diverses hypothèses avancées dans l'arrêt. Les formulations actuelles n'indiquent pas clairement quelles possibilités le défendeur a eu de prévenir le génocide, alors que le Conseil de sécurité avait en fait très clairement donné l'alarme au sujet de l'imminence du grave danger humanitaire que représentait toute avance des unités paramilitaires des Serbes de Bosnie sur Srebrenica et ses environs. Le fait que la constatation de la violation de l'obligation de prévention exige que soit clairement identifiée une *occasion manquée* d'intervenir a été soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation de l'obligation de protéger le droit de chacun à la vie énoncé au paragraphe 1 de l'article 2 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir *Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, p. 3159). En ce qui concerne les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, nous rappellerons que le Conseil, dans sa résolution 819 (1993) du 16 avril 1993, a noté les mesures conservatoires indiquées par la Cour en 1993, déclarant notamment que la République fédérative de Yougoslavie devait prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la perpétration du crime de génocide. Le Conseil poursuivait en condamnant le «nettoyage ethnique» et se déclarait notamment préoccupé par les «hostilités systématiques» que menaient les unités paramilitaires serbes de Bosnie et qui avaient eu pour «conséquence directe» une «situation humanitaire d'urgence tragique» à Srebrenica. Le Conseil exigeait ensuite, en vertu du chapitre VII, que la zone de «Srebrenica et ses environs» soit traitée comme une zone de sécurité à l'abri de toute attaque armée et que la population assiégée puisse recevoir les secours humanitaires voulus. La décision du Conseil en ce qui concerne «Srebrenica et ses environs», ainsi que sa préoccupation spécifique au sujet des crimes de guerre et de la détérioration de la situation humanitaire à Srebrenica donnent assurément à penser que la direction des Serbes de Bosnie a eu des occasions réelles d'agir pour essayer de prévenir le génocide. La prise de conscience de l'existence d'un risque spécifique aurait pu se produire dès le 2 juillet 1995 (la date du plan visant à réduire «l'enclave de la zone urbaine»), ou le 6 juillet, jour où l'attaque contre les environs de Srebrenica a effectivement commencé. Un risque spécifique existait indéniablement le 12 juillet lorsque Srebrenica était tombée mais que les meurtres collectifs n'avaient pas encore commencé et que le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII, a adopté la résolution 1004 (1995) dans laquelle il exigeait que les forces des Serbes de Bosnie mettent fin à leur offensive et se retirent immédiatement de la zone de sécurité de Srebrenica et que toutes les parties respectent l'accord du 18 avril 1993 (donnant pour l'essentiel effet à la résolution 819 (1993)).

7. M. Milošević, même s'il n'a pas été prouvé qu'il contrôlait effectivement la direction des Serbes de Bosnie, aurait pu et aurait dû exercer les pressions qu'il était en mesure d'exercer, étant donné les directives humanitaires concernant Srebrenica qui étaient au cœur des décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII dans ses résolutions 819 (1993), du 16 avril 1993, et 1004 (1995), du 12 juillet 1995.

(Signé) SHI Jiuyong.

(Signé) Abdul G. KOROMA.
