

L'arrêt de la CIJ du 26 février 2007 ou la délicate intégration de la matière pénale dans le droit international de la responsabilité

Kiara NERI*

I- La fixation du cadre de la responsabilité internationale de l'Etat pour génocide : une entreprise audacieuse ?	7
A- La « dualité » de la responsabilité pour Génocide	7
1- Le caractère pénal du crime de génocide	7
2- La possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour génocide	9
B- La différenciation entre responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite et responsabilité pénale des individus	10
1- L'indépendance des responsabilités	10
2- L'impossible responsabilité pénale de l'Etat	12
II- La mise en œuvre de la responsabilité de la Serbie : un formalisme excessif ?	14
A- L'absence d'engagement de la responsabilité pour génocide	14
1- La qualification de génocide	15
2- L'absence d'imputabilité ou la grande rigidité des critères de la « dépendance totale » et du « contrôle effectif »	17
B- L'engagement de la responsabilité internationale de la Serbie pour ne pas avoir prévenu ni réprimé le crime de génocide	21
1- L'absence de prévention	21
2- La non collaboration avec le TPIY : l'absence de répression	22

* Allocataire-moniteur à l'Université Jean Moulin Lyon III, Centre de droit international. Contribution au colloque du Concours Rousseau, 30 avril et 1er mai 2008

1. En 1993, le 20 mars, la République de Bosnie-Herzégovine a déposé au greffe de la Cour internationale de Justice (ci après CIJ) une requête introductive d'instance contre la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro, ci-après Serbie) alléguant notamment la violation de la convention sur le génocide. Près de 14 ans plus tard, le 26 février 2007, la Cour rend son arrêt dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, confirmant sa décision de compétence prise en 1996 et engageant la responsabilité de la Serbie, celle-ci ne s'étant pas conformé à l'obligation qui était la sienne, en vertu de la Convention, de prévenir le génocide à Srebrenica. De surcroît, la Serbie, du fait de sa non coopération pleine et entière avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci après TPIY), s'est rendue responsable d'une violation supplémentaire de la Convention. Néanmoins, si la Cour qualifie les crimes commis à Srebrenica de génocide, elle refuse d'en attribuer la responsabilité à la Serbie.

2. Nous sommes face à un arrêt historique de la CIJ car « sans précédent »¹ tant les apports juridiques de cet arrêt sont multiples². Toutefois, sans nier l'intérêt considérable de cette multitude, il faudra se concentrer sur ce que nous pouvons considérer comme le cœur de l'affaire, à savoir les relations entre le droit international de la responsabilité et le droit international pénal. La mise en lumière de ces relations va également nous permettre d'observer, telle une toile de fond permanente dans l'arrêt de la Cour les rapports entre le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie et la Cour internationale de justice. En effet ce sont ces juridictions internationales qui sont chargées de la mise en œuvre des domaines juridiques qui s'affrontent ici : le droit de la responsabilité de l'Etat pour la CIJ et le droit international pénal pour le TPIY.

3. La problématique que cette contribution se propose de traiter est donc celle de la responsabilité. Tout l'intérêt de l'arrêt réside en effet dans le caractère pénal de la notion de génocide et les implications pour le droit international de la responsabilité. Entre audace et formalisme juridique, la Cour va tenter d'intégrer cette caractéristique. Si elle rejette avec force l'existence d'une responsabilité pénale de l'Etat, elle va néanmoins entretenir la confusion en ayant recours de manière systématique aux techniques du procès pénal.

4. Le résultat final est un arrêt qui à la fois tient compte de la nature pénale du crime de génocide, mais qui dans un second temps va réaffirmer les principes classiques développés par la Cour dans le cadre de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite et leur applicabilité à l'espèce. Afin de structurer notre réflexion, il s'agit de mettre en lumière le cadre défini par la Cour de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour génocide. La Cour affirme en effet l'existence, sur la base de l'interprétation de l'article 1 de la Convention de 1948 d'une obligation à la charge des Etats de ne pas commettre de génocide. Un Etat est donc susceptible de « commettre un génocide ». La violation de cette obligation, de surcroît présentant un caractère impératif³, peut naturellement constituer le fait générateur de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat. Toutefois, si la Cour plante un décor théorique fort audacieux, l'application qu'elle

¹ DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtement ou mission accomplie ? », *RGDIP* 2007-2, p.243.

² L'arrêt est intéressant en particulier sur le terrain de la fragmentation du droit international, ou par exemple de la question des successions d'Etats. Mais encore quant à la compétence de la Cour, ou même quant à la réaffirmation d'un certain nombre d'avancées telles que le caractère obligatoire des mesures conservatoires.

³ CIJ, Arrêt, *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Rwanda), 3 février 2006, CIJ, Recueil 2006, §64.

en fait par la suite, pour engager effectivement la responsabilité de la République de Serbie, sera marquée par un formalisme juridique impressionnant⁴.

I- La fixation du cadre de la responsabilité internationale de l'Etat pour génocide : une entreprise audacieuse ?

5. Cet arrêt fait figure de pionnier pour ce qui est de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour génocide. Il faut donc fixer les lignes directrices du régime de cette responsabilité, dans un cadre conventionnel ambigu. En effet, si le droit de la responsabilité est dorénavant bien établi (il convient de relever sur ce point que la Cour a expressément fait référence aux articles de la CDI sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, leur conférant ainsi une valeur coutumière), ce sont ses relations avec un crime international qui le sont moins. Dès lors, comme le fait remarquer Pierre-Marie Dupuy, cet arrêt est fortement marqué par la dualité de la responsabilité pour crime de génocide : pénale individuelle et non pénale Etatique. La Cour doit donc fixer un cadre stable et compréhensible en évitant l'amalgame entre responsabilité individuelle pénale et responsabilité internationale.

A- La « dualité » de la responsabilité pour Génocide

6. Le crime de génocide entre dans la catégorie des « infractions internationales par nature », ce qui justifie la mise en œuvre de la responsabilité personnelle de l'individu-organe qui l'a perpétré⁵. Ainsi, dans le domaine de ces infractions, le droit international semble imposer directement des obligations aux seuls individus. Les Etats ne pourraient alors que « se rendre complices en omettant d'exercer leur propre compétence pénale »⁶. La Cour va réfuter cette analyse en affirmant très clairement que l'Etat est lui-même tenu par l'obligation internationale de ne pas commettre de crime de génocide.

1- Le caractère pénal du crime de génocide

7. Le génocide est une infraction internationale consistant en la destruction intentionnelle de tout ou d'une partie d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Ce mot est un néologisme né au lendemain de la seconde guerre mondiale, des écrits d'un juriste d'origine polonais, Raphaël Lemkin. Il a pour but de décrire la réalité des crimes commis par les Nazis à l'égard des juifs et des tziganes⁷. L'interdiction du crime de génocide revêt par ailleurs un caractère coutumier : « 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 »⁸.

⁴ Afin de respecter les conditions de formes qui nous sont imposées, nous avons choisi de laisser de côté les questions de réparation, conséquence de l'engagement de la responsabilité internationale de la Serbie.

⁵ MAISON Raphaëlle, *La responsabilité internationale pour crime d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.7.

⁶ MAISON Raphaëlle, *Op.Cit.*, p.8.

⁷ SALMON Jean (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, p.530-531.

⁸ CIJ, Avis consultatif, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, Rec. 1951, p.23

Au fur et à mesure de sa jurisprudence, la Cour internationale de justice va lui reconnaître un caractère *erga omnes*⁹, puis impératif¹⁰.

8. Cette notion est marquée de l'emprunte du droit pénal. En effet, elle se trouve définie au sein d'instruments de droit international pénal. Il s'agit bien entendu de l'article II de la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, l'article 4 du Statut du TPIY et 2 du TPIR, ou encore de l'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le génocide y est défini dans les mêmes termes. Il s'agit de la commission d'actes visant un groupe déterminé, constitutifs de meurtres, viols, atteintes grave à l'intégrité physique ou mentale, soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ou transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Pour que ces actes perpétrés à l'encontre d'un groupe protégé soient constitutif du crime de génocide, il faut également qu'ils aient été commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe visé.

9. Tous ces textes se situent bien dans le champ du droit international pénal. Il s'agit donc de permettre et d'organiser la prévention et la répression des crimes internationaux commis par les individus. Toutefois, « aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international »¹¹. Ainsi, l'interdiction de commettre s'adresse en principe aux individus, mais ces texte créent dans le même temps des obligations à la charge des Etats. Ces obligations sont des obligations *de faire* et non *de ne pas faire* ». L'Etat a d'après la Convention de 1948 des obligations indirectes ; il doit empêcher les individus de commettre le crime de génocide et doit également réprimer cette commission. Par ailleurs l'Etat a des obligations de coopération dans la prévention ou dans la répression de ce crime.

10. La problématique du génocide en droit international se place donc dans le cadre du droit international pénal et, par voie de conséquence, de la répression des crimes internationaux commis par les individus.

11. Cette position classique est celle défendue par la Serbie dans l'affaire qui nous occupe. La Cour relève en ses paragraphes 170 et suivants, les trois arguments du défendeur tendant à démontrer que la Convention de 1948 n'impose pas aux parties contractantes l'obligation de ne pas commettre un génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III. Le premier argument, et celui qui nous intéresse le plus ici est celui de soulever que le droit international « ne connaît pas de responsabilité pénale de l'Etat »¹². Dès lors, et c'est le deuxième argument de la Serbie, la responsabilité de l'Etat pour génocide serait exclue du champ d'application de la Convention, puisque cette Convention est une convention de droit international pénal classique qui a donc pour but les poursuites et les sanctions pénales à

⁹ « L'interdiction de commettre des actes de génocide oblige les Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et présente de ce fait un caractère *erga omnes* », CIJ, Arrêt, *Affaire Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), 5 février 1970, Rec. 1970, p.32.

¹⁰ CIJ, Arrêt, *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Rwanda), 3 février 2006, CIJ, Recueil 2006, §64

¹¹ art 25§4 dudit statut.

¹² §170.

l'encontre d'individus¹³. Dans son troisième argument, la Serbie invoque les travaux préparatoires à la Convention de 1948 à l'appui de sa thèse. En effet, la nature pénale de la responsabilité individuelle empêche *a priori* le rapprochement avec la responsabilité internationale classique, qui n'est ni civile, ni pénale¹⁴.

12. Toutefois, la Cour ne va pas sur ce point souscrire aux arguments de la Serbie et va considérer que le droit international permet d'envisager l'engagement de la responsabilité d'un Etat pour la commission du crime de génocide.

2- La possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour génocide

13. Si la Cour relève d'elle-même, en faisant référence au fameux jugement de Nuremberg que « *ce sont des hommes et non des entités abstraites, qui commettent les crimes...* »¹⁵, elle va néanmoins réfuter un à un les arguments de la Serbie selon lesquels la Convention sur le génocide n'engage pas la responsabilité des Etats à raison de génocide en tant que tel¹⁶ et dégager de l'interprétation de l'article 1 de la Convention une obligation à la charge des Etats de ne pas commettre de génocide¹⁷. La Cour fait une interprétation évolutive de cet article, d'après l'appréciation de M. le professeur Dupuy, aux paragraphes 160 à 167. Cette interprétation permet à la Cour de conclure que « *les parties contractantes à la Convention sont tenues de ne pas commettre de génocide à travers les actes de leurs organes ou des personnes ou groupes dont les actes leur sont attribuables* »¹⁸.

14. En effet, la Cour relève que bien que le texte de la convention n'impose pas aux Etats *expressis verbis* de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide. Toutefois, elle se base sur la qualification de « crime du droit des gens » donné au génocide par l'article premier de la Convention pour dire que si les Etats ont acceptés cette qualification, « *ils s'engagent logiquement à ne pas commettre l'acte ainsi qualifié* »¹⁹.

15. D'autre part, la Cour note qu'en tout état de cause, la Convention impose aux Etats parties de prévenir le génocide, à savoir de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent, afin d'empêcher des individus qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide²⁰. Dès lors, *a fortiori*, ils doivent empêcher leurs agents de commettre cet acte. En effet, la Cour note qu'il serait « *paradoxal que les Etats soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est*

¹³ §171.

¹⁴ Voir MAISON Raphaëlle, Op.Cit., p.10.

¹⁵ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, jugement, 14 novembre 1947, documents officiels, t.1,p.235, cité au §172 de l'arrêt.

¹⁶ §156.

¹⁷ §166 « l'article 1 a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre un génocide ».

¹⁸ §167.

¹⁹ §166.

²⁰ §166.

attribuable selon le droit international ». Pour résumer, nous dit la Cour, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre.²¹

16. Cette interprétation de l'article premier de la Convention permet d'ailleurs à la Cour de se déclarer compétente et de juger l'affaire au fond, puisque ni la Serbie ni la Bosnie n'ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour. La seule base pour la compétence est donc l'article IX de la Convention. En effet, la Cour se considère compétent en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide pour statuer sur le différend qui lui a été soumis dans la requête déposée le 20 mars 1993²². Cette décision de compétence est saluée unanimement par les commentateurs critiques²³ puisqu'elle ne fait pas revivre la frustration et le sentiment d'impunité laissé par les arrêts de 1966 relatif à l'accusation d'apartheid dirigée contre l'Union sud africaine²⁴ et de 1995 relatif au Timor oriental²⁵.

17. Dès lors, la Cour ouvre la possibilité d'engager la responsabilité internationale de la Serbie pour génocide en affirmant que « *la Convention sur le génocide ne constitue pas uniquement un instrument du droit pénal international [mais étend] l'interdiction de génocide aux Etats eux-mêmes considérés en tant que tels* »²⁶.

18. Ce faisant, la Cour crée un risque de confusion entre le droit international pénal, s'adressant aux individus et le droit international de la responsabilité, qui s'adresse aux Etats et qui ignore la matière pénale. Consciente de ce risque, la Cour va insister sur la nécessité de la différenciation entre ces deux types de responsabilité, de nature différente.

B- La différenciation entre responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite et responsabilité pénale des individus

19. En affirmant l'existence de la possibilité pour un Etat de se rendre « coupable » d'un génocide, la Cour ré-ouvre la problématique du crime d'Etat qui a animé les débats doctrinaux durant des décennies et pose la question de l'intégration dans le cadre du droit de la responsabilité de la notion de génocide, notion éminemment pénale, relevant du droit international pénal.

20. Dès lors, la Cour a clairement dû identifier les deux domaines du droit international et affirmer que, si en matière de génocide ils ont des liens étroits, il convient clairement de les dissocier. Comme l'écrit M. Sorel, « *c'est son mérite d'avoir réussi à séparer ces types de responsabilité pour dégager des critères uniquement applicables à l'Etat* »²⁷.

1- L'indépendance des responsabilités

²¹ §166.

²² §141.

²³ Même si l'interprétation de l'article IX est discutable.

²⁴ CIJ, Arrêt, *Affaire du Sud ouest africain* (Libéria c. Afrique du Sud), 18 juillet 1966, CIJ, Recueil 1966.

²⁵ CIJ, Arrêt, *Affaire du Timor Oriental* (Portugal c. Australie), 30 juin 1995, CIJ, Recueil 1995.

²⁶ Paola GAETA, « *Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle* », RGDIP, 2007-2, p.273.

²⁷ SOREL (J-M.), « Les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », RGDIP, 2007-2, p.260.

21. La Cour va donc, après avoir ouvert la possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour génocide, s'empresser d'affirmer l'indépendance des responsabilités en cause, à savoir la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite. En effet, cet arrêt peut nous amener à nous interroger sur l'existence, d'un régime spécifique de responsabilité pour « crime d'Etat », qui se composerait de deux branches distinctes : l'une relative à la responsabilité pénale individuelle et l'autre relative à la responsabilité internationale de l'Etat²⁸. Les conclusions de la Cour dans cette affaire nous semblent en accord avec cette théorie, même si le droit de la responsabilité internationale de l'Etat ne comporte pas une telle distinction. En effet, si le projet d'articles prévoit à son article 40²⁹ l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour violation des normes de *jus cogens*, il ne crée pas de régime spécifique³⁰. Malgré cela, d'aucuns ont soutenu l'existence d'un tel régime et sa spécificité³¹. L'arrêt dont il est question ici va, il nous semble, à l'appui de cette thèse, notamment parce que ce serait la seule branche du droit de la responsabilité à comporter ces deux branches en question et donc à porter en son sein la dualité des responsabilités. Toutefois, les deux branches de ce régime de responsabilité pour « crime d'Etat » doivent être clairement identifiées et séparées. Ainsi la Cour affirme l'indépendance des responsabilités en cause.

22. En effet, les juges de La Haye reconnaissent bien entendu le caractère étroit des liens que tissent ces deux types de responsabilité en matière de génocide, elle affirme leur indépendance réciproque. Cette solution n'apparaissait pas forcément évidente puisque pour pouvoir engager la responsabilité de l'Etat pour génocide, il faut démontrer « *qu'un génocide, tel que défini dans la Convention a été commis* »³². Il en va de même pour les autres crimes énoncés par l'article III³³. Dès lors, la question qui se posait était de savoir s'il était nécessaire qu'un tribunal compétent ait préalablement reconnu un individu coupable de génocide pour pouvoir engager la responsabilité de l'Etat pour ce même crime. La Serbie défendait cette thèse. Selon le défendeur, il s'agissait là de la condition *sine qua non* pour établir la responsabilité de l'Etat³⁴.

23. La Cour ne va pas souscrire à cette analyse et si elle affirme qu'il est en effet nécessaire de démontrer qu'un génocide a été commis, il n'est pas nécessaire que la personne physique en question ait été préalablement déclarée coupable par un tribunal compétent. La solution contraire n'est pas envisageable puisqu'elle reviendrait à dire qu'il n'y aurait aucune voie de droit si les dirigeants d'un Etats ayant commis le génocide sur le territoire de celui-ci ne sont pas traduits en justice parce qu'ils sont par exemple encore en fonctions.³⁵ Un Etat

²⁸ Théorie développée dans la thèse de Mme MAISON Raphaëlle, Op. Cit., p.19.

²⁹ Article 40 : « 1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'Etat d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ».

³⁰ DUPUY Pierre-Marie, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité des Etats : un bilan », *RGDIP*, 2003-2, p. 321 : « *le régime de la responsabilité internationale pour violation des normes impératives, substitut du crime, ne semble pas entraîner, au-delà des ambiguïtés du texte, de conséquences spécifiques* ».

³¹ Mme MAISON Raphaëlle, Op. Cit., p.19

³² §180

³³ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Article III Seront punis les actes suivants a) Le génocide; b) L'entente en vue de commettre le génocide; c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide; d) La tentative de génocide; e) La complicité dans le génocide.

³⁴ « *Selon le défendeur, la condition sine qua non pour établir la responsabilité de l'Etat est qu'ait été préalablement établie, conformément aux règles du droit pénal, la responsabilité d'un auteur individuel pouvant engager la responsabilité de l'Etat* » §180.

³⁵ §182.

peut donc voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention de 1948 pour génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe³⁶.

24. Toutefois, c'est bien grâce aux éléments de preuve apportés par le Tribunal pénal pour l'ex Yougoslavie, qui avait précédemment jugé des responsabilités individuelles pour les mêmes faits, que la Cour a été en mesure de juger de l'affaire. Seul ce tribunal a pu suivre une procédure en mesure de rassembler les faits pertinents, témoignages et expertises indispensables. Cela souligne les difficultés inhérentes à la Haute juridiction internationale pour se prononcer sur une telle affaire. Dès lors, « *l'inadaptation de la Cour à un procès pénal surgit alors qu'on lui demande de ne pas juger pénalement parce que ce n'est pas son rôle, tout en la priant de prendre position sur une incrimination qui ressort clairement du domaine pénal* ». ³⁷

25. De là apparaît une hypothèse qui pourrait s'avérer problématique, celle où une telle affaire portée devant la CIJ en l'absence d'un tribunal spécial ayant pu se prononcer sur les faits précis reprochés à des individus particuliers. Le délai extrêmement long de l'affaire devant la CIJ ayant permis à celle-ci d'utiliser les travaux du TPIY, toutefois, l'on est en droit de se demander si la Cour serait en mesure de juger en l'absence d'une telle juridiction pénale ou avant qu'une telle instance ait pu *instruire* le dossier au préalable. Il serait délicat pour elle de pouvoir établir avec certitude la responsabilité pénale individuelle qui demeure malgré tout la condition préalable de la responsabilité internationale de l'Etat.

26. En effet, la Cour se fonde sur les arrêts *Krstic* et *Blagojevic* de la Chambre de première instance du TPIY. A son paragraphe 278, elle cite *in extenso* les termes utilisés par le Tribunal³⁸. De même, au paragraphe 279, où elle se fonde sur les conclusions du Tribunal dans l'affaire *Blagojevic*³⁹ pour les reprendre textuellement à son compte⁴⁰.

2- L'impossible responsabilité pénale de l'Etat

27. L'arrêt de 2007 aurait pu avoir pour effet de relancer le débat doctrinal sur le crime d'Etat. En effet, la notion initialement comprise dans l'article 19 du projet de la CDI avait animé les écrits des internationalistes. Pour certains, « c'est à l'universalisation de l'anarchie que mène directement la théorie des crimes d'Etat jointe à celle des obligations universelles »⁴¹, alors que pour d'autres, « la notion de crime international est un élément important de moralisation et de progrès du droit international »⁴².

³⁶ §182.

³⁷ Paola GAETA, « *Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle* », RGDIP, 2007-2, p.273.

³⁸ TPIY, Chambre de première instance, *Affaire Krstic*, jugement du 2 août 2001, IT-98-33-T.

³⁹ TPIY, Chambre de première instance, *Affaire Blagojevic*, jugement, 17 janvier 2005, IT-02-60T.

⁴⁰ « Il s'agit plus précisément des atrocités commises en juillet 1995 à l'intérieur et aux alentours de la ville de Srebrenica et de la question de savoir si, dans ces circonstances, il était satisfait au critère de l'intention de détruire le «groupe» « en tout ou en partie », énoncé dans la définition du génocide de l'article II. Cette question se pose en raison d'une conclusion décisive en l'affaire *Krstic*. Dans cette affaire, la Chambre de première instance s'est déclarée « convaincue, en dernière analyse, que les meurtres et les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale [avaient] été perpétrés avec l'intention de tuer tous les hommes musulmans de Bosnie présents à Srebrenica qui étaient en âge de porter les armes » §197.

⁴¹ WEIL Prosper, « Cour général de droit international public », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, p. 302

⁴² PASTOR RIDUEJO (J.-A.), « Cour général de droit international public », *RCADI*, Vol. 274, 1998., 63-81.

28. Cet article 19, aujourd'hui abandonné, reconnaissait l'existence d'actes illicites considérés comme particulièrement grave par la communauté internationale. Comme le fait remarquer le Professeur Maison, la grande majorité des actes énumérés dans ce fameux article 19 correspond à ceux constitutif d'une infraction internationale susceptible d'engager la responsabilité individuelle de ses auteurs⁴³. Ainsi, sous l'impulsion de son rapporteur, Roberto Ago, la Commission avait semblé établir ce fameux régime de responsabilité pour crime d'Etat qui serait une responsabilité duale, puisque permettant d'engager la responsabilité individuelle de l'auteur physique du crime, mais permettait également de qualifier de crime international, la violation par l'Etat de son obligation internationale, engageant du même coup sa responsabilité.

29. Toutefois, la Cour prend clairement position en affirmant que si certains crimes sont susceptibles d'être commis par des individus et par des Etats (comme l'agression), la responsabilité de l'Etat pour génocide n'est pas une responsabilité pénale. A tel point que pour le professeur Dupuy, cet arrêt sonne la « seconde mort du crime d'Etat ». Ainsi la Cour fait remarquer, de manière très claire, que les obligations en cause en l'espèce et les responsabilités qui découleraient pour l'Etat de la violation de telles obligations, sont des obligations et des responsabilités relevant du droit international et ne sont pas d'ordre pénal⁴⁴.

30. Néanmoins, l'arrêt en cause reste ambigu, puisque pour pouvoir engager la responsabilité de l'Etat pour génocide, il faut démontrer au préalable qu'un acte de génocide a bel et bien été perpétré. Or, pour ce faire, il faut démontrer l'intention : le *dolus specialis*, c'est-à-dire l'élément psychologique du crime constitué par l'intention de détruire, totalement ou en partie, un des groupes protégés par la Convention de 1948. Pour attribuer un comportement constitutif de génocide à un Etat, il faut bien démontrer que l'individu qui a commis cet acte a agi avec cette intention. Cette affirmation donne lieu à deux remarques ; Tout d'abord, pour pouvoir engager la responsabilité d'un Etat pour génocide, la Cour devra toujours rechercher l'intention des acteurs. Elle devra donc, si aucun procès préalable n'a eu lieu, procéder elle-même à l'établissement de l'élément de la responsabilité pénale des individus. Ce qui n'est évidemment pas son rôle. D'autre part, cette possibilité soulève la question des moyens d'établissement des faits à la disposition de la Cour. Etant dans l'incapacité de rechercher elle-même la vérité, sur le modèle du TPIY, elle reporte la charge de cette preuve sur le demandeur. Ne serait-ce pas là un fardeau excessif ?

31. Nous avons donc « un crime d'Etat sans Etat criminel ». Nous pouvons donc en déduire, avec le professeur Sorel que, « *quoi qu'il en soit, pour la Cour, un Etat peut commettre un génocide sans être pénalement responsable mais internationalement responsable. On peut s'offusquer de cette distinction au regard du jugement des individus* ».

⁴³ L'article 19 était intitulé « crimes et délits internationaux » : « 2. Le fait internationalement illicite qui résulte de la violation par un Etat d'une obligation essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international. 3. (...) un crime international peut notamment résulter : (...) e) d'une violation grave et à large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid ; (...) 4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international constitue un délit international ».

⁴⁴ §170.

mais, sauf à mettre l'Etat en prison ou à en punir les responsables (ce qui est le rôle de l'TPIY), la fiction juridique prend ici fin».⁴⁵

32. De l'avis de tous, un des apports principaux de l'arrêt Bosnie c. Serbie de 2007 est bien de dégager de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, une obligation à la charge des Etats de ne pas commettre ce crime, par le biais de leurs agents ou des personnes dont le comportement leur est imputable au sens du droit de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite.

33. Dès lors, le non respect de cette obligation par l'Etat est constitutif d'un fait internationalement illicite qui « engage sa responsabilité internationale »⁴⁶. La Cour va donc faire application du droit de la responsabilité pour décider si la responsabilité de la Serbie pour génocide peut être engagée.

II- La mise en œuvre de la responsabilité de la Serbie : un formalisme excessif ?

34. La Cour, après avoir ouvert cette possibilité, va statuer au fond et conclure que si un génocide a bien été commis à Srebrenica en juillet 1995, au sens de la Convention, on ne peut engager la responsabilité de la Serbie pour cette violation du droit international. En revanche, elle dit que, s'agissant du génocide commis, la Serbie a violé les obligations de prévenir et de réprimer le génocide prescrites par la Convention. Pour arriver à de telles conclusions, elle fait application de sa jurisprudence classique et fait appel à des critères formels. Ainsi, dans son application du droit international de la responsabilité, la Cour porte à son paroxysme la fiction juridique.

A- L'absence d'engagement de la responsabilité pour génocide

35. Comme nous l'avons précédemment évoqué, pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'Etat, il faut que l'action ou l'omission en cause soit tout d'abord une violation d'une obligation internationale de l'Etat, mais il faut également que cette violation soit attribuable à l'Etat⁴⁷ au sens du chapitre II du projet d'article. Cette définition classique des éléments constitutifs d'un fait internationalement illicites ressort également de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (ci-après CPJI), qui a affirmé que la naissance d'une responsabilité internationale de l'Etat est liée à l'existence « d'un lien imputable à l'Etat et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre Etat »⁴⁸.

⁴⁵ Jean-Marc SOREL, « Les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP*, 2007-2, p.271.

⁴⁶ Article premier du projet d'article de la CDI sur la responsabilité de l'Etat. « La violation du droit international par un Etat engage sa responsabilité internationale » CRAWFORD J., *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, Paris, Pedone, 2003, p.93.

⁴⁷ Article 2 du projet d'article de la CDI, *Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat*. « Il y a comportement illicite de l'Etat lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'Etat
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat »

⁴⁸ CPJI, *Affaire des Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, CPJI, série A/B n°74, p.10. Voir également CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p.3 : la Cour, pour établir la responsabilité de l'Iran doit « déterminer dans quelle mesure les comportements en question

Dès lors, la Cour va d'abord se livrer à une qualification juridique des faits afin d'établir s'il y a effectivement eu perpétration d'un des crimes prévus dans la Convention, à savoir le génocide, la complicité de génocide, la tentative de génocide, l'incitation au génocide ou l'entente en vue de commettre un génocide⁴⁹. Avant de décider que, si un génocide avait bien été commis, il n'était pas imputable à la Serbie.

1- La qualification de génocide

36. La question de savoir si des actes de génocides ont été commis en Bosnie lors de la dislocation de la Yougoslavie est une question débattue sur la scène internationale depuis plusieurs décennies. En effet, dès 1992, l'Assemblée générale des Nations unies, s'était dit gravement préoccupée par « *les violations constantes, flagrantes et systématiques des droits de l'homme, par le nombre croissant de réfugiés (...) et par l'existence de camps de concentration et de centres de détention, concourant à l'ignoble politique de nettoyage ethnique qui est une forme de génocide* »⁵⁰.

37. Selon l'article II de la Convention de 1948, le génocide s'entend de « *l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel* ». Dès lors, pour qualifier les actes énumérés dans ce même article de génocide, il faut démontrer l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe déterminé. Il y a donc trois étapes successives pour que des faits puissent être qualifiés de génocide. Il faut en premier lieu que les actes commis aient visés les membres d'un même groupe protégé. Puis, vient le critère objectif : il faut établir que certains des actes ci-après ont été commis : meurtre de membres du groupe; Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Enfin, il s'agit d'établir l'élément intentionnel, à savoir le *dolus specialis*.

38. Ainsi, la Cour va tout d'abord identifier le groupe visé par les crimes en cause en ciblant une définition positive du groupe à protéger telle que la Convention l'impose effectivement. La Cour identifie donc le groupe visé comme étant celui des « musulmans », qui furent les plus touchés par la politique Serbe. Il est à noter que le TPIY aura été plus précis et aura parlé de « musulmans de Bosnie de Srebrenica »⁵¹.

39. Puis, elle relève, dans une longue liste détaillée, tous les faits en cause. Elle fait la liste des meurtres de membres du groupe protégé⁵², puis celle des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de ses membres⁵³. Pour ce faire, la Cour se fonde sur les

peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'Etat iranien. Ensuite elle doit rechercher s'il sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran ».

⁴⁹ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951, conformément aux dispositions de l'article XIII, Article III.

⁵⁰ résolution 47/121 du 18 décembre 1992, relative à la détérioration de la situation en Bosnie Herzégovine, préambule, al.9

⁵¹ Affaire Blagojevic, prec., §674.

⁵² §245-277.

⁵³ §298-319.

enquêtes qui ont été menées dans le cadre des poursuites devant le TPIY, mais également sur le rapport de Carl Bildt, envoyé spécial l'Union européenne.

40. Ces deux premières remplies, la Cour se penche donc sur l'élément subjectif, à savoir l'élément intentionnel. Pour que le crime de génocide soit constitué, il faut en effet que l'auteur de ces actes ait agi avec l'intention de détruire en tout ou en partie de groupe visé. Sur ce point, elle reprend les conclusions de la Chambre de première instance du TPIY qui relèvent que l'intention requise est constituée qu'après le changement d'objectif militaire et la prise de Srebrenica, à savoir autour du 12 ou 13 juillet 1995. En effet, dans son jugement du 17 janvier 2005 dans *l'affaire Blagojevic*, la Chambre de première instance notait que « *les actes criminels commis par les forces serbes de Bosnie s'inscrivaient tous dans un projet unique prévoyant le génocide des musulmans de Bosnie de Srebrenica, ainsi qu'il ressort de l'opération « krivaja 95 » dont l'objectif final était d'anéantir l'enclave et, ainsi, sa communauté musulmane bosniaque* »⁵⁴. Cette solution est reprise par la Cour dans son paragraphe 295 puisqu'elle ne relève aucune raison de s'écarter de la position du Tribunal en la matière. Sur ce point donc, la Cour « valide » l'analyse juridique faite par cette autre juridiction internationale. Il s'agit là d'un bel hommage rendu par la CIJ et une reconnaissance de la qualité du travail du Tribunal dans l'établissement des faits. On est bien par conséquent en présence d'une forme de coopération des deux instances, bien que la Cour internationale ne se sente pas liée par les conclusions du Tribunal.

41. Ainsi, la Cour conclut que l'intention n'est caractérisée que pour les événements de Srebrenica. Toutefois, pour arriver à une telle conclusion, la Cour se fonde sur un mécanisme de preuve qui a fait l'objet de vives critiques. En effet, la Cour considère que le demandeur est tenu d'étayer ses arguments, et qu'une partie qui avance un fait est tenue de l'établir⁵⁵ ; ainsi qu'exposé par la Cour en l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci « *c'est ... au plaideur qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve* »⁵⁶. Le demandeur en l'espèce ne contestait pas cette charge qui lui incombait, sauf en ce qui concerne l'établissement du crime de génocide. En effet, il considérait que la charge de la preuve devait être renversée dans certains cas, y compris en ce qui concerne l'imputabilité au défendeur d'actes de génocide allégués. En effet, pour demander un tel renversement, le demandeur se fonde sur le refus du défendeur de produire les documents pouvant contenir des éléments de preuve.

42. La Cour va refuser de procéder à un tel renversement, en considérant que les allégations formulées contre un Etat qui comprennent des accusations d'une exceptionnelle gravité doivent être prouvées par des éléments ayant pleine force probante⁵⁷. La Cour doit être pleinement convaincue qu'ont été clairement avérées les allégations formulées au cours de l'instance selon lesquelles le crime de génocide ou les autres actes énumérés à l'article III ont été commis. Le même critère s'applique à la preuve de l'attribution de tels actes.

43. Or, il est intéressant de noter avec Paola Gaeta que : « *d'autres tribunaux internationaux appelés à constater la responsabilité de l'Etat dans des cas de graves*

⁵⁴ Affaire Blagojevic, préc., §674.

⁵⁵ § 204.

⁵⁶ CIJ, Arrêt, *Affaire des activités militaires et para militaire sur le territoire du Nicaragua et contre celui-ci*, (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, Recueil 1984, p. 437, § 101.

⁵⁷ Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 17

violations des droits de l'homme ont suivi une autre orientation. Dans le cas *Velasquez Rodriguez*, par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que, en présence de graves violations des droits de l'homme imputables à des unités armées ou à des forces de police d'un Etat, l'Etat ne peut se limiter à se défendre en déclarant que les accusations formulées contre lui n'ont pas été prouvées »⁵⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a également procédé à un « renversement de la charge de la preuve » et cela en raison de la nécessaire mais peu fiable coopération de l'Etat mis en cause.

44. Or, pour la Cour internationale de justice, il n'en est rien. Elle se contente de conclure que « sous réserve du cas de *Srebrenica*, le demandeur n'a pas établi que l'une quelconque des amples et graves atrocités présentées comme constituant des violations de la convention sur le génocide aurait été accompagnée de l'intention spécifique (*dolus specialis*) nécessaire de la part de ses auteurs ». Elle conclut aussi que le demandeur n'a pas établi l'existence de cette intention de la part du défendeur, pas plus sur le fondement d'un plan concerté que sur celui d'une ligne de conduite systématique qui, au vu des faits examinés ci-dessus, ne pourrait que dénoter l'existence d'une telle intention⁵⁹.

2- L'absence d'imputabilité ou la grande rigidité des critères de la « dépendance totale » et du « contrôle effectif »

45. Après avoir qualifié les crimes perpétrés à Srebrenica de génocide, il y a lieu pour la Cour de rechercher si la responsabilité internationale du défendeur est susceptible d'être engagée pour ces faits⁶⁰. Pour ce faire, elle recherche dans un premier temps si les actes de génocide commis pourraient être attribués au défendeur en application des règles du droit international coutumier de la responsabilité internationale des Etats ; cela revient à se demander si ces actes ont été commis par des personnes ou des organes dont le comportement est attribuable, dans le cas particulier des événements de Srebrenica, à l'Etat défendeur⁶¹. En effet, selon l'article 2 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat, l'une des conditions essentielles de l'établissement de cette responsabilité est qu'au regard du droit international, le fait en cause soit attribuable à l'Etat.

46. Les circonstances dans lesquelles cette attribution est possible sont énumérées au chapitre II de ce même projet. Or, comme le relève le rapporteur Crawford, le comportement des personnes privées n'est pas en soi attribuable à l'Etat. Cette règle classique ressort par exemple de l'affaire *Tellini*, où le Comité spécial de juristes déclara que la « responsabilité d'un Etat pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire ne se trouve engagée que si cet Etat a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel »⁶². Cette règle classique se trouve appliquée en droit international à chaque fois que c'est un individu qui enfreint une règle qui lui était destinée et que c'est l'Etat seul qui peut en répondre en tant que sujet du droit international. Par exemple, il est intéressant de citer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne

⁵⁸ Paola GAETA, « Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle », RGDIP, 2007-2, p.279.

⁵⁹ §376.

⁶⁰ §379.

⁶¹ §379.

⁶² *Affaire Tellini*, (Italie c. Grèce), 1923, SDN, Journal officiel, quatrième année, n°11 (novembre 1923), p. 1349 et cinquième année, n°4(avril 1924), p.524.

condamne les Etats parties à la Convention européenne pour le fait d'individus que si l'Etat a manqué à ses obligations de prendre les mesures appropriées pour éviter la violation et la réprimer⁶³. Il est toutefois intéressant de noter que si les actes des individus peuvent, en cas de défaillance engager la responsabilité internationale de l'Etat, c'est bien parce que les individus ne peuvent pas, faute d'avoir la pleine personnalité juridique internationale, répondre eux mêmes de leurs actes. Il en est donc tout autrement pour ce qui est du crime de génocide, puisque des juridictions internationales ont dorénavant compétence pour juger les individus pour la commission de ce crime. Dès lors, il est possible de soulever la question de la légitimité de l'attribution de ce comportement par la CIJ à un Etat.

47. Pour en revenir aux comportements des individus, il n'est en général pas attribuable à l'Etat, sauf si ce comportement résulte de ses organes⁶⁴, d'une personne ou une entité exerçant des prérogatives de puissance publique⁶⁵, d'organes mis à sa disposition⁶⁶ ou si la personne en cause a agi « *en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat* »⁶⁷.

48. Les auteurs peuvent-ils être considérés comme des organes de la RFY ou l'utilisation du critère strict de la « dépendance totale »

La Cour va donc examiner la question de savoir si le génocide perpétré à Srebrenica est susceptible d'être attribuable à la Serbie. La première étape serait alors de savoir si les auteurs de ce génocide étaient des organes *de jure* de la République fédérale de Yougoslavie (selon le nom du défendeur à l'époque des faits) en vertu du droit interne, tel qu'il était alors en vigueur⁶⁸.

49. Pour la Cour, force est de constater qu'aucun élément ne permet de répondre affirmativement à cette question. Il n'a pas été établi que l'armée de la RFY ait participé aux massacres, 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 massacres⁶⁹. Pourtant, le demandeur alléguait que les auteurs, officiers de la République Srpska étaient des organes *de jure* de la République fédérale de Yougoslavie puisqu'ils étaient rémunérés par elle. Toutefois la Cour semble rejeter ce critère de la rémunération, pour adopter celui de l'autorité politique et du lien d'obéissance hiérarchique. En effet, si pour la Cour « *il ne fait aucun doute que la RFY fournissait un soutien considérable, notamment financier, à la Republika Srpska et que le versement de soldes et autres prestations à certains officiers de la VRS constituait l'une des formes de ce soutien, (...) cela ne faisait pas pour autant automatiquement de ces officiers des organes de la RFY. Ces officiers étaient nommés à leur commandement par le président de la Republika Srpska et étaient soumis à l'autorité politique de celle-ci* »⁷⁰. Ainsi, les agents de la République Srpska ainsi que les autres entités telles que les scorpions sont insusceptibles d'être qualifiés d'organes *de jure* de la RFY.

⁶³ Cf la théorie des obligations positives de l'Etat.

⁶⁴ article 4 du projet d'articles.

⁶⁵ article 5 du projet d'articles.

⁶⁶ article 6 du projet d'articles.

⁶⁷ article 8 du projet d'articles.

⁶⁸ En effet, selon une règle bien établie en droit international, « *le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat. Cette règle revêt un caractère coutumier* », Différent relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, CIJ, Recueil 1999, §62.

⁶⁹ §386.

⁷⁰ §388

50. Ces auteurs ne sont donc pas des organes de l'Etat, mais peuvent être considérés comme tels s'ils agissent en fait sous la « totale dépendance »⁷¹ de l'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument ?⁷² Si la Cour note que « *les liens politiques, militaires et logistiques entre les autorités fédérales de Belgrade et celles de Pale, entre l'armée yougoslave et la VRS, avaient été puissants et étroits et ces liens étaient sans nul doute demeurés forts* »⁷³, elle considère que ces liens n'étaient pas de nature à ce que les structures politiques et militaires des Serbes de Bosnie fussent assimilées à des organes de la RFY. La Cour aura la même solution en ce qui concerne les actes des Scorpions.

51. Cette position classique de la Cour est extrêmement formelle. En effet, elle se base sur le fait que ces individus n'agissaient pas au nom de la RFY, et c'est en cela, malgré les liens de dépendances avérés, que leurs actes ne sont attribuables à la Serbie. D'autant plus que pour arriver à une telle décision la Cour met en avant ses conclusions dans l'arrêt de 1986. Or comme le fait remarquer le Professeur Ascensio, « *il ne semble pas que [dans cet arrêt Nicaragua], le critère concernant les organes de facto ait jamais été la totale dépendance* »⁷⁴.

52. Les auteurs étaient-ils sous le contrôle et les instructions de la RFY au sens de l'article 8 du projet d'articles ou la consécration du critère du « contrôle effectif ».

Sur la base de l'article 8, à savoir les instructions ou le contrôle, la Cour a jugé que le critère du « contrôle effectif » dégagé par elle dans l'affaire Nicaragua était toujours applicable. Ainsi elle désavoue de TPIY et en particulier la jurisprudence Tadic⁷⁵ de la Chambre d'appel. En effet, dans cette affaire, le Tribunal avait fait usage du critère du « contrôle global », critère plus large que celui, très formel du « contrôle effectif ».

53. La Cour, non contente de contredire le Tribunal, formule ses propos sous forme d'un rappel à l'ordre : « *Tout d'abord, elle observe que le TPIY n'était pas appelé dans l'affaire Tadic, et qu'il 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 s'est donc, dans l'arrêt précité, intéressé à une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction* »⁷⁶.

Elle continue en affirmant qu'« *il faut ensuite 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 qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom* »⁷⁷. Pour résumer, la Cour considère que ce critère n'est rempli que s'il est avéré qu'en cas de retrait de l'aide serbe à la République Srpska, cela aurait grandement limité les options ouvertes aux autorités de cette République⁷⁸. Or pour la Cour, si les ressources militaires et financières apportés par la RFY à la

⁷¹ Nicaragua

⁷² §392

⁷³ §394

⁷⁴ ASCENTIO, p.291.

⁷⁵ TPIY, Chambre d'appel, Affaire Tadic, IT 94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999.

⁷⁶ 403

⁷⁷ §406

⁷⁸ §241

République fantoche sont qualifiées de considérables, elles ne sont appréhendées par la Cour qu'en terme de soutien⁷⁹.

54. Dès lors, cette rigueur peut être excessive de la Cour l'amène à examiner tous les arguments de la Bosnie un par un, puis à les réfuter les uns après les autres, puisqu'ils ne sont pas à même de démontrer, selon la Cour que les auteurs de ces crimes en cause à Srebrenica étaient sous le « contrôle effectif » de la Serbie. Toutefois, il est peut être légitime de se demander dans quelles circonstances ce critère serait rempli et s'il est même envisageable qu'un tel niveau de preuve ne puisse jamais être atteint par un demandeur. Le critère du contrôle global dégagé par le TPIY aurait permis une appréciation plus détaillée et systématique des faits et une attribution de ces derniers à la Serbie⁸⁰. Ce sont toutes ces raisons qui ont amenées les différents commentateurs de cet arrêt à dénoncer la rigidité de la Cour sur ce point⁸¹. Par ailleurs, une autre critique qui peut être faite à cet arrêt est justement de ne pas s'être suffisamment détachée des concepts et des méthodes du droit pénal, qui conduisent nécessairement, afin de protéger les droits des individus, à une vision troquée des faits. La Cour n'étant pas liée par ces contraintes de procédure, aurait pu prendre le recul nécessaire et, dans le cadre d'une affaire de responsabilité de l'Etat, analyser l'ensemble du phénomène criminel, plutôt que de se centrer sur les éléments matériels d'exécution des crimes⁸². Ce recul aurait par ailleurs sans doute permis d'éviter à la Cour de devoir utiliser le vocabulaire pénal et les techniques du procès pénal.

55. Nous observons encore une fois ressurgir en toile de fond les rapports entre les deux juridictions internationales. En « déjugant » de la sorte le TPIY, la Cour ne risque-t-elle pas de faire peser un doute sa qualité juridique des jugements rendus par le TPIY ? Si le TPIY s'est penché sur le fait de savoir si les actes en causes étaient attribuables à la Serbie, ce n'était évidemment pas pour engager la responsabilité de cet Etat devant lui, mais bien pour déterminer le droit applicable. En effet, l'attribution des actes des dignitaires de la République fantoche à la Serbie a permis à la Chambre d'appel dans l'affaire Tadic d'appliquer le droit des conflits armés internationaux. Cette remarque vient également relativiser la critique sévère faite au TPIY par la CIJ selon laquelle statuer sur des questions de responsabilité internationale des Etats n'est pas son rôle. Tout ceci est donc source de confusion. Il faut alors se féliciter, avec Hervé Ascensio, que « *le TPIY opte depuis quelques années, et dans la mesure du possible, pour une indifférenciation des crimes de guerre quelle que soit la nature du conflit* »⁸³.

56. Pour conclure sur la responsabilité ou plutôt à la non responsabilité de la Serbie pour génocide, il convient de noter que la Cour rejette cette responsabilité puisque les actes génocidaires ne lui sont pas attribuables. La Cour dit également que le défendeur n'est pas non plus responsable pour entente en vue de commettre un génocide, ni pour complicité. En effet, la complicité est caractérisée par la fourniture de moyens destinés à permettre ou à

⁷⁹ Ascensio, p.293

⁸⁰ Ascensio, p.294

⁸¹ Par exemple : Pour Pierre Marie DUPUY : « Il y avait là une marge de manœuvre que la Cour s'est dispensée d'utiliser. » ; Pour Hervé ASCENSIO : « Le durcissement des critères a déséquilibré la balance de la justice en faveur de la fiction juridique et en défaveur d'une qualification réaliste des faits » ;

⁸² Voir Ascensio, op.cit., p.299

⁸³ Ascensio, p.296.

faciliter la Commission du crime⁸⁴. La Cour reconnaît elle-même au § 420, que la Serbie a fourni une telle aide, sans toutefois engager la responsabilité de la Serbie pour complicité de génocide. Selon la Cour, il n'y a pas complicité parce qu'il n'y a pas de *dolus specialis* caractérisé par le fait que le complice agisse en connaissance de cause ; il doit connaître les intentions de l'auteur principal⁸⁵. Nous remarquerons au passage avec le professeur Dupuy, que la Cour sur ce point utilise très largement le vocabulaire pénal, alors qu'elle n'a pas vocation à juger des affaires relevant du droit international pénal, puisqu'elles ne sont pas en principe amenées à concerner des Etats mais des individus. Ne pourrait-on alors pas lui opposer sa propre critique à l'égard du TPIY selon laquelle il convient pour les cours internationales de rester dans leur strict domaine de compétences ?

B- L'engagement de la responsabilité internationale de la Serbie pour ne pas avoir prévenu ni réprimé le crime de génocide

1- L'absence de prévention

57. La Cour retient la responsabilité internationale de la Serbie pour ne pas s'être conformée à son obligation de prévention du crime de génocide. Et dit, par douze voix contre trois, s'agissant du génocide commis à Srebrenica en juillet 1995, la Serbie a violé l'obligation de prévenir le génocide prescrite par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

58. L'obligation de prévention est une obligation de moyen, une obligation de « due diligence »⁸⁶. L'Etat est tenu de mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose, de droit ou de fait pour prévenir la commission d'un génocide. Ceci dans la limite du droit international. L'Etat a donc l'obligation d'exercer son influence⁸⁷.

59. Pour arriver à une conclusion de condamnation de la Serbie, la Cour constatera que « *la RFY se trouvait, à l'égard des serbes de Bosnie qui ont conçu et exécuté le génocide, dans une position d'influence qui n'était pas comparable à celle d'aucun des autres Etats parties à la Convention sur le génocide, en raison de la puissance des liens politiques, militaires et financiers entre, d'une part le RFY et, de l'autre, la République Srpska et la VRS* »⁸⁸. D'autre part la Cour relève que la RFY possédait un *pouvoir* d'influence à l'égard des auteurs du génocide et des informations précises⁸⁹.

⁸⁴ §419

⁸⁵ §434

⁸⁶ Il convient de traduire cette expression par « obligation de diligence » ou « de vigilance ». Il s'agit de l'obligation qu'ont les Etats « de prendre des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage ». Il ne s'agit donc pas d'une obligation de résultat mais « c'est le comportement de l'Etat qui déterminera s'il s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe », commentaire du projet d'articles de la CDI adopté en 1995 relatif à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités non interdites, ACIDI, 1995, vol.II, 2^{ème} partie, p.97, §4. Cette obligation implique une double charge : celle de prévenir et celle de réprimer les actes illicites, Voir SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, p.770.

⁸⁷ §430

⁸⁸ §435.

⁸⁹ §438.

60. Dès lors, la distinction entre la violation de l'obligation de prévention et l'obligation de ne pas être complice du génocide est quelque peu ténue sur le plan des faits générateurs. La Cour justifie cette différence par la nature de la violation en cause. Violer l'obligation de ne pas commettre, directement ou en tant que complice nécessite une action positive. Au contraire, la violation de l'obligation de prévention « *résulte de la simple abstention de mettre en œuvre des mesures adéquates pour empêcher le génocide* »⁹⁰. De surcroît, comme vu précédemment, l'engagement de la responsabilité pour complicité de génocide nécessite de prouver l'intention. Dès lors, on ne peut que relever le paradoxe soulevé par Pierre Marie Dupuy selon lequel : « *L'Etat alors présidé par Milosevic est finalement déclaré coupable d'avoir pu se douter du risque de génocide qu'il n'a pas prévenu, mais, néanmoins, non complice parce que censé ne pas ne pas avoir su ce qui s'est ensuite produit* »⁹¹.

61. La distinction entre ces deux notions permet également de mettre en lumière la différence de nature de ces incriminations. En effet, l'obligation de ne pas être complice se place dans le même champ que l'obligation de ne pas perpétrer de génocide. Il s'agit des obligations dégagées par la Cour lors de l'interprétation de l'article premier de la Convention de 1948. Dès lors, cette obligation décrite pour la première fois par la Cour mondiale doit intégrer le caractère pénal du crime de génocide. Ce qui peut expliquer le formalisme très poussé dont à fait preuve la Cour afin de se replacer dans le champ de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite. Au contraire, l'obligation de prévention ne pose pas tant de difficultés de mise en œuvre. L'article premier est à ce titre très clair et créé à la charge des Etats une obligation de prévenir et de réprimer le crime de génocide commis par des individus. On se place là dans le cadre classique du droit international pénal. L'Etat retrouve ses obligations indirectes.

2- La non collaboration avec le TPIY : l'absence de répression.

62. Enfin, la Cour « *dit que la Serbie a violé les obligations qui lui incombent en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en ne transférant pas Ratko Mladic, accusé de génocide et de complicité de génocide, au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour y être jugé, et en ne coopérant donc pas pleinement avec ledit Tribunal* ». Ce faisant, l'Etat a violé son obligation de réprimer le crime de génocide. Par cette position, la Cour réaffirme l'obligation de coopération avec le TPIY.

63. L'obligation de réprimer est double en droit international. Il peut dans un premier temps s'agir d'une obligation au titre de la réparation. La Cour n'a pas examiné cette potentialité puisqu'elle a rejeté la responsabilité de la Serbie. D'autre part, tous les Etats parties à la Convention ont, au vu de son l'article 6, l'obligation de réprimer nationalement le crime sur le territoire où ce dernier a été réalisé.

64. Sur ce point, la Cour rappelle d'abord que le génocide de n'a pas été perpétre sur le territoire de l'Etat défendeur. Dès lors, il est impossible de reprocher à ce dernier de n'avoir pas poursuivi devant ses propres tribunaux les personnes accusées d'avoir participé, soit comme auteurs principaux, soit comme complices, au génocide⁹². En revanche, l'article

⁹⁰ §432.

⁹¹ DUPUY Pierre Marie, « Crime sans châtiment ou mission accomplie », *préc.*.

⁹² § 442.

VI de la Convention impose également aux Etats de coopérer avec « la cour criminelle internationale ». Ainsi, la Cour relève que puisqu'une telle juridiction existe, « l'article VI oblige les Etats contractants « qui en auront reconnu la juridiction » à coopérer avec elle, ce qui implique qu'ils procèdent à l'arrestation des personnes accusées de génocide se trouvant sur leur territoire - même si le crime dont elles sont accusées a été commis hors de celui-ci - et que, à défaut de les traduire devant leurs propres juridictions, ils les défèrent devant la cour internationale compétente pour les juger »⁹³.

65. Après avoir constaté que le TPIY peut bien être assimilée à une « cour criminelle internationale » au sens de l'article VI de la Convention et que la Serbie a reconnu sa juridiction, la Cour arrive à la conclusion que la Serbie avait l'obligation de pleinement coopérer avec le TPIY, notamment en procédant à l'arrestation et à la remise de toute personne qui, accusée de génocide devant ce tribunal se trouverait sur son territoire⁹⁴. Or, selon l'appréciation de la Cour elle ne l'a pas fait ; puisqu'elle n'a pas mis en œuvre les moyens qui étaient à sa disposition pour rechercher et procéder à l'arrestation du général Mladic.

66. Finalement, « cette orientation retenue par la Cour est celle qui s'inscrit le mieux dans l'objet de la Convention sur le génocide puisque cette dernière visait à établir les obligations positives pesant sur tous les Etats : ils ne sauraient se dégager de leur responsabilité du seul fait que le génocide ne serait pas attribuable »⁹⁵. On se place donc ici dans le cadre de la prévention et de la répression de ce crime, et plus largement de tous les crimes qui choquent les fondements de la société internationale, tels que les crimes de guerre ou encore les crimes contre l'humanité. La Cour rappelle donc aux Etats avec force, leurs obligations positives de protéger les populations qui sont sous leur juridiction contre des violations graves et massives de leurs droits fondamentaux, mais également l'obligation d'agir chaque fois que l'Etat est en mesure d'exercer une influence utile pour prévenir ces actes. Elle s'inscrit alors dans la même ligne que l'ancien Secrétaire général Kofi Annan qui a invité les Etats à ériger « la responsabilité de protéger en norme internationale puissante, qui ne sera pas seulement citée mais mise en pratique partout et chaque fois qu'il le faut »⁹⁶.

67. Nous retrouvons donc toujours en toile de fond de cet arrêt les relations entre les différentes juridictions internationales et leur articulation, entre collaboration, désaveu et reconnaissance. La position de la Cour mondiale vis-à-vis de la reconnaissance de la jurisprudence du TPIY semble pouvoir être résumée de la manière suivante : dans son domaine de compétence, à savoir la matière pour laquelle il a été créé et pour laquelle il est spécialisé, la Cour internationale de justice tient « le plus grand compte » de sa position. En revanche, il en est autrement lorsque le TPIY adopte des positions de droit international général qui ne rentrent pas strictement dans son domaine de compétence et qui ne se pas nécessaire à la résolution de l'affaire. Cette solution semble également pouvoir être élargie à tous les organes juridictionnels spécialisés. On citera comme illustration, l'exemple relevé par

⁹³ § 443.

⁹⁴ § 448.

⁹⁵ WECKEL Philippe, « L'arrêt sur le génocide : le souffle de l'avis de 1951 n'a pas transporté la Cour », *RGDIP*, 2007-2, p.309.

⁹⁶ Kofi Annan, Allocution du 8 décembre 2006 lors de la journée internationale des droits de l'homme, <http://www.un.org/News/fr-press/doc/2006/SGSM10788.doc.htm>, cité par WECKEL Philippe, « L'arrêt sur le génocide : le souffle de l'avis de 1951 n'a pas transporté la Cour », op.cit., p. 310.

le Professeur Weckel, à savoir les références aux décisions du Comité des droits de l'homme, dans l'avis sur le mur, concernant l'interprétation du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques.

68. Ainsi, pour résumer, l'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007, est une source de discussion sans fin pour les internationalistes. Nous avons volontairement éludé certaines questions n'ayant pas directement trait au droit de la responsabilité ou ne mettant pas spécialement en lumière la dialectique entre responsabilité pénale et responsabilité internationale de l'Etat. Par exemple, la question de la réparation a volontairement été écartée parce que classique. Il est néanmoins intéressant de noter que cette problématique toujours délicate peut en l'espèce être facilitée par la condamnation pénale d'individus, si tant est que la condamnation des auteurs puisse constituer une forme de réparation, mais ce serait là l'objet d'une autre étude.

69. En conclusion cet arrêt est une expérience délicate de chevauchement de domaines juridiques distincts et de deux responsabilités de nature différente. Malgré toutes les critiques qui ont été légitimement faites à cet arrêt, il faut néanmoins saluer le fait que la Cour ait réussi cette délicate intégration de la matière pénale dans le droit de la responsabilité internationale de l'Etat. Au-delà de l'enchevêtrement matériel des règles de droit issues de ces différents régimes, cet arrêt met en lumière un enchevêtrement organique et la nécessaire collaboration des juges dont les domaines s'entremêlent.