



# EUI Working Papers

LAW 2007/09

Crime sans châtime  
nt ou mission accomplie?

Pierre-Marie Dupuy



**EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE  
DEPARTMENT OF LAW**

*Crime sans châtement  
ou mission accomplie?*

**PIERRE-MARIE DUPUY**

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

The author(s)/editor(s) should inform the Law Department of the EUI if the paper is to be published elsewhere, and should also assume responsibility for any consequent obligation(s).

ISSN 1725-6739

© 2007 Pierre-Marie Dupuy

Printed in Italy  
European University Institute  
Badia Fiesolana  
I – 50014 San Domenico di Fiesole (FI)  
Italy

<http://www.eui.eu/>  
<http://cadmus.eui.eu/>

## **Abstract**

On 26 February 2007, the International Court of Justice delivered a judgment without any precedent. For the first time in the history of international adjudication, a sovereign State was condemned on the basis of the 1948 Genocide Convention. The debatable analysis and qualification of the pertinent facts as they were led by the Court in this case are to be seen in connection with applicable rules of State responsibility, these governing the identification of its origin as well as these dealing with the attribution of wrongful acts to the State. Satisfaction is confirmed to be the appropriate mode of reparation in such a type of cases.

*La C.I.J. a rendu le 26 février 2007 un arrêt sans précédent. Elle a en effet pour la première fois condamné un Etat non, certes, pour crime de génocide, option pourtant rendue accessible par l'interprétation qu'elle donne de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de 1948 pertinente, mais pour manquement à ses obligations de prévention et de répression des actes constitutifs du génocide perpétré à Srebrenica. L'analyse contestable tant des faits que du droit applicable retenue par la Cour doit s'examiner à la lumière des règles codifiées intéressant la responsabilité internationale des Etats ; qu'il s'agissent de celles relatives à la qualification du fait illicite ou de celles se rapportant à son imputation ou à la réparation du préjudice subi. La satisfaction, effectivement retenue par la Cour, paraît à cet égard la modalité la plus appropriée compte tenu de la nature des dommages.*

## **Keywords**

International Court of Justice, responsibility, International criminal law, attribution of wrongful facts, reparation, crime of genocide, complicity, prevention of the crime of genocide.



## *Crime sans châtement ou mission accomplie ?*

par  
Pierre-Marie Dupuy

Sans précédent. Tel est l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu le 26 février 2007 dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie et Montenegro. La Cour n'a pas voulu suivre l'un ou l'autre des motifs d'incompétence proposés par le défendeur. Face à une accusation aussi grave que celle du crime de génocide formulée à l'égard d'un Etat, elle n'a pas fui ses responsabilités judiciaires. Le contraste avec la position prise par la même juridiction en 1966 face à l'accusation d'apartheid dirigée contre l'Union sud-africaine et la façon dont la C.I.J. de l'époque avait alors refusé d'examiner l'affaire au fond est ici très frappant. La comparaison paraît tout à l'honneur de la haute juridiction aujourd'hui.. Jamais auparavant, la CIJ n'avait rendu, au fond, une décision portant sur la convention de 1948 précitée. Jamais non plus, elle n'avait posé qu'un Etat puisse commettre un crime, sur la base de l'interprétation donnée à l'article premier de cet instrument conventionnel bien particulier<sup>1</sup> ; un crime consistant dans la violation d'une obligation dont un autre arrêt, rendu par la même juridiction un an auparavant, avait reconnu le caractère impératif<sup>2</sup>. Jamais, en tout cas, la Cour n'avait constaté la responsabilité d'un Etat pour méconnaissance de son obligation de prévention d'un génocide, et pour manquement à son devoir de coopérer avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, toujours en vertu de la même convention. Jamais, enfin, la Cour n'avait dressé le catalogue terrible d'un ensemble de crimes effroyables, perpétrés de sang froid par les sbires d'une entité para-étatique, la Republika Srpska. L'arrêt restera quoiqu'il arrive comme une condamnation des crimes contre l'humanité.

Là s'arrêtent pourtant les innovations. La Cour n'a pas franchi le Rubicon. Elle a refusé de voir dans les organes de cette pseudo république des organes publics de la Serbie, même si les premiers ne devaient leur existence et leur fonctionnement qu'au soutien des seconds. Restée, de plus, attachée à sa jurisprudence rendue dans l'arrêt de 1986

---

<sup>1</sup> parce qu'en partie déclaratoire du droit international coutumier ainsi que la Cour l'avait dit dès son avis consultatif du 28 mai 1951 sur les réserves à la convention sur le génocide.

<sup>2</sup> Arrêt rendu le 3 février 2006 dans l'affaire de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête), para. 60 et 64.

entre le Nicaragua et les Etats-Unis sur les critères de la reconnaissance du contrôle effectif exercé par un Etat sur les activités d'une entité non étatique armée, elle a décidément refusé d'imputer à la Serbie les actes constitutifs du génocide perpétrés par des troupes pourtant encadrées par des officiers de l'armée de l'ancienne République fédérale de Yougoslavie (RFY), à commencer par le général Mladic; des crimes commis par des troupes également armées, soutenues et entraînés par les cadres de l'armée yougoslave, dans un climat de haine radicale, largement entretenu depuis Belgrade par le rêve dérisoire et brutal de constituer une « Grande Serbie ». D'une certaine façon, l'arrêt rendu le 26 février 2007, outre qu'il fait un usage à éclipses de l'obligation de *diligence due*, pourrait apparaître aussi comme la seconde mort du « crime d'Etat », déjà formellement écarté du projet adopté par la CDI sur le droit de la responsabilité<sup>3</sup>. A moins, au contraire, qu'on considère que l'arrêt en ménage, pour l'avenir, la possibilité, au moins au plan théorique...

Toujours est-il que ce jugement, aussi exceptionnel qu'il soit, demeure une affaire de responsabilité d'Etat, pas celle d'individus criminels<sup>4</sup>. La Cour ne pouvait évidemment connaître que des manquements imputables à la « personne morale » qu'est un Etat souverain. Les rapports contrastés entretenus pas son arrêt avec la jurisprudence du TPIY, ceux, ainsi, établis entre droit international classique<sup>5</sup> et droit international pénal constituent dès lors l'une des clefs de l'affaire. L'une de celles ayant finalement permis à une Cour qui n'est pas faite pour juger au pénal de rendre un arrêt tournant autour de la question de savoir si un Etat pouvait avoir commis le crime des crimes, la réponse étant en l'occurrence négative. Alors, crime sans châtement ou réalisation à minima d'une mission presque impossible ? On se permettra d'énoncer ici un certain nombre d'observations. Leur caractère volontairement restreint à la technique de la responsabilité peut aussi être compris comme une invitation à dépassionner le débat.

Puisque le procès fait par la Bosnie à la Serbie est une affaire de responsabilité, on y retrouve les questions inhérentes à ce type de cas : celle, tout d'abord, de la définition et de l'identification de ses faits générateurs ; celles, ensuite, de leur imputation, celle, enfin de leur réparation. De ces trois points de vue, l'arrêt ne peut laisser indifférent.

## I. Faits générateurs.

La question des faits générateurs occupe une place importante dans le raisonnement de la Cour. Dans ce commentaire introductif, on n'en retiendra que certains aspects, jugés déterminants dans l'économie générale de la décision. Le premier concerne la question de savoir si, sur la base de la convention de 1948, les Etats parties sont eux-mêmes tenus de *ne pas commettre de génocide* ou si leurs obligations se limitent, comme inciterait à le penser le titre même de la convention, à la prévention et à la répression du crime de génocide. On retiendra ensuite (mis ici à part l'examen minutieux des différents types d'actions entrant dans le cadre d'un plan génocidaire mentionnées à

---

<sup>3</sup> Tout au moins formellement. Voir P.M. Dupuy, Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan, cette Revue, 2003/2, p. 305-348.

<sup>4</sup> Fut-ce le chef de l'Etat serbe au moment des faits, dont la disparition précoce au cours de son propre procès par le TPIY pèse pourtant, en creux comme en pleins, sur bien des aspects de l'affaire

<sup>5</sup> ici entendu comme droit des relations entre Etats.



l'article II de la convention)<sup>6</sup> la question de savoir comment se définit la *complicité* d'un Etat dans la perpétration d'un crime de génocide. Cette question est elle-même à mettre en relation avec la définition et les implications de la *prévention* du même crime<sup>7</sup>.

A. Sur le premier point, (la convention interdit-elle aux Parties de commettre le génocide) la réponse apportée par la Cour peut apparaître, suivant le point de vue sous lequel on se place, soit assez audacieuse soit simplement logique. Audacieuse dans la mesure où elle n'hésite pas à faire dire à la convention ce qu'elle ne dit pas explicitement. Interprétant son article premier, quoiqu'il ne fasse, *expressis verbis*, obligation aux Etats que de prévenir le « crime de droit des gens » que constitue le génocide, la Cour s'autorise de l'objet et du but de la convention pour conclure que « *l'article premier a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide* ». <sup>8</sup>

On peut ne pas partager cette interprétation, dans la mesure où le texte voire les travaux préparatoires de la convention inciteraient plutôt le contraire ; les délégations l'ayant négociée avaient au contraire pris grand soin de limiter son objet à la détermination des seules obligations d'encadrement faites aux Etats parties à l'égard des individus placés sur leur territoire, que ces derniers soient susceptibles de commettre un génocide ou qu'ils l'aient effectivement commis. Cette interprétation littérale et restreinte coïncide largement avec le contexte politique de l'époque à laquelle le texte fut conçu, à l'échelle universelle et dans un monde déjà très déstabilisé par la montée de la guerre froide. Il est au demeurant difficile d'admettre que c'est pas inadvertance que la convention prévoit seulement à la charge des Parties des obligations « de faire » et non « de ne pas faire ». On pourra néanmoins, sans même avoir recours à une interprétation évolutive à laquelle la Cour ne se réfère pas ici mais qu'elle avait déjà cautionnée il y a dix ans<sup>9</sup>, être d'un avis opposé. Passant outre à la littéralité du texte, ce qu'elle ne fait pourtant qu'en assez peu d'occasions, on cautionnera alors l'interprétation retenue par la Cour en affirmant que, par implication logique, si l'Etat partie doit prévenir la commission de ce crime, il doit *à fortiori* s'abstenir de le commettre, par le biais de ses propres organes ou autrement. L'analyse retenue dépendra en définitive de la conception retenue quant à la finalité ultime de la convention<sup>10</sup>.

Toujours est-il que la Cour prend ici au moins une précaution, après avoir retenu cette interprétation large. Celle de bien souligner qu'en dépit de sa « *dualité* » caractéristique des crimes susceptibles d'être à la fois commis par des Etats et par des individus<sup>11</sup>, tels l'agression, la responsabilité étatique pour génocide n'est pas une responsabilité

---

<sup>6</sup> Para. 245-367.

<sup>7</sup> L'obligation de répression des individus ayant commis le génocide posant beaucoup moins de difficultés, on ne l'examinera pas ici. Voir para. 439-449. Il faut cependant noter que c'est sur le fondement de l'article VI de la convention de 1948 que la Cour pourra constater le manquement par la Serbie à son « *obligation de pleine coopération avec le TPIY* » (para. 449).

<sup>8</sup> Para. 166 de l'arrêt. Voir aussi para. 179.

<sup>9</sup> Arrêt du 25 septembre 1997 dans l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros, (Hongrie/Slovaquie) para. 140.

<sup>10</sup> A l'appui de la seconde interprétation, on peut aussi noter que l'article IX parle de la « responsabilité d'un Etat en matière de génocide » ; mais « en matière de » semble plutôt signifier ici « à propos de ».

<sup>11</sup> Para. 173.

pénale<sup>12</sup>. Ce passage, encore précoce dans le développement du raisonnement de la Cour, ouvre ainsi la possibilité normative de déclarer la Serbie responsable du génocide commis à Srebrenica pourvu que les autres conditions requises (c'est-à-dire essentiellement son imputabilité à ce même Etat) soient par ailleurs réunies.

B. La seconde question relevant de la définition des faits générateurs commentée ici est tout aussi centrale. Elle concerne la définition respective mais aussi la différenciation de la *complicité* dans la commission par rapport à la *prévention* de la réalisation du crime de génocide. Dans sa déclaration à l'intention de la presse, la Présidente de la Cour a elle-même reconnu que la différence entre ces deux notions n'était pas évidente. La question demeure celle de savoir si le raisonnement retenu par les juges pour distinguer ces deux notions peut emporter l'adhésion. Ici, en effet, tout à l'opposé de sa démarche dans l'interprétation précitée de l'objet de la convention de 1948, la Cour ne fait pas preuve d'audace. Tout au contraire, elle manifeste une extrême rigidité dans l'interprétation des standards applicables aux deux notions. Or, l'enjeu de la distinction était fondamental. Si la Serbie, faute de se voir imputer directement le génocide, soit du fait de ses organes, soit de celui du contrôle exercé par elle sur les auteurs du génocide (questions sur lesquelles on reviendra au titre des conditions d'imputabilité) pouvait se voir accusée de complicité, elle devenait alors elle-même co-responsable du crime avec cette entité pseudo étatique qu'était la Republika Srpska. Il s'agit donc là d'un des points essentiels de l'arrêt. Examinons brièvement, tour à tour, comment la C.I.J. aborde successivement la complicité puis la non prévention en les rapportant aux faits de l'espèce.

1. Au sens de l'article III e) de la convention de 1948, la complicité « englobe sans nul doute la fourniture de moyens destinés à permettre ou à faciliter la commission du crime »<sup>13</sup>. Ceci revient à rechercher, en accord avec l'article 16 du projet de la CDI sur la responsabilité des Etats, si des organes de l'Etat défendeur ont prêté « aide ou assistance » à la commission du génocide de Srebrenica<sup>14</sup>. La Cour reconnaît alors que « l'aide fournie sur les plans politique, militaire et financier par la RFY à la Republika Srpska et à la VRS<sup>15</sup>, commencée bien avant les tragiques événements de Srebrenica, s'est (...) poursuivie pendant ces événements. En ce sens, il n'est guère douteux que les atrocités de Srebrenica ont pu être commises, au moins en partie, avec les moyens dont les auteurs de ces actes disposaient en conséquence de la politique générale d'aide et d'assistance menée par la RFY en leur faveur. » Elle conclut néanmoins non sans paradoxe deux paragraphes plus loin que la responsabilité de la Serbie ne peut être engagée à raison de complicité de génocide au sens de l'article III e) de la convention de 1948.

2. Lorsqu'elle examinera, un peu plus loin dans l'arrêt, la question de savoir si la Serbie a satisfait à son obligation de prévention<sup>16</sup> la Cour constatera de même « qu'à l'époque considérée la RFY se trouvait, à l'égard des Serbes de Bosnie qui ont conçu et exécuté le génocide de Srebrenica, dans une position d'influence qui n'était comparable à celle

---

<sup>12</sup> Para. 173. Référence est faite à l'article 26 du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale et au commentaire de la CDI sous l'article 58 de son projet d'articles sur la responsabilité.

<sup>13</sup> Para. 419.

<sup>14</sup> Para. 420.

<sup>15</sup> La VRS était l'armée de la Republika Srpska. Voir para. 237.

<sup>16</sup> Au titre de l'article premier de la convention.

*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, la RFY et, de l'autre, la Republika Srpska et la VRS (...).* »<sup>17</sup> La considération de cet « *indéniable pouvoir d'influence et des informations dont elles disposaient* »<sup>18</sup>, jointe au rappel des obligations énoncées par l'Ordonnance en mesures conservatoires qu'elle avait prononcée en 1993 conduit la Cour à conclure que les autorités serbes ont, cette fois, bel et bien violé leur devoir de prévention du génocide.

Au-delà d'un constat des faits, comme on vient de le voir, très similaire dans les deux cas dont on aurait pu penser qu'il amènerait la Cour à constater la complicité aussi bien que l'absence de prévention se pose alors une autre question ; celle, proprement normative, de savoir ce qui, en droit, différencie l'une de l'autre. Le paragraphe 432 de l'arrêt avance à cet égard une première série de critères. Il n'est pas certain qu'ils soient étayés par la pratique internationale (dont la Cour ne dit rien) ni en eux-mêmes décisifs. Selon la Cour, en effet, « *la complicité suppose toujours (...) une action positive tendant à fournir aide ou assistance aux auteurs principaux du génocide, alors que la violation de l'obligation de prévention résulte de la simple abstention de prendre et de mettre en œuvre les mesures adéquates pour empêcher la commission du génocide.* »<sup>19</sup> On voit cependant combien est ténue, rapportée au constat de la dépendance de la République serbe de Bosnie à l'égard de la République serbe de Serbie, la distinction ainsi établie, alors que la CIJ reconnaît de toute façon les liens « *très forts* » qui existaient encore au moment du massacre entre les autorités de Belgrade et celles de Palé<sup>20</sup>.

Mais c'est la seconde série de critères qui peut laisser aussi perplexe. En effet, la Cour avait insisté en amont sur le fait que ce qui caractérise la complicité de génocide, c'est un élément dont tout indique qu'il est tiré du droit pénal : celui du « *dolus specialis* » ou « *intention spécifique (...) qui caractérise le crime de génocide et les mobiles qui poussent le complice (...) à agir ainsi.* »<sup>21</sup> Finalement, elle s'abstiendra de trancher, se contentant de constater que pour qu'il y ait complicité, il faut, à tout le moins, que le complice agisse « en connaissance de cause », c'est-à-dire en sachant quelles étaient les intentions réelles de l'auteur principal. Sur le plan du droit, on peut quoiqu'il en soit s'interroger sur la possibilité de transposer un critère pénal dans le domaine d'une responsabilité internationale de l'Etat dont la Cour, on l'a vu, avait insisté sur le fait qu'elle n'était précisément pas pénale. Sur le plan des faits, on laissera chacun répondre, à la lecture des éléments recensés par la Cour, en particulier lorsqu'elle se réfère aux rapports de Carl Bildt, envoyé spécial du Secrétaire général de l'ONU auprès de MM. Milosevic et Mladic<sup>22</sup>, sur la question suivante : la Serbie pouvait-elle valablement prétendre de pas avoir su que le massacre de Srebrenica allait se produire ni qu'il était en cours d'exécution, alors qu'il a duré pratiquement une semaine et que les fournitures d'armements serbes à la VRS se poursuivirent pendant cette période<sup>23</sup> ?

---

<sup>17</sup> Para. 435.

<sup>18</sup> Para. 438.

<sup>19</sup> Souligné par nous.

<sup>20</sup> Para. 434.

<sup>21</sup> Para. 421.

<sup>22</sup> Para. 408 et s.

<sup>23</sup> ainsi que l'avaient par ailleurs avéré les pièces de dossiers notamment dans les affaires Krstic (IT-98-33) et Blagojevic (IT-02-60) jugée antérieurement par le TPIY auxquelles la CIJ se réfère par ailleurs. Cf. para. 374 de l'arrêt.

On constate en tout cas combien la « *dualité* » de la responsabilité pour crime de génocide, pénale lorsqu'elle vise les individus, non pénale lorsqu'elle est susceptible de s'appliquer à un Etat, influe sur le raisonnement de la Cour. 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 sensé ne pas avoir su ce qui s'est ensuite produit. Différence au combien subtile, on en conviendra! Quoiqu'il en soit, cette lecture contestable des critères juridique comme des faits auxquels ils s'appliquent ne peut se saisir dans toute sa portée que si l'on rapporte la qualification des faits générateurs à la façon dont la Cour a répondu à la question de leur imputabilité à la RFY.

## II. Imputation.

La Bosnie, Etat demandeur, avait stratégiquement intérêt à aborder la question de l'imputabilité des actions de génocide accomplis par la Republika Srpska par la voie la plus directe : celle de la règle coutumière, codifiée à l'article 4 du projet de la CDI sur la responsabilité, selon laquelle « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international (...). » Ceci lui permettait en particulier de faire l'économie de la démonstration, renouvelée à propos de chacun des actes constituant le génocide, que ces actions des serbes de Bosnie étaient en réalité contrôlées sinon diligentées par les serbes de Serbie. L'obstacle qu'il lui fallait pourtant surmonter était de démontrer que les organes de la République fantoche étaient, en fait mais aussi en droit, de véritables organes de la RFY elle-même. On n'examinera pas ici le détail des arguments impressionnants déployés à cette fin par le demandeur. Force est de constater que la Cour n'a pas voulu le suivre ; faute, selon elle, une nouvelle fois, de preuves convaincantes<sup>24</sup>. En particulier, elle n'a pas été persuadée par les conseils de la Bosnie que le général Mladic ou l'un quelconque des officiers collaborant avec lui aient constitué des organes de la Serbie au sens de l'article 4 précité ; ceci, en dépit de la persistance du « *versement de soldes et autres prestations à certains officiels de la VRS* »<sup>25</sup> ainsi que des appuis déterminants, tant militaires qu'économiques, prodigués par Belgrade à la Republika Srpska et à son armée. La Cour s'en tient ici à un critère que l'on peut trouver excessivement formel. Il figure non dans le texte de codification de la règle coutumière posée à l'article 4 du projet de la CDI mais seulement dans son commentaire<sup>26</sup>. La C.I.J. relève en effet que l'expression 'organe de l'Etat' s'applique à toutes personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'Etat mais également « *qui agissent en son nom* »<sup>27</sup>. Or, fait observer la Cour, c'est au nom des autorités

---

<sup>24</sup> Para. 385-395.

<sup>25</sup> Para. 388.

<sup>26</sup> Ceci pose la question de savoir si le commentaire du projet d'articles de codification, rédigé par la CDI elle-même, doit être nécessairement considéré non seulement comme « authentique », ce qu'il est sans doute, mais également doté d'une autorité scientifique incontournable, ce qui paraît moins évident. Une chose est la règle codifiée, une autre l'interprétation qu'en fait le codificateur. Si certains éléments du commentaire paraissaient vraiment déterminants à la Commission, on peut notamment se demander pourquoi elle ne les a pas introduits dans le corps même du projet d'article concerné.

<sup>27</sup> Para. 388.

serbes de Bosnie et non de la RFY que les officiers de la VRS « y compris le général Mladic étaient, dans l'exercice de leur fonction »<sup>28</sup>.

Toujours dans le cadre d'application de la règle posée à l'article 4, la Cour était amenée à se poser une autre question. Celle de savoir si un Etat peut se voir attribuer le comportement de personnes ou de groupes de personnes « *qui, sans avoir le statut légal d'organes de cet Etat, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit de ce dernier qu'ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.* »<sup>29</sup>

Il s'agissait en l'occurrence de déterminer si des groupes armés dénommés « Scorpions », ou autres « Bérets rouges », « Tigres » ou « Aigles blancs », ayant agi dans la région de Srebrenica, étaient ou non intégrés, comme le prétendait le demandeur, dans les forces armées de la RFY<sup>30</sup>, ou, plus largement, s'ils devaient être considérés comme ayant agi, en dépit de leur apparent statut d'autonomie, comme de véritables « organes de fait » de la RFY, de telle sorte que les exactions par eux commises puissent être attribuables à cette dernière. La Cour rappelle alors à ce propos sa jurisprudence dans son arrêt de 1986 entre le Nicaragua et les Etats-Unis à propos des « *Contras* ». C'est à elle qu'il appartient de déterminer si de tels entités armées sont à ce point dépendantes de l'Etat considéré qu'elles peuvent être en réalité considérées comme agissant en son nom.<sup>31</sup>

Critère que l'on peut dire aussi de la « *totale dépendance* » de l'entité par rapport à l'Etat, interdisant de voir autre chose dans le premier qu'un organe de fait du second. La Cour relève cependant que la démonstration d'une telle situation ne se rencontre qu'à titre exceptionnel. « *Elle suppose, en effet, que soit établi un degré particulièrement élevé de contrôle de l'Etat sur les personnes ou entités en cause* »<sup>32</sup>. Or, la Cour se refuse en l'occurrence à le constater. Pour elle, à la date pertinente, ni le Republika Srpska ni la VRS ne pouvaient être regardées comme des organes de la RFY. Le relevé de certaines divergences entre Serbes de Bosnie et Serbes de Serbie à cette époque lui paraît en particulier témoigner de la subsistance d'une réelle autonomie des autorités de Palé par rapport à celles de Belgrade. Interprétation des faits qui relève d'une certaine conception du droit applicable dont il ne fait nul doute qu'elle donnera lieu à de nombreux commentaires critiques.

Restait alors pour la Bosnie qui avait prévu cette attitude de la Cour, à tenter un moyen d'imputation alternatif. Fondé, celui-là, sur la règle codifiée à l'article 8 du projet de la CDI, il visait les comportements accomplis « à raison des instructions » ou du « contrôle de l'Etat », qu'il fallait à la Bosnie démontrer à propos de chacune des opérations ayant donné lieu aux faits illicites considérés. La Cour insiste, ici à juste titre,

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Para. 391.

<sup>30</sup> En vertu d'un décret de 1991 il est vrai non produit en tant qu'annexe. Cf. para. 389. La Bosnie considérait que lesdits « scorpions » faisaient en réalité partie des forces placées sous l'autorité du ministère serbe de l'intérieur.

<sup>31</sup> Para. 391 de l'arrêt du 28 février 2007 renvoyant au paragraphe 109 de l'arrêt Nicaragua/États-Unis, Rec. 1986, p. 62-64.

<sup>32</sup> Para. 394.

sur le fait que ce type de situation doit être clairement distingué des précédents<sup>33</sup>. On n'est plus dans le cadre de la problématique des actes accomplis par les organes, de droit ou même de fait de l'Etat. On est dans celle qui consiste à savoir si, en dépit de leur autonomie statutaire par rapport à celui-ci, les entités considérées ont néanmoins agi sur instructions ou sous contrôle effectif de l'Etat mis en cause. Cette distinction, très claire en droit, repose néanmoins elle aussi sur une appréciation des faits souvent délicate. Elle est elle-même tributaire de la philosophie juridique dont s'inspirera le juge. Entre la « dépendance totale » de l'entité, qui fait de celle-ci un organe de fait de l'Etat (au sens de l'article 4 CDI), et le « contrôle effectif » exercé par ce dernier sur une autre entité, ce qui en fait son moyen d'action (relevant de l'article 8 CDI), la différence est sans doute de nature, du point de vue purement juridique ; elle demeure quoiqu'il en soit souvent de simple degré, dans la réalité des faits et livrée comme telle à l'appréciation subjective du juge.<sup>34</sup>

Toujours est-il qu'en droit, on sait que la Commission a refusé de prendre parti en faveur de la thèse élargie ou assouplie retenue par la Chambre d'appel du TPIY dans son arrêt de 1999 en l'affaire Tadic<sup>35</sup>, celle dite du « contrôle général », par rapport à celle du « contrôle effectif », beaucoup plus restrictive, qu'avait définie la C.I.J. en 1986 pour rejeter l'imputation des actes des Contras nicaraguayens aux Etats-Unis. La Commission retient, dans le texte de son article 8, la formulation selon laquelle « 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 »<sup>36</sup>. Comme il a déjà été vu plus haut<sup>37</sup>, la Cour a reconnu de façon tout à fait nette dans son arrêt les « liens très forts », « politiques, militaires et financiers » existant entre la Serbie et la Republika Srpska<sup>38</sup>. Elle avait de même noté l'« indéniable pouvoir d'influence »<sup>39</sup> dont disposait Belgrade sur Palé. Ceci ne lui paraîtra cependant pas suffisant pour conclure à l'exercice par la Serbie du contrôle effectif sur les exactions de la Republika Srpska.

La haute juridiction saisit alors cette occasion privilégiée pour corriger assez vertement la copie rendue par la Chambre d'appel du TPIY dans son arrêt précité de 1999. Opposant ici la responsabilité pénale des individus, laquelle est bien du ressort de ce tribunal *ad hoc*, et la responsabilité de l'Etat en droit international général qui est de sa propre compétence, la C.I.J. relève d'abord que la question examinée par le TPIY était

---

<sup>33</sup> Para. 397.

<sup>34</sup> Tout se joue alors dans la nature et l'appréciation des preuves requises par le juge et la question de savoir s'il acceptera dans certains cas de se satisfaire d'indices suffisamment concordants pour emporter son « intime conviction », démarche très généralement refusée dans l'arrêt du 26 février 2007. Cette dernière notion est, certes, empruntée au droit pénal. Mais on constate dans l'arrêt que la Cour envisage de tels emprunts conceptuels pour les transposer en droit international quand elle le juge opportun et qu'elle les rejette dans d'autres, sans expliquer pour autant pourquoi.

<sup>35</sup> IT-94-I-A, arrêt du 15 juillet 1999.

<sup>36</sup> Texte du projet de la CDI dans P.M.Dupuy, *Les grands textes de droit international public*, 5<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2006, p. 875-888.

<sup>37</sup> Même si, dans la rédaction de l'arrêt, ce constat intervient postérieurement à la considération par la Cour du moyen tiré par le demandeur de la règle posée à l'art. 8 du projet CDI.

<sup>38</sup> Para. 435.

<sup>39</sup> Para. 438.

différente<sup>40</sup>. Laissant ensuite clairement entendre que ce tribunal pénal spécialisé n'a pas autorité pour faire jurisprudence sur une question de droit international général, la Cour fait alors observer que le critère du « contrôle global » retenu par le TPIY « 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, 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. »<sup>41</sup> Elle précise : « Tel est le cas des actes accomplis par ses organes officiels, et aussi par des personnes ou entités qui, bien que le droit interne de l'Etat ne les reconnaisse par formellement comme tels, doivent être assimilés à des organes de l'Etat parce qu'ils se trouvent placés sous sa dépendance totale. »<sup>42</sup>

C'est donc sur la base du critère du « contrôle effectif » préféré à celui du « contrôle général » que la Cour examine les faits et qu'elle se réfère notamment aux rapports de Carl Bidlt déjà cités<sup>43</sup>, en eux-mêmes pourtant très illustratifs de la proximité entre Mladic, ordonnateur du massacre de Srebrenica et Milosevic, Président de la RFY. Elle s'en tient cependant au prudent témoignage d'un officier néerlandais ayant déposé devant le TPIY lors du procès Milosevic. A la connaissance de cet officier, aucune preuve indiquant que l'opération avait été lancée en coopération avec Belgrade n'a été rapportée<sup>44</sup>. La Cour en conclut que la décision de tuer la population masculine adulte de la communauté musulmane de Srebrenica a été prise par l'état-major de la VRS sans qu'il y ait eu instructions ou contrôle effectif de la part de la RFY<sup>45</sup>.

On n'entrera pas ici dans la discussion de l'appréciation des faits ainsi effectuée par la Cour. Ce qui, du point de vue général du droit de la responsabilité mais aussi de celui de la position respective de la CIJ et des tribunaux pénaux internationaux, retiendra l'attention, c'est en revanche le ferme maintien de sa jurisprudence de 1986 et du critère restrictif du « contrôle effectif » comme condition d'imputabilité à l'Etat des actes émanant d'une personne ou d'un groupe de personnes qui ne sont pas ses organes. L'auteur de ces lignes n'est nullement persuadé que cette attitude soit en l'occurrence justifiée mais là n'est pas la question et chacun reste libre à cet égard de sa propre appréciation. On remarquera en revanche que la règle selon laquelle un Etat n'est responsable que *de son propre comportement*, invoquée par la Cour pour soutenir le critère extrêmement du « contrôle effectif » aurait pu tout aussi bien être maintenu en parvenant à une conclusion différente. Lorsqu'un Etat manque à son obligation de diligence, fut-elle, comme elle l'est par nature, une obligation de moyens et non de résultat, c'est tout de même bien son action, ou, plus précisément, en l'espèce, son inaction propre qui constitue un fait illicite à lui directement imputable. Or, nous avons vu antérieurement que la Cour n'hésitera pas, un peu plus loin dans l'arrêt, à retenir le défaut de diligence de la Serbie dans la prévention du génocide<sup>46</sup>. On constate en tout cas une nouvelle fois ici, du point de vue de la technique de la responsabilité, combien

---

<sup>40</sup> Il est au demeurant exact que son objet était de déterminer si le conflit considéré présentait, au regard du droit humanitaire, un caractère interne ou international. Voir para. 404.

<sup>41</sup> Para. 406.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Para. 408 et s.

<sup>44</sup> Para. 412.

<sup>45</sup> Para. 413.

<sup>46</sup> Para. 438.

deux questions distinctes, celle de la *qualification* du fait illicite et celle du *lien d'imputation* peuvent être interdépendantes ; ceci veut dire qu'on peut jouer respectivement de l'une comme de l'autre. Il y avait là, indépendamment de toute appréciation du fait, une marge de manœuvre que la Cour s'est dispensée d'utiliser.

Toujours est-il que la C.I.J. saisit l'occasion de l'arrêt du 26 février 2007 pour régler, non sans hauteur, la question des dangers de contradiction de jurisprudence entre tribunaux internationaux<sup>47</sup>. La Cour définit ici une claire répartition des tâches entre elle d'une part, organe judiciaire principal des Nations Unies, juridiction universelle à compétence générale et les tribunaux spécialisés, d'autres part. Ces derniers peuvent, certes, être amenés à interpréter des règles de droit international général dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle ; mais, à tout le moins, la Cour internationale de Justice ne s'estimera pas nécessairement liée par ces prononcés jurisprudentiels. Elle seule peut en quelque sorte décider de la pertinence ultime des innovations introduites dans l'application du droit international par ces juridictions spécialisées. Hiérarchie fonctionnelle et division internationale du travail judiciaire ébauchant ainsi l'amorce d'une structuration du « pouvoir » judiciaire international, tel qu'entendu au sens de la théorie de la séparation des pouvoirs<sup>48</sup> ? Il ne semble, en effet, pas interdit de lire ce passage en lui donnant une telle portée.

### III. Réparation.

Comment réparer l'irréparable ? Question classique du « *pretium doloris* », la réparation du crime se pose déjà à l'échelle individuelle. L'Allemagne l'avait ainsi rencontrée, il y a quelques années, dans l'affaire Lagrand<sup>49</sup>. Face à l'exécution de ses deux ressortissants sans qu'ils aient pu bénéficier de l'assistance consulaire, elle s'était alors contentée de solliciter et d'obtenir de la Cour l'obligation de non répétition assortie de la satisfaction, consistant dans le constat judiciaire de l'illicite imputable au défendeur. Ce qui est vrai à l'échelle individuelle l'est encore davantage à l'échelle collective. Pour les sept à huit mille morts de Srebrenica, la Bosnie Herzégovine demandait essentiellement à la Cour une satisfaction au sens précité. Elle énonçait dans ses conclusions la liste des actes et omissions illicites dont elle sollicitait la Cour de dresser le constat en l'imputant à la Serbie et Monténégro. Un seul type d'infractions à la convention de 1948 requérait d'après elle la déclaration supplémentaire par la Cour d'une cessation de l'illicite. Il s'agit des faits illicites continus se perpétuant encore au moment du jugement du 27 février dernier : manquement à l'obligation de punir les actes de génocide et défaut de coopération avec le TPIY, illustré notamment par le

---

<sup>47</sup> Cette question avait été à l'origine de la mise en garde énoncée par le Président de la Cour en octobre 2000 devant la commission juridique de l'Assemblée générale. Voir P.M. Dupuy, préface à l'ouvrage de K. Wellens et O. Huesa Vinaixa (eds.) *Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, travaux du séminaire tenu Palma, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. V-XXII.

<sup>48</sup> Sur l'absence de « fonction judiciaire » organisée dans l'ordre juridique international et ses conséquences, je me permets de renvoyer aux développements consacrés à la question dans l'Unité de l'ordre juridique international, cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 2002, t. 297, notamment p. 473 et s.

<sup>49</sup> Arrêt du 27 juin 2001, notamment para. 125 et s.



refus persistant de livrer à cet organe les responsables individualisés du génocide de Srebrenica, Mladic en tête.

Du moins pour les faits illicites qu'elle a retenus, la Cour s'est effectivement maintenue à l'intérieur de ces deux règles secondaires<sup>50</sup> : satisfaction par constat judiciaire de l'illicite et déclaration de l'obligation de cessation de l'illicite pour les manquements persistants au droit<sup>51</sup>. On constate ainsi que la satisfaction, loin de constituer un mode accessoire de réparation, connaît dans la jurisprudence récente un usage renouvelé. Elle n'est pas cantonnée à la réparation d'illicites dont la portée resterait mineure, tels les fameux cas d'injure au drapeau jadis scrupuleusement recensés par la chronique des faits internationaux tenue dans cette Revue par le professeur Charles Rousseau. La satisfaction apparaît au contraire comme le mode approprié pour rétablir l'ordonnement juridique dans la situation où il était antérieurement à la création de faits illicites majeurs, du moins lorsque toute réparation matérielle paraît dérisoire ou inadaptée. Ce n'est pas parce qu'elle présente un caractère purement normatif que la satisfaction doit être considérée comme une modalité mineure de réparation. Tout au contraire. L'objet véritable d'actions du type de celle introduite par la Bosnie Herzégovine devant la Cour était en effet, d'abord et avant tout, que « justice lui soit rendue » par le constat de l'illicite imputable à la Serbie. La réparation attendue de la Cour consistait à ce que celle-ci désigne officiellement du doigt au reste de la communauté internationale un Etat qui, après l'Allemagne nazie, avait commis le génocide. « *Name and shame* » ! C'est à l'aune de ce critère, autant politique que juridique, qu'il faut alors juger l'issue de ce procès. La Bosnie n'a pu considérer le jugement final de la Cour qu'avec une grande amertume : elle n'a pas réussi à lui faire dire que la Serbie était responsable de l'essentiel, à savoir le génocide commis à Srebrenica. Tout au plus trouve-t-elle une consolation dans la description détaillée par la Cour des horreurs effectivement commises à l'encontre de sa population par la Republika Srpska.

\*

On revient ainsi à la question posée dans le titre de cet éditorial. L'arrêt se solde-t-il par un crime resté sans châtement ? On peut en effet le craindre, si l'on adopte du moins le point de vue du demandeur. On doit pourtant ne pas s'en tenir là et constater que la Cour a su rendre une décision possédant une certaine cohérence. Sans fuir dans un trop habile constat d'incompétence, elle a su rendre un arrêt dans une affaire où le traitement du fait et l'abord de questions de droit, placées à la lisière du pénal et de l'international classique, désignaient un champ de tension majeur pour l'ordre juridique international tout entier. De l'aveu de certains, il n'était initialement nullement assuré que la Cour puisse, ne serait-ce que matériellement, se sortir de cette mission ; étant donné, notamment, le nombre des témoignages, la surabondance de la documentation et les difficultés de leur interprétation. En réalité, elle n'a pu triompher de cette tâche qu'en s'appuyant sur l'énorme travail d'analyse mais aussi de qualification des faits qui avait été accompli avant elle par le TPIY. Ce dernier s'estimera pourtant bien mal payé

---

<sup>50</sup> Au sens retenus par H.Hart dans « le concept de droit » et par R.Ago dans ses rapports à la CDI.

<sup>51</sup> La conclusion 6 b) prononcée à la clôture de la phase orale laisse à la Cour le soin de se prononcer sur « la nature, la forme et le montant de la réparation ...au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord à ce sujet dans l'année suivant le prononcé de l'arrêt de la Cour ». Para. 66 de l'arrêt.

en retour. Honoré par la confiance que lui fait la Cour à propos du traitement juridique des faits, il est remis à ce qu'elle estime être sa juste place pour ce qui se rapporte à la façon dont il avait prétendu faire évoluer les règles de fond sur une question intéressant le droit international général.

En définitive, et l'on vient de l'évoquer en parlant de la portée, symbolique mais décisive, de la satisfaction, telle une sorte de « *Truth Commission* » internationale, la Cour était requise, par l'intermédiaire d'un jugement en responsabilité pour commission du crime des crimes, de jouer d'une certaine façon un rôle allant au-delà du droit. Celui d'honorer les morts en désignant leurs assassins ; celui, aussi, de réconciliation des peuples, par delà le constat, authentifié par prononcé judiciaire, de la commission du génocide par un Etat souverain. L'arrêt ménage, on l'a vu, cette possibilité sur le plan théorique en consacrant une lecture audacieuse de l'article premier de la convention de 1948. Le génocide, nous dit la Cour, constitue bien, tel l'agression, un crime d'Etat. Mais elle s'arrête ensuite devant le dernier seuil. Celui qui aurait consisté à déclarer effectivement cet Etat criminel. Comme interdits, les juges s'arrêtent sur le seuil ultime. Ils refusent encore de constater qu'en l'espèce existait bel et bien une responsabilité internationale pénale de l'Etat ; mais l'avenir dira si cet arrêt n'a finalement pas plus ouvert de voies qu'il n'a semblé vouloir figer le droit.

\*