

La responsabilité internationale de l'Etat après l'aff. *Bosnie c/ Serbie*

Eric DAVID,
Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Le 26 février 2007, la CIJ rendait son arrêt dans l'aff. de *l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. Aux termes de cet arrêt, la Cour constatait que les massacres commis à Srebrenica par des éléments des forces serbes de Bosnie constituaient un génocide¹, mais elle refusait d'en attribuer la paternité et la responsabilité directe à la Serbie². Cette décision a soulevé bien des déceptions dans la presse, chez les défenseurs des droits humains³ et chez les commentateurs⁴ car il était notoire que les forces serbes de Bosnie étaient composées d'anciens membres de l'armée serbe restés en Bosnie avec leur équipement et que la Serbie aidait ces forces en matériel et en fonds⁵. Cela ne permettait-il pas à la Cour d'être plus sévère avec la Serbie et de conclure à sa responsabilité dans les massacres de Srebrenica ? Telle est la question à laquelle la présente note souhaite répondre car le soussigné sait à quel point le dédicataire de ces brèves observations – Michael Bothe – a toujours été sensible aux questions de responsabilité que soulèvent les violations du droit international humanitaire.

Si l'on prend comme critères de responsabilité internationale le projet d'articles de la CDI (ci-après « articles CDI »), il s'agissait donc de savoir si

- les forces serbes de Bosnie étaient des organes *de jure* ou *de facto* de l'Etat serbe (articles CDI, art. 4-5) ;
- la Serbie contrôlait ces forces au moment des massacres (articles CDI, art. 8) ;
- la Serbie avait endossé et approuvé les massacres de Srebrenica (articles CDI, art. 11) ;
- la Serbie avait apporté une aide à ces massacres (articles CDI, art. 16) ;
- la Serbie s'était abstenue de prendre des mesures qu'elle aurait dû prendre pour prévenir ou empêcher ces massacres (articles CDI, art. 12).

On va voir si la Cour a traité ces différents points dans son arrêt et comment elle l'a fait.

¹ Arrêt, § 297 ; dans les notes qui suivent, l'arrêt du 26 février 2007 sera simplement désigné par le terme « Arrêt ».

² *Ibid.*, § 414.

³ Voy. par ex., les commentaires de la Société pour les peuples menacés, Newsletter n° 283, 11 avril 2007, in www.gfbv.ch/f/archiv/newsletter/newsletter283.html ; voy. aussi la réaction d'une personne interviewée par le Comité catholique contre la faim et pour le développement, mars 2007, in www.ccfid.asso.fr/ewb_pages/p/parole_1061.php ; voy. les réactions rapportées par *The Times*, 26 Febr. 2007, in www.timesonline.co.uk/tol/news/world/europe/article1441632.ece ; pour *Le Figaro*, 15 oct. 2007, « La procédure, lancée en 1993, aboutit finalement à un crime sans coupable », in www.lefigaro.fr/international/20070226 ; voy. lettre d'information de l'association Sarajevo, 9 avril 2007 in www.association-sarajevo.org/spip.php?article548 ; voy. diverses réactions dans *Libération*, in www.liberation.fr/php/pages/pageReactionsList.php?rubId=12&docId=237453#reac192246 ; voy. *The New York Times*, 27 Febr. 2007, in listserv.buffalo.edu/cgi-bin/wa?A2=ind0702&L=justwatch-l&O=D&P=68741, etc. Sites consultés, le 7 janvier 2008.

⁴ Voy. la réaction, plutôt musclée, du Président de l'A.S.I.L., José E. Alvarez, qui écrit : « Just like some U.S. journalists, the majority of the ICJ's judges appear in need of a basic course in Fact-Finding » in Notes from the President, *ASIL Newsletter*, Spring 2007, vol. 23, issue 2 ; voy. aussi la réponse de la Cour qui affirme : « This is not the sort of knowledgeable, dignified commentary expected of a President of the American Society of International Law », *ibid.*, Summer 2007, p. 13.

⁵ Arrêt, §§ 239-241.

I. Les forces serbes de Bosnie étaient-elles des organes *de jure* ou *de facto* de la Serbie ?

Comme on le sait, tout fait internationalement illicite accompli par un organe de l'Etat est imputable à cet Etat et engage sa responsabilité internationale, qu'il s'agisse d'un organe *de jure* (organe législatif, exécutif ou judiciaire) (articles CDI, art. 4) ou d'un organe *de facto* (personnes ou entités paraétatiques exerçant des prérogatives de puissance publique) (articles CDI, art. 5). Les forces serbes de Bosnie avaient-elles un de ces deux statuts ? C'était très exactement la question que la CIJ s'est posée :

« Il y a lieu d'abord de se demander si les actes commis à Srebrenica l'ont été par des organes de l'Etat défendeur [la Serbie], c'est-à-dire par des personnes ou entités dont le comportement est nécessairement attribuable à ce dernier, parce qu'elles sont les instruments mêmes de son action. Il y aura lieu ensuite, en cas de réponse négative à la question précédente, de se demander si les actes en cause ont été commis par des personnes qui, bien que ne constituant pas des organes de l'Etat défendeur, ont agi cependant sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de ce dernier. »⁶

Les réponses de la Cour sont clairement négatives : même si l'armée serbe de RFY a participé fréquemment, au cours des années précédentes, à des opérations militaires conjointes avec les forces serbes de Bosnie, « il n'est pas établi qu'une telle participation ait eu lieu dans le cadre des massacres commis à Srebrenica »⁷. L'armée serbe n'ayant pas participé à ces massacres, aucune responsabilité ne peut être imputée à la Serbie.

Quant aux milices paramilitaires de la Republika Srpska dont l'une d'elles était présente dans la région de Srebrenica – les « Scorpions » (les autres milices étaient les « Bérets rouges », les « Tigres » et les « Aigles blancs ») –, il n'a pas été démontré, selon la CIJ, qu'en juillet 1995, ces milices étaient sous la « totale dépendance » de la RFY⁸. Le critère de « totale dépendance » était celui retenu par la Cour dans l'aff. des *activités militaires et paramilitaires* pour répondre à la question de savoir si un groupe était un organe de fait de l'Etat. *In casu*, sur la base de ce critère, la CIJ avait exclu l'imputation aux E.-U. des actes des *contras* nicaraguayens⁹ et elle est arrivée à la même conclusion pour les « Scorpions »¹⁰ car l'appartenance alléguée (par la Bosnie) des « Scorpions » au ministère serbe de l'Intérieur n'était pas prouvée¹¹.

II. La Serbie contrôlait-elle les forces serbes de Bosnie au moment des massacres ?

Pour la CDI, le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est un fait imputable à un Etat si cette personne ou ce groupe ont agi, en fait, sur les instructions ou sous le contrôle de cet Etat (articles CDI, art. 8). Cette règle, également citée dans l'aff. des *activités militaires et paramilitaires*, avait alors conduit la Cour à rejeter l'affirmation que les E.-U. étaient responsables des violations du droit international humanitaire commises par les *contras* car il n'avait pas été démontré que les forces *contras* étaient suffisamment « soumises » aux E.-U.¹². Dans l'aff. *Bosnie c. Serbie*, la Cour utilise aussi le critère du contrôle effectif pour conclure que rien ne prouve que les massacres de Srebrenica ont été commis « sur les instructions ou sous le contrôle des organes de la RFY »¹³.

III. La Serbie a-t-elle endossé et approuvé les massacres de Srebrenica ?

⁶ *Ibid.*, § 384.

⁷ *Ibid.*, § 386.

⁸ *Ibid.*, § 394.

⁹ *Ibid.*, § 391.

¹⁰ *Ibid.*, § 395.

¹¹ *Ibid.*, § 389 ; *contra*, déclaration Bennouna.

¹² *Activités militaires, CIJ, Rec. 1986*, p. 65, § 116.

¹³ Arrêt, § 413.

L'Etat qui reconnaît et adopte comme étant sien un comportement qui est un fait internationalement illicite engage sa responsabilité internationale (articles CDI, art. 11). Tel a, par exemple, été le cas dans l'aff. du *personnel diplomatique et consulaire américain à Téhéran* où la CIJ avait constaté que « l'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien [avaient] approuvé » cette prise d'otage, ce qui conférait à celle-ci le caractère d'acte de l'Etat iranien¹⁴. En l'occurrence, cette hypothèse n'a pas été alléguée par la Bosnie et la question n'a donc pas été traitée par la Cour.

IV. La Serbie a-t-elle contribué aux massacres de Srebrenica ?

Selon la CDI, l'aide apportée par un Etat à un fait internationalement illicite engage la responsabilité internationale de cet Etat (articles CDI, art. 16). Autrement dit, il s'agit de savoir si l'assistance militaire, financière et politique généralement apportée par la Serbie aux autorités de la Republika Srpska faisait de la première une complice de la seconde dans les massacres de Srebrenica.

La Cour s'est bornée à examiner cette question sous l'angle strict de la complicité dans le génocide, complicité qui est incriminée à l'art. III, e, de la Convention de 1948. Or, la complicité dans le crime de génocide (en droit pénal international) ne se confond pas totalement avec la complicité dans les massacres de Srebrenica (en droit international général), même si ceux-ci ont été qualifiés de « génocide » (*supra*). Il n'y a « complicité dans le génocide » (art. III, e), dit la Cour, que si le complice « agit en connaissance de cause, c'est-à-dire, notamment, connaît l'existence de l'intention spécifique (*dolus specialis*) qui anime l'auteur principal »¹⁵. Sur ce plan, la Cour constate que la preuve de cette intention n'a pas été rapportée :

« il n'a, en effet, pas été établi de manière indiscutable, par l'argumentation développée entre les Parties, que les autorités de la RFY auraient fourni et continué à fournir leur aide et leur assistance aux chefs de la VRS qui ont décidé et exécuté le génocide, à un moment où elles auraient été clairement conscientes qu'un génocide était sur le point, ou en train, d'être commis, c'est-à-dire que des massacres étaient non seulement sur le point, ou en train, d'être perpétrés, mais qu'ils l'étaient avec l'intention spécifique, de la part de leurs auteurs, caractérisant le génocide, c'est-à-dire l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe humain comme tel. »¹⁶

Conclusion logique de la Cour : la responsabilité de la Serbie n'est pas engagée au regard de l'art. III, e, de la Convention¹⁷. Quant à savoir si cette responsabilité pouvait découler des règles générales relatives à la responsabilité de l'Etat pour sa contribution à un fait internationalement illicite (articles CDI, art. 16), la Cour n'examine pas la question, probablement parce que sa compétence était fondée uniquement sur la Convention de 1948.

Certains juges étaient toutefois loin d'être convaincus par l'absence de responsabilité de la Serbie pour complicité de génocide. Selon le juge K. Keith, la Cour disposait d'éléments de preuve montrant que Milosevic connaissait les intentions des dirigeants des forces serbes de Bosnie et « consequently he must have known that they had formed the intent to destroy in part the protected group »¹⁸. Pour le juge M. Bennouna, « les autorités de Belgrade étaient pleinement informées de l'attaque de Srebrenica et elles auraient dû savoir également qu'un massacre de la population musulmane de cette ville se préparait »¹⁹. Ces affirmations étaient toutefois

¹⁴ *Personnel diplomatique et consulaire, CIJ, Rec. 1980*, p. 35, § 74.

¹⁵ Arrêt, § 421.

¹⁶ *Ibid.*, § 422.

¹⁷ Art. III : « Seront punis les actes suivants : [...] e) la complicité dans le génocide. »

¹⁸ Arrêt, déclaration Keith, § 15.

¹⁹ *Ibid.*, déclaration Bennouna.

basées sur des éléments contextuels et circonstanciels de preuve plutôt que sur des preuves directes. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour est restée plus prudente dans ses conclusions et n'a pas retenu l'idée d'une responsabilité pour complicité.

Cela n'exclut cependant pas, au regard de l'Histoire et du droit international général, une responsabilité propre de la Serbie pour sa contribution à un fait internationalement illicite, une responsabilité non pour complicité de génocide *stricto sensu*, mais pour complicité dans des massacres de civils au pouvoir des forces serbes de Bosnie, responsabilité découlant de l'assistance militaire, financière et politique apportée par la Serbie aux autorités de la Republika Srpska. La Cour ne pouvait sans doute pas se prononcer sur ce point eu égard à la base de sa compétence fondée exclusivement sur la Convention de 1948, mais cela n'empêche pas l'observateur extérieur de le faire.

V. La Serbie aurait-elle dû prendre certaines mesures pour prévenir ou empêcher les massacres de Srebrenica ?

La responsabilité internationale d'un Etat est engagée lorsque le comportement de cet Etat viole une obligation internationale qui le lie (articles CDI, art. 2 et 12). En ce qui concerne les massacres de Srebrenica, on peut se demander si la Serbie avait pris les mesures exigées par le droit international, et plus précisément par la Convention de 1948, pour prévenir ces massacres. La CIJ a constaté que cela n'avait pas été le cas. Dès lors que la Convention de 1948 obligeait les Etats parties « à prévenir et à punir le génocide » (art. 1), la CIJ estime que la Serbie aurait dû faire preuve de diligence « pour tenter d'éviter que ne se produisent les tragiques événements qui s'annonçaient, et dont l'ampleur était sinon prévisible avec certitude, du moins soupçonnable »²⁰. La Cour déclare :

« Or, le défendeur n'a établi l'existence d'aucune initiative à des fins préventives, d'aucune action de sa part visant à éviter les atrocités qui ont été commises. Force est de conclure que les organes du défendeur n'ont rien fait pour prévenir les massacres de Srebrenica, prétendant être impuissants à cette fin, ce qui ne cadre guère avec ce que l'on sait de leur pouvoir d'influence sur la VRS. »

Ici, la Cour affirme clairement la responsabilité internationale de la Serbie pour ne pas avoir pris les mesures de prévention que la Convention de 1948 lui imposait et qu'elle aurait dû prendre eu égard à l'influence qu'elle exerçait sur la *Republika Srpska*.

Si la Cour admet la responsabilité internationale de la Serbie pour ne pas avoir pris les mesures de prévention adéquates tout en niant que la Serbie porte une quelconque responsabilité dans les massacres de Srebrenica, cette position peut sembler légère ou molle eu égard à la gravité des crimes commis ; elle est pourtant un élément de réponse aux nombreuses réactions désappointées qui ont accueilli l'arrêt. Dorénavant, il est clair que toute autorité étatique ou internationale doit être beaucoup plus attentive à ce qu'elle fait et, surtout, à ce qu'elle ne fait pas. Le silence, l'abstention, la négligence entraînent la responsabilité de l'autorité qui aurait dû parler, commander ou agir et qui, au lieu de cela, s'est tue ou s'est abstenue. Lorsque cette autorité (Etat ou organisation internationale) dispose d'une certaine influence sur des groupes, des personnes, des entités, des Etats qui violent clairement le droit international et lorsque cette autorité reste passive à l'égard de ces comportements, elle engage sa responsabilité internationale si elle ne remplit pas son obligation de *due diligence* dont la Cour avait dit à juste titre que cette notion, à apprécier *in concreto*, « revêt une importance cruciale »²¹. La leçon s'impose d'autant plus que, comme la Cour l'a également observé, l'obligation de prévention qu'impose la Convention de 1948 se retrouve

²⁰ *Ibid.*, arrêt, § 438.

²¹ Arrêt, § 430.

« dans bien d'autres instruments [...] sous des formes diverses : ainsi, notamment, de la convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (art. 2) ; de la convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, du 14 décembre 1973 (art. 4) ; de la convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé du 9 décembre 1994 (art. 11) ; de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 (art. 15). »²²

Conclusions

Si l'arrêt rendu par la CIJ dans l'aff. *Bosnie c. Serbie* est loin de soulager la douleur des proches des victimes ainsi que de ceux et celles que les massacres de Srebrenica interpellent aux plans moral, politique et juridique, cet arrêt n'est pas aussi décevant qu'il peut sembler *a priori*. Il faut commencer par rappeler que la CIJ n'avait pas le pouvoir d'appliquer le droit international général et que sa compétence se confinait à la question de savoir si la Serbie pouvait se voir imputer une responsabilité directe dans les crimes de génocide commis à Srebrenica. Du coup, son angle d'analyse restait nécessairement étroit, d'autant plus étroit que les preuves mises à sa disposition ne lui permettaient pas d'aller très loin dans l'examen des faits. On regrettera, à cet égard, que la Cour n'ait pas cherché davantage à obtenir des preuves que la Serbie lui refusait. Si la Cour a admis qu'elle pouvait en tirer les conclusions qui lui paraissaient utiles²³, elle est loin d'avoir abusé de ce pouvoir²⁴.

L'arrêt n'en reste pas moins intéressant et précieux pour l'avenir car il met l'accent sur le rôle de la *due diligence* et il montre que les Etats, voire les organisations internationales, ne peuvent pas se réfugier dans la passivité ou l'indifférence. Certes, la Cour n'a évoqué que des obligations dont la source est conventionnelle, mais rien n'interdit d'en étendre le principe aux règles coutumières, en particulier, aujourd'hui, à la fameuse « responsabilité de protéger »²⁵. Contrairement à ce qu'une lecture un peu rapide de l'arrêt pourrait laisser croire, la Cour est restée moins prisonnière qu'il y paraît d'un formalisme étriqué.

Ce n'est cependant pas toujours vrai et on regrettera assurément que dans l'examen des obligations répressives énoncées par la Convention de 1948, la Cour n'ait pas reconnu que cette convention imposait une obligation de réprimer le génocide qui liait tous les Etats et pas seulement l'Etat sur le territoire duquel le génocide avait été commis²⁶ ; à l'heure où la lutte contre l'impunité devient une volonté planétaire réitérée sans cesse par les NU²⁷, la Cour a fait preuve d'une prudence qui confine à la frilosité et qui ne correspond pas, pensons-nous, à la volonté de la communauté internationale. Cette réticence de la Cour est, à nos yeux, la plus grande faiblesse de l'arrêt qui, par ailleurs, enrichit le droit de la responsabilité internationale.

²² *Ibid.*, § 429.

²³ *Ibid.*, § 206.

²⁴ *Ibid.*, op. dissid. Mahiou, § 63.

²⁵ S/Rés 1674, 28 avril 2006, § 4 ; A/Rés. 60/1, 16 sept. 2005, § 138.

²⁶ Arrêt, § 442.

²⁷ Voy. par ex., S/Rés. 1261, 25 août 1999, § 3 ; S/Rés. 1674, 28 avril 2006, §§ 7, 8 et 11 ; etc.