



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

## Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights  
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos  
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

### OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 1/2015

#### 1. RESPONSABILITÀ DE L'ETAT ET RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE POUR CRIME DE GÉNOCIDE: UNE SEPARATION PUREMENT THEORIQUE?

##### [Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide – arrêt du 3 février 2015](#)

Le 3 février 2015 la Cour internationale de Justice (CIJ) a rendu son arrêt dans l'affaire concernant la Convention sur le génocide en rejetant aussi bien la demande principale de la Croatie que la demande reconventionnelle de la Serbie. Bien qu'elle ait établi la commission de violations relevant de l'article II, *litt. a)* et *b)* de la Convention et, par conséquent, que l'élément matériel du génocide ait été prouvé, la Cour a conclu, par une très large majorité, que les parties n'avaient pas prouvé que ces actes avaient été commis avec l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe visé.

La décision était pour quelqu'un tout à fait prévisible (voy. [Milanovic](#)) en particulier à la lumière de la précédente affaire concernant toujours l'application de la Convention sur le génocide que la Cour avait tranchée en 2007 (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 43). Mais ce n'est pas le fond qui retiendra notre attention (pour une analyse succincte et efficace des éléments de preuve dont disposait la Cour voy. [opinion individuelle du juge Keith](#)).

La question qui a partagé les membres de la Cour, à n'en juger qu'au dispositif et aux positions individuelles des juges, concernait plutôt la compétence juridictionnelle *ratione temporis* de la Cour sur la base de l'article IX de la Convention de 1948. Il s'agissait de savoir si la disposition couvrait également les conduites serbes tenues *avant* le 27 avril 1992, date à partir de laquelle la Serbie pouvait être considérée comme liée par la Convention (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2008, par. 117). Manifestement, la question du consentement à la juridiction de la Cour a divisé ses membres plus que l'établissement de la commission du génocide. Les hésitations de la Cour sur le statut de la Serbie suite à la dissolution de la Yougoslavie n'ont certainement pas simplifié sa tâche.

La Cour a considéré que l'interprétation de l'article IX de la Convention devait se faire à la lumière du droit international général et notamment des règles secondaires

régissant la succession des Etats en matière de responsabilité (voy. à cet égard [Kohen](#)). Par conséquent, la Cour était compétente à se prononcer sur l'éventuelle responsabilité de la Serbie, par voie de succession, découlant des actes de génocide commis avant le 27 avril 1992 et attribuables à la République fédérale socialiste de Yougoslavie (par. 112-115). Elle a en outre précisé que le principe évoqué dans l'affaire de l'*Or monétaire* ne saurait s'appliquer «en ce qui concerne un Etat qui a cessé d'exister, comme c'est le cas de la RFSY» (par. 116). La question est bien trop complexe pour l'aborder ici. L'on se contentera de renvoyer aux opinions dissidentes des juges qui ont surtout mis en évidence: un manque de clarté de la Cour sur les règles coutumières régissant la succession en matière de responsabilité (voy. les opinions individuelles des juges [Kreca](#), par. 61, [Owada](#), par. 11, et [Skotnikov](#), par. 4, ainsi que la déclaration du juge [Xue](#), par. 23) et l'incertitude sur l'application rétroactive de la Convention que l'interprétation de l'article IX à la lumière de ces règles entraînerait (voy. les opinions individuelles du président [Tomka](#), par. 25, et du juge [Sebutinde](#), par. 13-15, ainsi que la déclaration du juge [Xue](#), par. 22).

Un autre aspect était central pour la solution du différend: le rapport entre responsabilité de l'Etat et responsabilité pénale individuelle pour crime de génocide. A cet égard, la décision de la Cour contient des affirmations qui méritent une analyse plus ponctuelle.

### *1. La séparation entre régimes de responsabilité*

Le différend entre Croatie et Serbie soulevait sans doute la question du rapport entre responsabilité d'Etat et responsabilité pénale individuelle d'un point de vue théorique. La Cour était appelée à se prononcer sur la responsabilité de deux Etats pour des faits qui en partie avaient déjà fait l'objet de procédures pénales internationales. Ce qui explique pourquoi la question du rapport entre régimes de responsabilité avait aussi des implications concrètes: la Cour devait décider jusqu'à quel point elle pouvait prendre en considération les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

La décision de 2015 prend une position très nette sur la question de principe: «La responsabilité de l'Etat et la responsabilité pénale individuelle obéissent à des régimes juridiques et poursuivent des objectifs différents» (par. 129). La Cour ne pouvait affirmer plus clairement la séparation entre les deux régimes de responsabilité internationale. Cette affirmation de principe justifie la conclusion de la Cour selon laquelle «un Etat peut voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention pour génocide» non seulement pour des actes «attribuables à l'Etat, commis par une personne ou un groupe de personnes, dont la responsabilité pénale individuelle a été établie au préalable» mais aussi «sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe» (par. 128). Par conséquent, l'absence de condamnations pour génocide de la part du TPIY pour les faits à la base du différend entre Croatie et Serbie n'empêchait pas la Cour de se prononcer sur les allégations de génocide avancées par les parties.

Toutefois, les deux régimes de responsabilité étatique et de responsabilité pénale individuelle se caractérisent pour une certaine superposition, ne fût-ce que pour le fait de découler de la violation des mêmes normes primaires (voy. B.I. Bonafè, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden/Boston, 2009). Ce que la Cour a reconnu lorsqu'elle a admis pouvoir prendre en considération «les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier celles du TPIY, comme elle l'a fait en 2007,

lorsqu'elle examinera en l'espèce les *éléments constitutifs* du génocide » (par. 129, c'est nous qui soulignons). Les décisions du TPIY peuvent alors relever afin d'établir la violation de la norme primaire, c'est-à-dire la commission du génocide par la Serbie (la demande principale) ou par la Croatie (la demande reconventionnelle). Mais la Cour a précisé qu'une fois établie la commission du génocide l'attribution à l'Etat devait être appréciée « sur la base des règles de droit international général relatives à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » (*ibid.*).

## 2. L'établissement de la responsabilité étatique

Le rejet des demandes des parties s'explique par le fait que la Cour a conclu que, dans les deux cas, un génocide n'avait pas été commis nonobstant l'établissement de son élément matériel (*actus reus*). Les meurtres et les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe visé n'avaient pas été commis dans l'intention spécifique (*dolus specialis*) requise pour être qualifiés d'actes de génocide. Une conclusion qui repose très largement sur les décisions du TPIY concernant les mêmes faits invoqués par les parties à l'appui de leurs demandes.

Cette méthodologie avait déjà été employée par la Cour dans son arrêt de 2007 et elle a produit des effets tout à fait semblables dans les deux décisions : la Cour a admis que des actes de génocide avaient été commis *seulement* lorsque le TPIY avait déjà établi que les conduites pouvaient être qualifiées de génocide. En ce qui concerne l'arrêt de 2015, l'impossibilité de qualifier de génocide les conduites serbes et croates correspond à l'absence de décisions préalables du TPIY ayant conclu à la commission du génocide en Croatie.

Face à cet «aplatissement» sur la jurisprudence du TPIY, les membres de la Cour ont adopté des positions différentes. D'aucuns considèrent qu'il découle de la difficulté de la Cour de résoudre des différends dont la complexité concerne l'établissement d'une grande quantité de faits différents (opinion individuelle du juge [Skotnikov](#), par. 12). Pour d'autres, la Cour serait au contraire «in a far better position than the ICTY Prosecutor, and indeed the ICTY itself, to assess whether the totality of the crimes committed amounted to genocide» (opinion individuelle du juge [Sebutinde](#), par. 21).

Quoi qu'il en soit, cette correspondance systématique dans les établissements de la Cour et du TPIY pourrait remettre en question la séparation entre les régimes de responsabilité qui est pourtant clairement affirmée, du moins en principe, alors qu'elle ne trouverait pas d'application pratique.

Certes, l'établissement de la violation de la même norme primaire peut entraîner des conclusions identiques en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat et de l'individu. La séparation des régimes de responsabilité (donc des normes secondaires) n'efface pas la coïncidence des normes primaires violées. Mais l'établissement de la responsabilité étatique ne doit pas nécessairement correspondre à celui de la responsabilité pénale individuelle. S'agissant des mêmes faits, ces deux établissements pourraient reposer, par exemple, sur des critères différents en matière de preuve ainsi que des règles différentes sur l'attribution de l'intention génocidaire à un Etat plutôt qu'à un individu. Ce sont ces deux aspects qui vont retenir notre attention.

### 3. Le critère d'établissement de la preuve

Il faut admettre que l'arrêt de la Cour garde une certaine ambiguïté sur le critère d'établissement de la preuve applicable à la commission du génocide par un Etat. Déjà la décision de 2007 avait été critiquée pour l'incertitude qui découlait de l'emploi de différents critères, entre autres du critère particulièrement exigeant de la preuve «beyond any doubt» typique du droit international pénal (arrêt de 2007, par. 422). A cet égard, l'arrêt de 2015 se limite à un renvoi au précédent de 2007 sans fournir de précisions ultérieures. Ce qui ne veut pas dire que la Cour n'aborde pas la question. L'effort d'employer une terminologie autant que possible uniforme le montre bien: les éléments nécessaires pour que le génocide soit établi doivent avoir «pleine force probante» et la Cour doit être «pleinement convaincue» que des actes de génocide ont été commis (par. 178). C'est l'application de ce critère d'établissement de la preuve qui permet à la Cour de conclure que l'élément matériel du génocide (*actus reus*) est constitué (par. 401 et 499).

En revanche, lorsque la décision passe à l'examen de l'élément intentionnel du génocide, la Cour applique le critère suivant: l'existence du *dolus specialis* doit être «la seule [conclusion] qui puisse raisonnablement se déduire des actes en cause» (par. 148 et 417). S'il faut admettre que l'arrêt évite tout emploi de la terminologie typiquement pénaliste de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable», les conclusions de la Cour reposent néanmoins sur deux éléments: l'unicité de la déduction possible et le caractère raisonnable de la déduction. Des éléments qui, suivant l'énonciation de principe, semblent s'appliquer conjointement. Des conduites serbes constituant l'élément matériel du génocide la Cour se dit incapable de tirer comme «seule déduction raisonnable» que ces actes ont été commis avec l'intention spécifique requise par la définition de génocide (par. 440). En ce qui concerne l'ensemble des conduites croates, la conclusion de la Cour est plus succincte: elles ne peuvent «être raisonnablement comprise[s] que comme traduisant [une] intention» génocidaire (par. 510-511).

Reste alors le doute sur le critère d'établissement de la preuve que la Cour aurait concrètement appliqué. Si le critère essentiel est bien l'unicité de la déduction possible, il faut en conclure que la Cour applique le niveau de preuve typique du droit international pénal. Une confirmation se retrouve au paragraphe 148 de la décision de 2015: «le critère appliqué par la chambre de première instance du TPIY dans le jugement rendu dans l'affaire *Tolimir* est en substance identique à celui défini par la Cour dans l'arrêt de 2007». Certaines opinions des juges partagent cette position selon laquelle le même niveau de preuve serait requis pour établir la commission d'actes de génocide aussi bien devant les tribunaux pénaux internationaux que devant la CIJ (voy. opinion individuelle du juge [Keith](#), par. 3-4, opinion dissidente du juge [Cançado Trindade](#), par. 467).

Sans compter l'ambiguïté découlant de l'application de différents niveaux de preuve à l'établissement de l'élément matériel du génocide («pleine force probante»), d'une part, et à l'établissement de l'élément intentionnel du génocide («seule déduction raisonnable»), la décision de la Cour est critiquable – comme celle de 2007 – pour avoir appliqué dans le domaine de la responsabilité étatique un niveau de preuve très élevé comme celui qui est requis pour la culpabilité de l'accusé dans un procès pénal. Il est extrêmement difficile de partager la conclusion selon laquelle aux fins de l'établissement de la responsabilité d'un Etat, responsabilité qui n'a pas une nature pénale, il faudrait appliquer un niveau de preuve qui se justifie, en dernière analyse, par le fait de traduire une garantie procédurale spécifique du droit pénal, le principe de la présomption d'innocence.

L'explication fournie par la Cour repose sur l'exceptionnelle gravité des allégations formulées contre un Etat (par. 148). Pour certains juges la question ne se poserait même pas: «*it is a well-settled principle of law that the graver the offence alleged, the higher the standard of proof required for said offence to be established in a court of law*» (opinion individuelle du juge [Bhandari](#), par. 2). Déjà en 2007, la Cour avait fait référence à l'affaire du *Détroit de Corfou* de la façon suivante: «*The Court has long recognized that claims against a State involving charges of exceptional gravity must be proved by evidence that is fully conclusive* (cf. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 17)» (arrêt de 2007, par. 209). Il faut toutefois rappeler que l'affirmation de la Cour dans la décision de 1949 n'avait pas une portée générale: le passage concernait des propos attribués par un témoin à des tiers, des allégations qui n'avaient pas reçu confirmation personnelle et directe et qui, par conséquent, étaient dépourvues de «force probante suffisante» (arrêt de 1949, p. 17). En ce qui concerne l'exceptionnelle gravité des accusations à l'encontre de la Yougoslavie (qui aurait été responsable du mouillage des mines dans le détroit de Corfou), la Cour avait seulement ajouté que ces allégations exigeaient «un degré de certitude qui n'est pas atteint ici» (*ibidem*). En voulant généraliser l'affirmation de la Cour, tout ce que l'on peut déduire du précédent de 1949 est l'existence d'un niveau de preuve «suffisante» («conclusive» dans la traduction anglaise). La nécessité que, dans le cas d'allégations particulièrement graves, les éléments de preuve possèdent une «pleine» force probante («fully conclusive» dans la traduction anglaise du par. 178) ne découlerait que de la décision de 2007.

Si l'arrêt dans l'affaire du *Détroit de Corfou* n'imposait pas un niveau de preuve aussi élevé, la Cour aurait pu prendre en considération la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux. Il est impossible de savoir pourquoi la Cour n'a pas procédé de la sorte. L'on peut seulement remarquer que la jurisprudence internationale a adopté des approches différentes : certaines décisions ont requis un niveau plus exigeant pour la preuve de faits illicites particulièrement graves (voy. par exemple Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988, par. 129) alors que d'autres ont clairement affirmé que la nature du fait illicite ne justifiait aucune modification du niveau de preuve (voy. opinion individuelle du juge [Gaja](#), par. 4).

Sans plus d'explications, la Cour a aussi précisé que le même critère d'établissement de la preuve s'applique à l'attribution à l'Etat des actes constituant génocide (par. 178). A supposer même, avec une partie de la doctrine, que ce niveau de preuve («la seule déduction raisonnable») s'appliquerait à l'établissement de la violation des normes primaires, il est bien plus difficile d'accepter que ce niveau de preuve concerne aussi l'application des normes secondaires (voy. Milanovic, «*State Responsibility for Genocides*», *European Journal of International Law*, 2006, p. 597). L'on notera, en passant, que la Cour a reconnu, certes dans un contexte différent, que les règles en matière d'attribution peuvent être classées parmi les normes secondaires (par. 104). A cet égard, on a de la peine à comprendre quelles sont les implications concrètes de l'affirmation de la Cour et comment par exemple un critère d'attribution tel que le contrôle effectif pourrait être établi de manière différente en fonction de la gravité du fait illicite. Si tel était le cas, le niveau plus élevé de preuve finirait par modifier le contenu de la norme secondaire en matière d'attribution et l'attribution d'une conduite à l'Etat finirait à son tour par dépendre de la nature du fait illicite.



#### 4. L'imputation à l'Etat du *dolus specialis*

Le deuxième aspect problématique de la décision dans l'affaire *Croatie c. Serbie* concerne le critère permettant à la Cour d'établir l'intention génocidaire d'un Etat. La question est bien connue. S'agit-il de l'intention des individus dont la conduite est attribuable à l'Etat, en particulier de ses dirigeants politiques et militaires ? Ou bien faut-il établir l'intention de l'Etat dans son ensemble ? A défaut d'un établissement préalable de l'intention génocidaire des organes de l'Etat, une preuve indirecte de cette intention est-elle possible ? En particulier, lorsque la politique de l'Etat n'exprime pas explicitement l'intention de commettre un génocide, l'intention spécifique peut-elle être inférée de la conduite de l'Etat dans son ensemble ? A cet égard, Croatie et Serbie avaient adopté des positions divergentes à cause principalement de l'absence de condamnations préalables pour crime de génocide de leurs organes et de l'impossibilité de prouver un plan étatique exprimant une claire intention génocidaire. Restait pour les parties la possibilité de fournir une preuve indirecte du *dolus specialis* pouvant se déduire de l'ensemble des conduites constituant l'élément matériel du génocide.

En 2007, la Cour n'avait pas exclu la possibilité de prouver l'intention génocidaire de manière indirecte (arrêt de 2007, par. 242 et 373), mais elle avait finalement conclu qu'à la seule exception des faits de Srebrenica l'intention requise par la définition du génocide n'avait pas été prouvée en se basant exclusivement sur la jurisprudence du TPIY (arrêt de 2007, par. 277 et 373-376). C'est la partie dédiée à la «manifestation du *dolus specialis*» de l'arrêt de 2015 qui aurait pu fournir des clarifications sur les critères d'attribution de l'intention génocidaire à un Etat (par. 143-145). La Cour s'y soucie plutôt du niveau de preuve requis pour l'intention spécifique et elle conclut que cette intention doit être établie ayant recours au même critère adopté par les tribunaux pénaux internationaux (par. 148).

De la décision dans son ensemble, l'on peut tout de même déduire que la Cour a admis la preuve indirecte de l'intention génocidaire de l'Etat. Cette intention peut être inférée d'une «ligne de conduite» de l'Etat («pattern of conduct», par. 148), «c'est-à-dire un ensemble cohérent d'actions exécutées dans une certaine période de temps» (par. 510), et à cette fin les critères les plus importants pour la Cour « sont ceux qui ont trait à l'ampleur et au caractère systématique des attaques » contre le groupe visé (par. 413 et 512). Par conséquent, l'établissement de la responsabilité étatique pour génocide se confirme, en principe, indépendant de celui de la responsabilité pénale individuelle pour les mêmes faits. La Cour peut très bien conclure qu'un Etat a commis un génocide alors que l'intention génocidaire n'est attribuable, faute de condamnations préalables, à aucun de ses organes. A l'inverse, l'impossibilité de déterminer l'intention génocidaire de l'Etat dans son ensemble n'exclut pas que certains des ses organes auraient agi avec l'intention requise par l'article II de la convention sur le génocide (voy. Rapport de la Commission international d'enquête sur le Darfour, 25 janvier 2005, par. 520-521).

Or, des principes énoncés par la Cour il faudrait aussi déduire que l'absence de condamnations pénales n'est pas suffisante pour exclure que l'intention génocidaire puisse être attribuée à certains organes de l'Etat et, partant, que l'Etat soit responsable de génocide. L'arrêt de 2015 reste ambigu à cet égard.

Si la partie dédiée à la « manifestation du *dolus specialis* » s'occupe du « processus par lequel une telle intention peut être inférée de *comportements individuels* des auteurs des actes envisagés à l'article II de la Convention » (par. 145, c'est nous qui soulignons), les affirmations contenues dans la partie concernant l'établissement de l'élément intentionnel

du génocide par rapport aux conduites serbes contredisent cette affirmation de principe. La Cour semble exclure que l'Etat soit responsable dans le cas de conduites isolées : «Même à considérer les agissements d'Arkan comme imputables à la Serbie, ce discours semble n'être qu'un fait isolé au cours du très long siège de Vukovar, pendant lequel [...] les assaillants ont perpétré des actes excessivement violents, et au cours duquel de graves souffrances ont été causées à la population civile, comme la Serbie l'a reconnu, du moins dans une certaine mesure. Il est difficile de déduire quoi que ce soit d'un fait isolé» (par. 438). Sans oublier toute la difficulté de prouver que des actes de génocide ont été commis par un individu isolé ou un groupe restreint de personnes, cette situation reste envisageable sur la base de la définition de génocide (voy. TPIY, *Procureur c. Jelisić*, IT-95-10-T, jugement, 14 décembre 1999, par. 100-101). Si un groupe restreint de personnes dont la conduite est attribuable à l'Etat se rend responsable d'actes de génocide, l'on ne voit pas comment l'Etat pourrait ne pas être également responsable. Les règles du régime général de responsabilité étatique ne fournissent aucune base pour exclure l'attribution de ces conduites à l'Etat. Que la preuve indirecte de l'intention génocidaire s'avère la plupart du temps nécessaire dans le cas de violations d'une grande ampleur et perpétrées par une pluralité d'organes étatiques ne signifie pas que l'Etat ne soit pas responsable pour les violations isolées commises par certains de ses organes. Si la décision de 2015 n'avait pas l'intention d'exclure l'attribution à l'Etat des violations isolées, la Cour aurait pu au moins préciser pour quelles raisons le groupe militaire sous le commandement d'Arkan n'avait pas agi avec une intention génocidaire.

La façon dont la Cour a concrètement établi l'existence, ou plutôt la non-existence, de l'intention génocidaire peut aussi susciter de la perplexité. En ce qui concerne les conduites croates, la jurisprudence du TPIY a sans doute joué un rôle important puisqu'elle a «conforté» la conclusion de la Cour (par. 506), mais l'inexistence d'une intention spécifique a été déduite aussi de l'examen du contexte général, notamment du fait que l'élément matériel du génocide n'avait pas été commis «à une échelle telle qu'ils ne pourraient que démontrer l'existence d'une intention génocidaire» (par. 512).

Par contre, en ce qui concerne les conduites serbes, à l'exclusion des faits isolés (par. 438) et du nombre « peu élevé » de victimes (par. 437), les conclusions de la Cour se basent sur la jurisprudence du TPIY. Dans les affaires pertinentes aucun des accusés n'avait été inculpé de génocide et le tribunal n'était donc pas appelé à s'assurer de l'existence d'une intention génocidaire. Ses décisions arrivaient simplement à la conclusion que les conduites serbes avaient comme finalité le déplacement forcé de la population croate. C'est ainsi que la Cour a conclu qu'à partir des décisions du TPIY l'existence d'une intention spécifique n'était pas la seule déduction raisonnable (par. 424-430 et par. 435-436). Mais la Cour aurait pu se demander si de ces conduites serbes, finalisées certainement au déplacement forcé de la population croate, il n'était pas aussi possible et raisonnable de déduire une intention génocidaire. Vraisemblablement, dans la plupart des cas, la Cour ne dispose pas de décisions de tribunaux internationaux ayant déjà établi une responsabilité pénale individuelle pour les conduites qu'elle est censée attribuer à un Etat. Que l'on pense simplement au cas où il n'y aurait aucun tribunal pénal international compétent.

BEATRICE I. BONAFÉ