

L'affaire du génocide :

Réflexions sur la décision de la CIJ en l'affaire Bosnie Herzégovine c. Serbie

T.D. Gill¹

Ce commentaire apporte quelques réflexions personnelles concernant la décision récente de la Cour internationale de Justice (CIJ) en l'affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.² À l'origine, l'affaire avait été portée par la République de Bosnie-Herzégovine contre la République de Serbie (anciennement République fédérale de Yougoslavie) en 1993. Les remarques qui suivent s'adressent à des personnes ayant lu le jugement ou tout du moins le résumé de la décision publié par le service d'information de la Cour le même jour. Ces remarques n'ont pas pour but de reproduire ce résumé ou d'apporter une description intégrale ni une analyse de la décision de la Cour ou de l'historique de la procédure et des faits, ce qui serait plus approprié dans un long article, que dans un commentaire.

Ces remarques concernent trois questions principales : la manière dont la Cour a traité la question de sa compétence et la nature de cette compétence ; la décision de la Cour quant à la responsabilité (ou non) de la Serbie pour violation de la Convention sur le génocide ; et enfin, la signification plus générale de la décision de la Cour.

Bien que les questions de compétence soient du "droit pour le droit" et que, pour beaucoup, elles semblent quelque peu arides et académiques, elles sont cependant d'une importance clé pour comprendre la décision de la Cour et son rôle, particulièrement si l'on considère que la CIJ exerce sa compétence sur la base du consentement des États parties à un différend donné.

Cette affaire a pris près de 14 ans avant d'aboutir à une décision finale. Même à la CIJ, où les procédures durent des années avant de prendre fin, cette affaire fut exceptionnellement longue. Il existe plusieurs raisons qui peuvent l'expliquer. Il s'est en effet passé beaucoup de choses depuis que la Bosnie a initié cette procédure en 1993 : le conflit yougoslave s'est achevé, le gouvernement et le nom de la Yougoslavie ont changé, la question de

¹ T.D. Gill est professeur de droit militaire à l'Université d'Amsterdam et à l'Académie de défense néerlandaise et professeur associé en droit international public à l'Université d'Utrecht.

² Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), Cour internationale de Justice, Arrêt du 26 février 2007.

l'accession de la Yougoslavie aux Nations Unies (et par-là même au Statut de la Cour) a cheminé à travers divers stades de développement et d'incertitudes. Le volume des preuves factuelles présentées à la Cour (au stade oral tout comme au stade écrit de la procédure) a également été très important. Ces éléments, ajoutés à la précaution compréhensible et habituelle avec laquelle la Cour traite de la question de sa compétence lorsque celle-ci est contestée ou incertaine, expliquent la raison pour laquelle cette procédure fut un processus de longue haleine. Malgré cela, 14 ans représentent tout de même un délai extraordinairement long pour décider d'une affaire. Il est donc légitime de se demander si la Cour aurait pu et dû empêcher le Défendeur d'étirer ainsi la procédure dans le temps, particulièrement compte tenu du fait que la Cour avait déjà précédemment émis deux décisions relatives à sa compétence. Dans la première, remontant aussi loin que le 11 juillet 1996, la Cour avait rejeté les objections préliminaires de la Yougoslavie (telle qu'elle existait à l'époque) concernant sa compétence. Dans la deuxième décision, rendue le 3 février 2003, la Cour avait également rejeté la demande de la Yougoslavie lui demandant de réviser sa décision précédente. Cette requête était basée sur l'article 61 du Statut de la Cour, relativement à des faits inconnus de la Cour au moment de sa première décision. Dans cette dernière décision, la Cour rejeta la requête en révision et confirma sa première décision se reconnaissant compétence à juger de l'affaire.

Nonobstant ces décisions, la Yougoslavie – par la suite Serbie et Monténégro puis finalement Serbie – avait laissé la question de la compétence de la CIJ ouverte en introduisant une requête le 4 mai 2001, demandant à la Cour de reconsidérer sa compétence sur la base d'un autre mécanisme procédural. Cette requête, introduite sous la forme d'une « Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence » était en substance similaire à sa requête précédente. Cette initiative ne sera traitée que dans la décision finale de la Cour, et celle-ci conclura – pour la troisième fois – qu'elle avait compétence sur la base du principe de *res judicata*.

Tout ceci semble témoigner d'un excès de prudence procédurale vis-à-vis du statut de la Yougoslavie comme membre de l'ONU faisant face à la Cour. Ces questions de compétence avaient été écartées par la décision de février 2003 concernant la requête de la Yougoslavie en révision. Il n'existait donc pas d'argument convaincant, selon moi, pour les laisser en suspens jusqu'à la décision finale sur le fond de l'affaire, en ne traitant pas de « l'initiative » de la Yougoslavie qui s'appuyait sur un autre mécanisme procédural que ceux utilisés dans les précédentes requêtes. Cet aspect de la décision de la Cour a fait l'objet de nombreuses critiques des juges dans leurs opinions individuelles, et a sûrement eu pour effet d'allonger la procédure au delà de ce qui était strictement nécessaire. Rendre la justice consiste en partie en un traitement rapide des procédures – du moins aussi rapide que possible – et on peut se demander si la manière dont la Cour a traité cette question, aussi délicate et importante qu'elle ait pu être, a rempli ce test avec succès. Pour finir, on peut dire que la Cour dispose d'une marge d'amélioration certaine par rapport à cette question, malgré les tentatives effectuées au fil des années pour à rationaliser sa procédure.

D'un autre côté, la Cour a déterminé que la nature de la compétence qu'elle détient en vertu de l'article IX de la Convention sur le génocide comprenait le fait de démontrer si la Serbie – ou tout autre État d'ailleurs – pourrait en tant qu'État être tenu responsable pour commission, complicité dans la commission, ou manquement à prévenir le crime de génocide. Cette question était cruciale pour le cas de la Bosnie ; et la Serbie, ainsi que de nombreux experts juridiques internationaux, a questionné la nature et l'étendue de la compétence de la Cour selon cet article. La Convention sur le génocide est clairement un instrument de droit pénal international qui oblige les États à faire du génocide un crime en droit pénal national et à coopérer avec les autres États pour que les auteurs présumés soient traduits en justice au moyen de l'extradition des personnes suspectées. Cependant, l'article IX énonce aussi clairement que la CIJ est compétente pour déterminer les questions de responsabilité étatique pour génocide ou pour manquement à la prévention d'un génocide. La décision de la Cour a clarifié, une bonne fois pour toutes, les doutes subsistants quant à cette question et, ce faisant, a donné à l'article IX de la Convention la signification qui était, selon moi, censée être la sienne et qu'il méritait. Toute autre interprétation aurait, au mieux, relégué cette disposition à un rang d'importance marginale. Alors que la responsabilité étatique est distincte de la responsabilité individuelle, il ne fait aucun doute qu'un État peut encourir la responsabilité étatique (civile) classique en commettant ou en n'empêchant pas un génocide, ou en ne coopérant pas en matière d'extradition. Ceci découle clairement des événements historiques ayant entraîné l'adoption de la Convention sur le génocide de 1948, ainsi que de l'histoire plus récente.

Si l'on se tourne vers la manière dont la Cour a traité le fond de l'affaire et ses conclusions concernant la responsabilité (ou non) de la Yougoslavie/Serbie dans la commission et le manquement à prévenir la commission d'un génocide, de nombreux éléments doivent être gardés à l'esprit. Premièrement, la Cour était tout à fait au courant que des violations systématiques et nombreuses des règles de droit international relatives aux conflits armés avaient eu lieu, dont le gouvernement et les forces armées yougoslaves/serbes avaient eu connaissance et qu'elles avaient soutenues. La décision de la Cour quant à l'absence de responsabilité de la Serbie pour la commission ou la complicité dans la commission du génocide en ce qui concerne ces événements ne l'exonère ni ne nie en aucun cas sa responsabilité pour sa participation à ces crimes. Cependant, la Cour n'avait pas compétence pour se prononcer sur des violations du droit de la guerre autres que le crime de génocide, que ce droit soit dérivé de conventions ou de la coutume. Par conséquent, elle n'avait pas d'autre choix que de s'abstenir de se prononcer sur ces sujets.

Deuxièmement, la Cour souligna à juste titre la nature spéciale et spécifique du crime de génocide, requérant, comme il se doit, une intention spécifique démontrable (*dolus specialis*) de viser et détruire en tant que tel un groupe identifiable en tout ou en partie. Cette condition distingue le génocide d'autres violations du droit des conflits armés et place une forte charge de la preuve sur la partie faisant état de la commission du crime de génocide. Il ne suffit pas d'établir que des meurtres, sévices, viols ou expulsions de masse de civils (euphémiquement appelés « nettoyage ethnique ») ont été commis à grande échelle ; il doit aussi être prouvé au delà de tout doute raisonnable que de telles atrocités

ont été commises dans le cadre d'une campagne destinée à exterminer en tout ou en partie un groupe ethnique, religieux ou national distinct en tant que tel. Au vu de ces exigences et de la nature spéciale du crime de génocide, comme « crime des crimes » en droit international, les conclusions de la Cour concernant l'absence de responsabilité de la Serbie par rapport à la plupart des réclamations de la Bosnie, sont compréhensibles et plausibles. La manière dont la Cour a traité la qualité des preuves et a examiné la charge de la preuve, en lien avec la nature spécifique du génocide, semble pareillement cohérente et persuasive. Le fait de se baser sur les preuves examinées et établies dans les procédures devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) sert en outre la promotion de l'unité et de la consistance dans l'application du droit international et est assez logique d'un point de vue juridique ou politique.

La Cour a conclu que, en ce qui concerne un célèbre incident – le massacre d'hommes et de jeunes garçons faits prisonniers à Srebrenica en juillet 1995 – il existait des preuves de la commission d'un génocide par les forces armées et les milices serbes de Bosnie et que le gouvernement yougoslave/serbe avait manqué à essayer d'empêcher la commission de ce crime ; puisque de fait, il n'a rien fait. Sur ce point, la Cour n'a pas suivi le critère du TPIY de « contrôle global » par rapport à la relation existant entre la Yougoslavie/Serbie et les forces armées et les milices serbes de Bosnie, et au lieu de cela, elle a réitéré son propre critère de « contrôle effectif » qu'elle avait initialement établi dans sa décision Nicaragua de 1986. La responsabilité de la Yougoslavie est limitée à son manquement à (essayer d') empêcher le massacre et ne comprenait pas la responsabilité directe, ni pour la commission ni pour la complicité de commission du génocide. Ce fut le seul point sur lequel la CIJ et le TPIY ont apparemment adopté des voies différentes dans leurs interprétations et application respectives du droit. Le critère du « contrôle effectif » de la CIJ en relation avec l'imputation à un État de sa responsabilité pour des actes commis par des forces et groupes armés assistés et soutenus par un gouvernement qui n'exerce pas de contrôle opérationnel sur elles, diffère du critère du « contrôle global » utilisé par le TPIY pour imputer la responsabilité (pénale), comme le Tribunal l'avait décidé dans le jugement d'appel en l'affaire Tadić en 1995. Indépendamment de ce qu'on peut penser des avantages respectifs de ces approches, il n'est guère étonnant que la CIJ ait choisit de confirmer sa propre interprétation du droit sur cette question, plutôt que d'adopter celle du TPIY qui, après tout, avait précédemment prétendu « renverser » la décision antérieure de la CIJ en l'affaire Nicaragua sur ce point. Vu sous cet aspect, les conclusions de la Cour dans l'affaire en cause quant à l'étendue de la responsabilité de la Yougoslavie/Serbie quant aux événements ayant eu lieu à Srebrenica, est très logique, juridiquement parlant – quelles que soient les doutes ou les questions qu'elle entraîne.

Finalement, il est nécessaire d'évoquer l'impact général de cette décision quant à la forme des réparations que la Cour a trouvé appropriée et, dans une perspective plus large, quant à ce différend complexe, vu dans son ensemble.

La Cour a indiqué que ses conclusions déclaratoires concernant le manquement de la Yougoslavie/Serbie à prévenir le génocide, son absence de coopération avec le TPIY par

l'extradition du général Mladić vers le Tribunal, et son manquement à exécuter des ordonnances précédentes sur des mesures provisoires, étaient des réparations suffisantes et appropriées dans les circonstances de l'espèce. Ceci à l'effet évident qu'il empêche toute réclamation de la Bosnie pour des compensations financières concernant ce manquement à empêcher le massacre de Srebrenica. Alors que cette décision semble renier au gouvernement de Bosnie et, de manière plus significative, aux victimes (et à leurs familles) une réparation concrète, c'était – d'un point de vue relatif – la décision la moins désavantageuse et la plus prudente dont la Cour disposait. Mis à part la question de savoir si n'importe quel montant financier pourrait apporter une réparation aux victimes pour ce qui s'est passé, et si on pouvait de façon réaliste attendre de la Cour qu'elle calcule et évalue un niveau approprié de compensations pour rendre justice aux victimes, il y a un autre aspect qui ne devrait pas être perdu de vue. Quel aurait été l'impact d'une telle décision en termes de résolution du différend général et sa contribution à la normalisation des relations entre les parties? Il ne fait aucun doute qu'un autre volet de procédures lentes aurait abouti à une décision octroyant une compensation financière. Si ceci eut été une compensation significative pour les victimes ou eut contribué à l'amélioration des relations entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie est discutable. Dans les circonstances de l'espèce, l'option la plus sage était probablement – d'un point de vue relatif – de mettre fin à l'affaire après 14 ans de procès et de s'en remettre à l'avenir pour l'établissement de toute forme complémentaire de responsabilité ou de possible compensation, comme élément du processus de réconciliation. La Cour est, finalement, chargée de régler les différends internationaux et dans les circonstances de l'espèce, cette approche est sans doute celle qui est allée le plus loin dans la promotion de cet objectif.

Ce commentaire a été traduit de l'anglais par Marie Delbot et Vincent Pouliot.