

Complicité de l'État dans la perpétration d'actes de génocide :  
les notions contiguës et la nature de la norme. En marge de la  
décision *Application de la convention sur la prévention et la  
répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine c. Serbie  
et Monténégro)*

Eduardo Savarese

---

**Citer ce document / Cite this document :**

Savarese Eduardo. Complicité de l'État dans la perpétration d'actes de génocide : les notions contiguës et la nature de la norme. En marge de la décision *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie- Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*. In: Annuaire français de droit international, volume 53, 2007. pp. 280-290;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2007.3979>

[https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2007\\_num\\_53\\_1\\_3979](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3979)

---

Fichier pdf généré le 10/04/2018

**COMPLICITÉ DE L'ÉTAT  
DANS LA PERPÉTRATION D'ACTES DE GÉNOCIDE :  
LES NOTIONS CONTIGUËS  
ET LA NATURE DE LA NORME**  
**En marge de la décision *Application de la convention  
sur la prévention et la répression du crime de génocide  
(Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)***

EDUARDO SAVARESE

La Cour internationale de Justice, par sa décision du 27 février 2007, a établi la responsabilité de la Serbie à l'égard de la Bosnie-Herzégovine pour avoir violé la convention sur la prévention et répression du crime de génocide (ci-après la convention). En particulier, la Cour a jugé l'État serbe responsable pour ne pas avoir prévenu et réprimé le génocide perpétré à Srebrenica contre la population bosniaque musulmane.

Il est bien connu que la convention entend poursuivre le génocide comme le plus grave crime pénal international et que dans ce but elle impose à l'État des obligations spécifiques de prévention et, surtout, de répression dans chacun des ordres internes. La Cour a donc établi la responsabilité étatique pour violation d'obligations que la convention a expressément prévues, en vue de réprimer le génocide comme crime *individuel* très grave.

Cependant, ce qui caractérise la décision de la Cour réside dans le fait que celle-ci, *avant* de vérifier s'il y avait eu violation de l'obligation de prévention et répression, a examiné toutes les formes possible d'implication de l'État dans la perpétration d'actes de génocide, en dégageant une *méthode générale* pour la constatation de la responsabilité étatique relativement au crime en question. L'exigence de dégager cette méthode générale a été déterminée par l'interprétation de la convention donnée par la majorité des juges. En effet, ils ont considéré que la convention ne se borne pas à imposer aux États contractants les obligations de prévention et répression expressément prévues. D'après l'opinion majoritaire, il existe dans la convention une *obligation implicite* interdisant aux États de commettre eux-mêmes des actes de génocide. Il en résulte que les diverses formes de responsabilité prévues par la convention à l'article III (*conspiracy*, incitation, tentative, complicité)<sup>1</sup> ne concernent pas seulement la responsabilité pénale de l'individu pour génocide, mais concernent aussi directement l'État, quoique dans la perspective différente de la responsabilité (civile) internationale

---

(\*) Eduardo SAVARESE, docteur en droit, magistrat auprès du Tribunal de Nola (Italie). Les opinions exprimées dans cet article reflètent seulement la position personnelle de l'auteur.

1. Plus précisément, outre la responsabilité pour avoir commis des actes de génocide (lettre a), l'article III prévoit la responsabilité pour *conspiracy* (lettre b), incitation directe et publique à commettre génocide (lettre c), tentative de commettre génocide (lettre d), complicité de génocide (lettre e).

pour acte illicite<sup>2</sup>. Cette interprétation du champ d'application de la convention – qui a donné lieu à différentes critiques de la part des opinions séparées et dissidentes<sup>3</sup> – a amené la Cour à rechercher toute forme possible de responsabilité de l'État pour actes de génocide, et notamment les questions d'attribution à l'État de faits commis par des particuliers, des groupes ou des organismes *de facto*.

Suivant la méthode proposée par la décision, la responsabilité de l'État doit être établie en vérifiant : a) en premier lieu, si des actes de génocide ont été commis par des organes de l'État, *de jure* ou *de facto*, ou bien par des individus agissant sous le « contrôle » de l'État ; b) en deuxième lieu, si l'État a été complice dans la perpétration d'actes de génocide ; c) enfin, s'il a omis de prévenir et réprimer des actes de génocide. De l'avis de la Cour, entre ces formes de responsabilité il y a une relation d'exclusion progressive de l'une par rapport à celle immédiatement suivante. De cette façon, la constatation de la responsabilité *sub a*) absorbe celle pour complicité. L'existence de cette dernière absorbe, à son tour, l'éventuelle omission de l'obligation de prévention. C'est seulement à l'égard de l'obligation de punir que la Cour a jugé que sa violation puisse donner lieu à une responsabilité concurrente avec les autres formes d'implication de l'État dans des actes de génocide<sup>4</sup>.

Nous analyserons les formes possibles d'*attribution* d'actes de génocide à l'État, selon la méthode indiquée par la Cour, et donc en excluant de notre étude la responsabilité découlant de la violation des obligations de prévention et répression. On commencera par l'hypothèse de la responsabilité de l'État pour des faits accomplis par ses propres organes *de jure* et *de facto* (I A), pour passer ensuite au cas du « contrôle » exercé par l'État sur les particuliers qui commettent des actes de génocide (paragraphe I B). Ensuite, nous nous arrêterons sur la responsabilité pour complicité, qui a été, pour la première fois, examinée par la Cour en matière de responsabilité internationale de l'État, avec une attention particulière à la nature de la disposition sur la complicité (II), au contenu de la notion, examinant spécifiquement les différences par rapport à l'obligation de prévention (III), et le rapport entre complicité et contrôle (IV). Nous concluons par quelques courtes considérations sur la portée de la décision en matière d'attribution à l'État de faits internationalement illicites commis par des particuliers et par des groupes de particuliers (V).

---

2. D'après la Cour, cela se déduirait, en premier lieu, du type de responsabilité étatique prévue – expressément – par la convention à l'article I, découlant de la violation de l'obligation de prévenir et réprimer des actes de génocide. En deuxième lieu, l'article IX, concernant le règlement des différends et la juridiction de la Cour, mentionne expressément la responsabilité de l'État pour génocide. Comme il n'est pas possible qu'une disposition sur la juridiction étende le champ d'application objectif de la convention, il faut tirer de cette disposition un indice ultérieur en faveur de l'existence d'obligations implicites, incombant à l'État, de ne pas commettre lui-même le génocide ou les autres actes visés à l'article III.

3. Voy. notamment la déclaration des juges Shi et Koroma, l'opinion dissidente du juge Tomka, et celle du juge *ad hoc* Kreca.

4. *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, Fond (ci-après : arrêt), § 383. La Cour semble utiliser ici des notions propres au droit pénal : en effet, l'« absorption » d'un fait internationalement illicite dans un autre fait (plus grave), ainsi que la possibilité de cumul de faits illicites (quand il s'agit de l'obligation de punir), amène immédiatement à faire une comparaison avec la question, fort débattue dans les décisions des Tribunaux pénaux *ad hoc*, de la participation formelle et matérielle aux crimes. Bien que la décision ne s'arrête pas expressément sur la gradation des conséquences des différentes formes de responsabilité qu'elle envisage, l'importance de la distinction entre les formes de responsabilité, aussi bien en termes d'absorption que de participation, aurait sans doute dû amener la Cour à se poser la question d'une éventuelle différenciation correspondante entre les effets découlant des différents faits internationalement illicites pouvant être établis en cas de génocide.

## I. – LES HYPOTHÈSES LES PLUS GRAVES DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

### A. Actes des organes de l'État, de jure et de facto

La première hypothèse de responsabilité de l'État pour génocide, suivant la méthode générale de constatation avancée par la décision de la Cour, a lieu lorsque ce sont les organes de l'État lui-même qui ont commis des actes pouvant être rapportés à ce crime. À cette fin, la Cour a rappelé l'article 4 du projet de la Commission de droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. Cette disposition fait dépendre la qualité d'organe *principalement* du droit interne de l'État<sup>5</sup>. Pourtant, selon la Cour, l'État répond internationalement même pour des faits commis par des individus ou des groupes qui, tout en ne possédant pas la qualité d'organe d'après le droit interne, agissent quand même en vertu d'un lien de *dépendance totale* de l'État. C'est là – comme le souligne plusieurs fois la Cour – l'hypothèse d'organe *de facto*<sup>6</sup>. À cet égard, la Cour ne renvoie à aucun article du projet, faisant en revanche référence exclusive à un passage de l'arrêt Nicaragua/États-Unis, où la même Cour, tout en remarquant les nombreux liens de financement, équipement et entraînement entretenus de façon continue entre les États-Unis et le groupe paramilitaire des *contras* agissant au Nicaragua, avait cependant jugé que cet État n'avait pas réussi à prouver l'existence d'une dépendance totale du groupe par rapport aux États-Unis<sup>7</sup>. Il est bien évident que la Cour, qui a pourtant montré dans cet arrêt la conviction que le projet répond à l'état du droit international général, lors de l'examen des hypothèses de responsabilité pour des actes commis par des organes *de facto*, n'a fait aucune référence aux articles 8 et 9 du projet, dont le libellé a fait pendant quelque temps l'objet de débat au sein de la Commission sur la notion d'organe *de facto*. Mais cela est dû, à notre avis, à l'approche théorique de la Cour à cette notion. Les juges, en reliant la notion d'organe *de facto* au critère de dépendance totale, ont à notre sens mis l'accent sur l'exigence d'un lien hiérarchique structurel et continu entre l'État et le particulier. Pour qu'on puisse parler d'organe *de facto*, il faut que l'acteur non étatique impliqué dans les opérations menées dans l'intérêt et pour le compte de l'État soit totalement inséré dans l'appareil étatique. En ce sens, la dépendance totale semble supposer une absence totale d'autonomie de décision de la part de l'acteur non étatique. La notion de contrôle – du moins celle envisagée par l'article 8 du projet – reste en quelque sorte étrangère par rapport à la notion d'organe *de facto*.

La ligne suivie par la Cour semble confirmer certaines interprétations de l'article 4 du projet selon lesquelles cette disposition envisagerait implicitement l'hypothèse d'organe *de facto*, bien qu'il ne soit fourni aucun critère pour dégager

5. D'après l'article 4 : « 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État ; 2. Un organe comprend tout personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ».

6. Arrêt, §§ 391-393.

7. Il s'agit du paragraphe 109 de l'arrêt rendu dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Fond, CIJ, arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1986, où la Cour avait souligné la nécessité de « déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre, qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce Gouvernement ».

avec précision une telle notion<sup>8</sup>. Ce critère a été en quelque mesure trouvé, dans le cas d'espèce, dans le test de la dépendance totale. Bien que le contenu de ce critère ne soit pas bien tracé (car, en fait, le rappel du passage de la décision *Nicaragua* ne suffit pas à cette fin), l'exigence d'une notion stricte et bien circonscrite d'organe *de facto* peut être partagée et répond à la nécessité d'une plus correcte distribution, comme on va le voir d'ici peu, d'autres et différentes formes de responsabilité<sup>9</sup>.

### B. Le critère du contrôle exercé par des organes de l'État

C'est seulement après l'examen de la responsabilité pour des actes commis par l'organe *de facto* qu'on prend en considération la notion de « contrôle ». En effet, la Cour passe à examiner le cas de particuliers ou de groupes de particuliers ayant agi suivant les instructions, ou sous la direction et le contrôle de l'État, lorsqu'ils ont commis des violations de règles internationales. C'est à ce point que la décision rappelle l'article 8 du projet<sup>10</sup>, en mettant en évidence sa portée qui reproduit sans aucun doute le droit international général. D'après la Cour, il *ne s'agit pas* d'une disposition concernant les organes *de facto* de l'État<sup>11</sup>. Ce serait plutôt un *critère* d'attribution du fait illicite qui trouve sa justification dans l'exigence de ne pas permettre que l'État échappe à sa responsabilité pour des faits matériellement illicites, selon le droit international, à l'égard desquels il aurait agi en accord avec des acteurs non étatiques, en dirigeant et contrôlant des actes ou des opérations de ceux-ci. C'est là une hypothèse de relations entre État et particuliers, où évidemment l'individu n'est pas complètement absorbé dans la structure de l'État. En fait, ce dernier commet des actes illicites en se servant de la conduite de sujets qui restent pourtant, avec un degré d'autonomie plus ou moins élevé, en dehors de la structure de l'État.

La Cour accepte totalement la limitation du critère du contrôle – soutenue par le rapporteur, James Crawford, et ensuite adoptée dans la rédaction du projet – aux cas où il serait possible de démontrer l'existence de ce type de lien entre État et particuliers, par rapport à *chaque opération*<sup>12</sup>. En fait, à l'appui de son assertion, outre à l'article 8 du projet, la Cour cite uniquement la partie de l'arrêt *Nicaragua* qui définit le critère du *contrôle effectif*, en l'interprétant avec la même prudence employée par le rapporteur spécial<sup>13</sup>. Ce qui ne pouvait qu'amener la Cour – comme c'est le cas pour le processus de codification devant la Commission – à démentir l'interprétation « relative » du test du *contrôle effectif*

8. Sur ce point voy. PALCHETTI, « Comportamento di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati », in SPINEDI, GIANELLI, ALAIMO (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, 2006, pp. 3 ss., spéc. pp. 16-20.

9. Sur ce point, on se permettra de renvoyer à notre article « Issues of Attribution to States of Private Acts between the de facto Organ Notion and that of Complicity », *Italian Yearbook of Int. Law*, 2005, pp. 111 ss., spéc. pp. 112-116.

10. L'article 8 prévoit : « [l]e comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État 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 État ».

11. Arrêt, §§ 397-398.

12. *Ibid.*, § 400.

13. *Ibid.*, §§ 399 et 401, où la Cour cite l'affaire *Nicaragua*, notamment le paragraphe 115, selon lequel « [...] il devrait en principe être établi qu'ils [les États-Unis] avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires [menées par les *contras*] au cours desquelles les violations en question se seraient produites ». Dans le même sens, CRAWFORD, *First Report on State Responsibility*, 1998, UN doc. A/CN.4/490/Add.5, §§ 201-203.

déjà avancée dans l'opinion dissidente du juge McDonald dans la décision *Tadic* de première instance, et ensuite retenue dans l'arrêt d'appel de 1999. Suivant l'approche du Tribunal *ad hoc*, le test du contrôle est flexible et ses contenus sont différents selon le type de lien existant entre États et acteurs non étatiques<sup>14</sup>. Comme on le sait, cette approche avait amené le Tribunal à dégager le critère du *contrôle global*, selon lequel l'attribution à l'État de faits matériellement illicites dépend de la preuve d'un lien de direction général et continu entre État et groupe de particuliers militairement organisé, sans besoin de prouver l'existence d'instructions, ou d'un lien de direction et contrôle, pour chacun des faits à attribuer, à chaque fois, à l'État<sup>15</sup>. La Cour semble donc, jusqu'à ce moment, prendre une position somme toute conservatrice, en suivant la ligne du respect envers le résultat des travaux de codification de la Commission et, surtout, envers son précédent, l'arrêt Nicaragua/États-Unis.

## II. – COMPLICITÉ DE L'ÉTAT DANS DES ACTES DE GÉNOCIDE : ENTRE NORME PRIMAIRE ET CRITÈRE D'ATTRIBUTION

Après avoir examiné les hypothèses de la responsabilité de l'État pour des actes commis par ses propres organes ou bien sous son contrôle, la Cour passe à examiner le cas de la responsabilité de l'État pour complicité dans la perpétration d'actes de génocide.

Avant d'en définir les contenus, la Cour s'arrête sur la possibilité d'admettre le recours à la notion de complicité entre États et individus. Elle met en évidence qu'il s'agit d'une forme de responsabilité très peu utilisée dans l'interprétation des relations États/individus et pourtant présente dans le projet à l'article 16, qui prévoit expressément la complicité entre États. Cependant, dans l'application de la convention, le recours à la notion de complicité de la part de la Cour semble trouver son fondement dans l'existence *d'une disposition expresse*, l'article III e), qui prévoit justement la responsabilité pour complicité. Il s'agirait donc du contenu particulier de la norme *primaire* que la décision examinée s'est bornée à appliquer.

Néanmoins, il y a, à notre avis, plusieurs indices qui démontrent que le raisonnement de la Cour aurait une portée plus vaste que l'application d'un *ius speciale* relatif à des normes primaires de la convention.

En premier lieu, la Cour aborde le problème de la complicité en le faisant entrer dans la rubrique formes de responsabilité de l'État pour génocide, à travers un examen qui suit immédiatement celui du critère d'attribution représenté par la direction et le contrôle. Ce faisant, la disposition contenue dans l'art. III e) est en quelque sorte assimilée au critère d'attribution du contrôle et à la nature de règle secondaire qui caractérise sans aucun doute ce critère.

En deuxième lieu, ce qui est important c'est l'interprétation choisie, déjà soulignée au début de cette note, qui a amené la Cour à appliquer la convention non seulement lorsque l'État n'a pas prévenu ou réprimé le génocide, mais aussi lorsque c'est l'État lui-même qui a commis directement ce crime. Or, le fait que la Cour ait déduit de la convention, à défaut d'une disposition expresse, une obligation pour l'État de ne pas commettre le génocide ne produit pas en soi, à notre

14. Arrêt, §§ 402-406.

15. Voy. *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Tadic, Appeals Chamber, Judgment*, 15 juillet 1999, § 137.

avis, l'extension à l'État de toutes les formes de responsabilité prévues par la convention à l'article III lettres b-e), parmi lesquelles la complicité dans des actes de génocide. Si, en revanche, la Cour a voulu porter aux extrêmes conséquences la position prise à l'égard du champ d'application de la convention, et donc étendre à l'État toutes les formes de responsabilité individuelle, cela signifie que derrière le recours à la complicité il n'y a pas la simple application de la disposition expresse contenue dans l'article III e). Il nous semble, au contraire, que l'application à l'État de cette disposition se base sur une perspective générale d'ordre théorique favorable à la possibilité et à l'opportunité d'étendre les critères d'attribution du fait illicite. Autrement dit, bien que la Cour ait décidé d'appliquer une norme primaire, l'absence d'une disposition expresse de responsabilité de l'État pour complicité fait que cet arrêt joue un rôle très important dans la pratique relative à la responsabilité de l'État pour des faits commis par des particuliers, suivant de nouveaux critères d'attribution plus étendus.

Le renvoi à l'article 16 du projet, relatif à la complicité interétatique<sup>16</sup>, suggère que le raisonnement fait par la Cour, dans son recours à la notion de complicité, amène à penser dans son ensemble que cette notion a été aussi entendue comme norme secondaire. La décision, tout en soulignant la différente portée de cette disposition, en tant que relative à des relations strictement interétatiques, n'hésite pas à utiliser l'article 16 comme modèle également valable pour la complicité État – individu. On a ainsi recours à une disposition qui ne dicte sûrement pas des normes primaires, mais plutôt des critères d'attribution à un État complice d'un fait illicite commis par un autre État<sup>17</sup>. Le problème général d'admissibilité que la Cour se pose, et qu'elle pense résoudre par le recours à un modèle normatif exprès, l'article 16, découle à notre avis du fait d'avoir considéré le recours à la complicité (aussi) comme critère d'attribution à l'État de faits matériellement illicites commis par des acteurs non étatiques<sup>18</sup>.

Enfin, la Cour a significativement assimilé la notion de contrôle à celle de complicité, en affirmant que direction et contrôle au point de vue conceptuel ne sont que des formes particulièrement prégnantes de complicité<sup>19</sup>. Cependant, le contrôle a pris une valeur autonome dans la pratique internationale et cela a donné lieu à la formation d'une disposition spécifique qui en fait un critère d'attribution à l'État de faits commis par des particuliers. La contiguïté des deux notions, expressément mise en évidence par la Cour, et en particulier le fait que la décision ait rattaché le contrôle, qui est sûrement un critère d'attribution, au « *genus* » de la complicité, représente à notre avis un autre indice que cette notion

---

16. L'article 16 du projet est libellé comme suit : « L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où : a) ledit État agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État ».

17. Sur les difficultés d'appliquer l'article 16 au cas de complicité entre État et groupes (armés) de particuliers voy. JINKS, *State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups*, dans *Chicago Journal Int'l L.* 2003, p. 90.

18. Sur la complicité entre États, voy. PADELLETTI, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale*, Milano, 1990. Sur la nécessité d'entendre, malgré les ambiguïtés du libellé, les dispositions relatives à la complicité commise par une pluralité d'États en termes de « *secondary rules* », voy., en particulier, CRAWFORD, *Second Report on State responsibility*, 1998, UN doc. A/CN.4/498/Add.1, §§ 164-165. D'ailleurs, l'ambiguïté du raisonnement développé dans la décision, entre application d'une norme primaire expresse et recours à un critère d'attribution, exprime justement la tendance à l'affirmation d'un principe général de possibilité d'attribution, au delà des cas de normes primaires expresses dans le sens de la complicité, selon un processus d'émersion de la notion déjà mise en évidence au regard de la complicité entre États (*ibid.*, §§ 175-176).

19. Arrêt, § 419.

ait été utilisée, dans le raisonnement global de la Cour, en tant que critère d'attribution de la responsabilité à l'État pour des faits commis par des particuliers.

### III. – COMPLICITÉ ET OBLIGATION DE PRÉVENTION

Après avoir discuté l'aspect concernant la nature de norme secondaire de la complicité, passons maintenant à examiner de plus près le contenu de cette notion. À cette fin, nous pouvons prendre en considération trois aspects.

Le premier a trait à la définition « positive » de la complicité dans ses composantes constitutives. En recourant à l'article 16 du projet, la Cour a identifié ces éléments, d'un côté, dans la contribution active (aide ou assistance) de la part d'organes de l'État (à savoir, de sujets agissant sous la direction et le contrôle de celui-ci), de l'autre côté, dans la conscience de l'illicéité de l'acte matériellement commis par d'autres (États – ou, indifféremment pour la Cour – acteurs non étatiques)<sup>20</sup>. À ce propos, la décision aborde le problème, emprunté au droit pénal international, de la complicité par rapport à des faits illicites caractérisés par dol spécifique. Les juges ont estimé que le complice ne doit pas partager le même état subjectif que l'acteur principal, et que partant, en cas de génocide, il n'est pas nécessaire de prouver même chez le complice une intention spécifique (*dolus specialis*)<sup>21</sup>.

Le deuxième aspect concerne la définition « négative » de la complicité. Elle ressort de la comparaison avec l'obligation de prévention. En effet, la décision remarque avec une attention particulière les différences entre la responsabilité pour complicité et celle pour manquement à l'obligation de prévention, en mettant en évidence deux caractères distinctifs de la première par rapport à la deuxième. En premier lieu, la violation de l'obligation de prévention se réalise par un comportement d'omission, alors que la complicité exige une conduite active des organes de l'État<sup>22</sup>. En deuxième lieu, la constatation de la violation de l'obligation de prévention ne demande pas, comme pour la complicité, que l'État soit à connaissance du fait que l'on aille perpétrer ou soit déjà en train de perpétrer le crime de génocide. En fait, il suffit de prouver que l'État était conscient – ou qu'il *aurait dû l'être* selon les circonstances spécifiques du cas – d'un sérieux danger de perpétration d'actes de génocide<sup>23</sup>. De cette façon, la décision a implicitement recours à la distinction, bien connue de la jurisprudence des tribunaux pénaux *ad hoc*, entre dol direct et dol éventuel, états subjectifs qui sont tous deux considérés par ces tribunaux aptes à fonder la responsabilité pénale de l'individu. Le dol éventuel consisterait justement dans la conscience du risque probable que le crime sera commis. La Cour fait correspondre aux deux différents degrés de conscience de la part de l'État deux formes distinctes de responsabilité, la plus grave pour complicité, en cas de dol direct, et la forme résiduelle pour violation de l'obligation de prévention, en cas de dol éventuel.

Passons maintenant au troisième aspect de la notion de complicité, étroitement lié au deuxième et ayant trait à la preuve. La Cour, en excluant qu'on ait apporté la preuve de la complicité de la Serbie – Monténégro, a adopté une approche qui nous semble fortement influencée par les modes de constatation de

20. *Ibid.* §§. 419-420.

21. *Ibid.* § 421.

22. *Ibid.* § 432.

23. *Ibid.*

la responsabilité pénale individuelle. Si l'élément subjectif ou psychique relatif à la complicité de l'État est assimilé non seulement à l'élément qui est pris en considération à l'égard de l'individu, mais aussi au standard plus haut du dol direct, il n'est pas possible, à notre avis, de mettre en évidence la signification spécifique de la complicité de l'État (par rapport à celle des individus) et en même temps cela impose un test probatoire trop élevé. Il nous semble plutôt nécessaire, en raison de la nature ontologiquement différente de l'État et du type de collaboration qu'il instaure habituellement avec des acteurs non étatiques, d'avoir recours à une preuve moins rigoureuse, que l'on peut déduire d'un examen d'ensemble des circonstances de fait, même à caractère historique et relatives au contexte politique. En particulier, une approche plus sensible à la nature spéciale de la responsabilité de l'État aurait dû, à notre avis, amener la Cour à considérer que, en cas de dol éventuel ou, pour employer les mots de la décision, lorsque l'État « a connaissance ou devrait normalement avoir connaissance de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide », sa responsabilité ne découle pas tout simplement de la violation de l'obligation de prévention, mais elle doit plutôt être affirmée pour complicité de l'État dans des actes de génocide<sup>24</sup>. D'ailleurs, bien que la Cour ait souligné que ses conclusions au sujet de l'obligation de prévention ont une valeur spécifique et exclusive dans le cadre de la convention, sans prétendre reconstruire la signification de cette obligation en droit international général, le fait que la décision ait requis un état subjectif si prégnant – du moins celui de faute grave ou quasi-dol – dans une hypothèse qui peut être rapportée au non-respect d'obligations objectives de prévention et répression soulève quelque perplexité<sup>25</sup>.

#### IV. – RAPPORT ENTRE « CONTRÔLE » ET COMPLICITÉ : « CONTRÔLE GLOBAL » ET « COMPLICITÉ CONTINUE »

Il faut désormais formuler quelques considérations sur la question du rapport entre la notion d'organe *de facto*, le critère d'attribution représenté par le contrôle et la notion de complicité.

L'arrêt de la Cour ne rejette pas complètement, à notre avis, le test du contrôle global. Comme nous l'avons remarqué plus haut, elle a recours au test de la totale dépendance par rapport à l'État pour définir l'hypothèse d'organe *de facto*. Le test du contrôle global, tel que défini par la jurisprudence pénale internationale, présente en fait un double contenu, l'un se rapportant à un lien strictement hiérarchique entre État et acteur non étatique, l'autre à un lien de coordination, codirection, planification concertée de faits illicites. Le premier contenu du contrôle global ne nous semble pas, en fait, trop différent par rapport au test de la dépendance totale proposé par la Cour internationale, du moins au point de vue théorique. Il s'agit de démontrer l'existence d'un lien qui ne laisse pas de remarquables marges d'autonomie dans l'expression de la volonté politique de l'acteur non étatique. Le deuxième contenu du contrôle global, à notre avis, ne fait que renvoyer à des formes de complicité de l'État, quoique particulièrement prégnantes – planification partagée, codirection, coordination – et toujours sur la base d'un lien stable et continu entre État et groupe de particuliers militairement

24. De nombreuses opinions dissidentes ont en fait soutenu la pleine responsabilité de la Serbie-et-Monténégro en tant que complice en génocide : *infra*, § 6, et notes 29, 30 et 31.

25. Sur ce point, voy. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989, pp. 257 ss.

et politiquement organisé<sup>26</sup>. C'est ce deuxième contenu du test du contrôle global qui reste en dehors du modèle général de constatation des formes possibles de responsabilité de l'État proposé par la Cour. En effet la décision examinée exclut la prise en compte de toute forme de lien *continu et global* qui ne soit pas strictement hiérarchique, soit sous forme de direction et contrôle, soit selon un modèle de complicité moins prégnant que la direction et le contrôle, à travers des formes d'assistance (hypothèse d'aide ou assistance). De cette façon la décision, d'un côté ouvre à la complicité et correctement situe la direction et le contrôle, du moins au point de vue conceptuel, dans le cadre de cette catégorie, de l'autre côté rejette toute forme de « complicité » structurelle ou continue, avant tout le contrôle global, s'il ne consiste pas dans un lien fortement hiérarchique ou de dépendance totale. En effet, tant dans le cas de direction et contrôle, que dans celui de complicité, la Cour exige la preuve de l'implication de l'État par rapport à l'opération spécifique à attribuer à l'État. C'est une approche globale absolument cohérente : seulement une dépendance totale peut fonder l'hypothèse d'organe *de facto*, tandis que contrôle et complicité, notions contiguës sur le plan théorique, exigent tous deux la preuve, dans chaque cas, de l'implication de l'État dans l'acte commis par le particulier. Néanmoins, cette reconstruction nous semble peu adhérente, au point de vue théorique, à la nature particulière de l'État et de sa responsabilité, d'un côté, et aux tendances plus récentes de la pratique, de l'autre côté.

Au point de vue théorique, l'exigence d'établir pour chaque fait ou opération objectivement illicites la participation active de l'État (par le biais de contrôle ou simple assistance) nous semble excessivement liée à la notion de complicité propre au droit pénal. L'État, de par sa nature même, entretient des liens de nature politique non occasionnels, mais plutôt d'une certaine durée et stabilité, qui lui permettent de poursuivre des objectifs à moyen-long terme, à travers l'exercice de diverses activités, visant dans leur ensemble à la réalisation de ces buts.

Dans la pratique, d'autre part, tant l'approche suivie par l'arrêt d'appel *Tadic*, que – et surtout – les réactions, au sein de la communauté internationale et dans les ordres internes, à l'égard d'actes de terrorisme international ou de violations graves des droits de l'homme, permettent d'envisager un modèle de responsabilité découlant de formes de collaboration stable entre États et acteurs non étatiques dans la perpétration d'actes internationalement illicites. Ce modèle de responsabilité ne découle pas exclusivement de l'existence d'un lien de stricte hiérarchie ou dépendance totale de l'acteur non étatique par rapport à l'État<sup>27</sup>. Comme nous avons essayé de le mettre en évidence ailleurs, le droit international de la responsabilité des États semble s'orienter vers un modèle général de complicité continue, qui

26. Voy. KRESS, « L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'État de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents », *RGDIP*, 2001, pp. 93 ss., spéc. 127-132, qui ne fait pas référence à la complicité, mais rattache à l'*overall control* la possibilité d'un lien strictement hiérarchique ou de coordination et planification. Voy. notre ouvrage *Issues of attribution*, *op. cit.*, pp. 116-120.

27. Sur l'utilisation du critère du contrôle global dans le domaine des droits de l'homme, voy. BARTOLINI, « Il concetto di « controllo » sulle attività di individui quale presupposto della responsabilità dello Stato », dans SPINEDI, GIANELLI, ALAIMO (dir.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Milan, 2006, pp. 25 ss., spéc. pp. 32-35 ; sur terrorisme et complicité après les attentats du 11 septembre 2001, voy. TRAVALIO ET ALTENBURG, « Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force », *Chicago Journal of Int'l Law*, 2003, pp. 97 ss. ; NOLLKAEMPER, « Attribution of forcible acts to states : connections between the law on the use of force and the law of state responsibility », in BLOKKER et SCHRIJVER (dir.), *The Security Council and the Use of Force*, Leiden, 2005, pp. 133-171.

contient tant les formes plus prégnantes de la coordination et planification partagée (soit « contrôle global », selon la jurisprudence *Tadic*), que les formes de contribution active consciemment fournie par l'État (l'hypothèse envisagée par la Cour elle-même dans le cas examiné de l'aide ou assistance, quoique sous une forme non « continue »)<sup>28</sup>.

Ce modèle général de responsabilité permettrait l'attribution à l'État du fait illicite commis par le particulier ou par le groupe de particuliers, par rapport auxquels serait prouvée non pas la complicité en ce qui concerne un acte spécifique, mais plutôt la complicité continue ou globale.

Dans certaines opinions dissidentes il nous semble entrevoir l'exigence d'un tel modèle de responsabilité. D'après ces opinions, la complicité État/individu aux fins de la responsabilité internationale de l'État finit par trouver son fondement dans la constatation d'une série de liens structurels, d'assistance ou de planification partagée, d'où on ne peut que déduire l'existence de la *mens rea* nécessaire pour complicité. C'est le rôle joué dans l'ensemble et de façon continue par le président Milosevic dans la guerre des Balkans qui amène à établir que « *he must have known that they had formed the intent to destroy in part the protected group* »<sup>29</sup>. De même, la déclaration du juge Bennouna nous semble également renvoyer à un modèle de complicité continue : « La Serbie, qui portait à bout de bras la Republika Srpska et son armée la VRS, où exerçaient de nombreux officiers dont la carrière était dépendante de Belgrade, avait tissé de multiples liens avec les structures politiques et militaires qui avaient décidé du génocide et l'avaient mis en exécution ; elle en était, dès lors, parfaitement informée, ce qui en fait le complice de ce crime et engage sa responsabilité internationale »<sup>30</sup>. Enfin, en termes encore plus explicites dans ce sens, s'est exprimé le juge Mahiou (en fait, favorable aussi à l'utilisation du test du contrôle global élaboré dans l'arrêt *Tadic*), où l'on fait également descendre de la politique générale d'assistance continue fournie par la République Serbe la responsabilité pour les massacres de Srebrenica : « [...] il n'est guère douteux que les atrocités de Srebrenica ont pu être commises, au moins en parties, 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 (§ 422). Après un tel constat, il eût été logique que la Cour en tire toutes les conséquences pour conclure notamment à la complicité du défendeur »<sup>31</sup>.

## V. – CONSIDÉRATIONS FINALES

Tout en ayant repoussé le critère du contrôle global qui n'arrive pas à un niveau de dépendance totale du particulier, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice exprime une position qui nous semble marquer trois moments importants en matière de responsabilité des États pour des faits internationalement illicites. En premier lieu, pour la première fois dans sa jurisprudence, elle a recours à la notion de complicité entre État et individu. Elle admet ainsi la possibilité d'utiliser cette notion sous le profil théorique, notamment en ce qui

28. On se permettra de renvoyer encore une fois à notre ouvrage *Issues of attribution, op. cit.*, pp. 127-130, pour la partie relative à la jurisprudence interne américaine en matière de *Antiterrorism Act*.

29. En ce sens la déclaration du juge Keith, § 15.

30. Déclaration du juge Bennouna, p. 5

31. Opinion dissidente du juge Mahiou, §§ 126-127.

concerne un crime individuel très grave, caractérisé, au point de vue du droit pénal, par une *mens rea* absolument particulière. En outre, la décision redéfinit, d'une façon qui nous apparaît dans l'ensemble à partager, l'hypothèse d'organe *de facto*, en faisant de l'article 8 du projet (direction et contrôle) une disposition relative à une forme spéciale de complicité entre État et acteurs non étatiques, bien que le contrôle ait acquis une valeur autonome en droit international général en tant que critère spécifique d'attribution. Enfin, la Cour nous semble reconnaître implicitement le rôle primordial joué par les acteurs non étatiques, surtout dans la violation de règles fondamentales de la communauté internationale. On ne prend absolument pas en considération le problème de leur personnalité, mais il n'en reste pas de même que, en la niant, on se trouverait confronté à une responsabilité internationale de l'État, tant dans le cas de direction et contrôle que dans le cas de complicité au sens strict du terme, à l'égard d'un fait... qui ne serait pas internationalement illicite, ayant été commis par un individu ou une entité dépourvus de la qualité de sujet de droit international.

La décision examinée montre que la matière de la responsabilité de l'État découlant d'un acte illicite est nécessairement soumise à l'extension des critères d'attribution, selon un processus directement proportionnel à l'importance grandissante du phénomène de « structures » transnationales non étatiques, et ne pouvant pas être rattachées à des organisations internationales gouvernementales (à caractère politico-militaire ou simplement économique telles que, par exemple, les sociétés multinationales). Par rapport à la responsabilité « organique » directe incombant à l'État, une importance croissante est attribuée à la co-responsabilité de l'État avec des organismes *de facto* ou *de jure* capables d'exprimer une volonté politique et/ou économique autonome par rapport à celle de l'État, mais partagée par celui-ci. L'extension du critère du contrôle que l'on peut retrouver dans la pratique relative au terrorisme et aux droits de l'homme, d'un côté, et l'apparition de la notion de complicité en matière de génocide, de l'autre côté, nous semblent un témoignage significatif de ce processus : le refus du premier phénomène de la part de la Cour et l'ouverture vers le deuxième expriment pleinement ses incertitudes.