

DECLARATION DE M. LE JUGE BENNOUNA

Le maintien de la RFY au sein des Nations Unies — Les effets de l'admission de la Serbie-et-Monténégro aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 — La complicité de la Serbie dans le génocide — Le mens rea du complice par opposition à celui de l'auteur principal — Liens entre responsabilité pénale individuelle et responsabilité étatique — La définition de la complicité — Les «Scorpions», force paramilitaire sous contrôle serbe.

Je voudrais, au travers de cette déclaration, compléter et éclairer certains des développements que la Cour consacre à la réaffirmation de sa compétence pour donner son jugement dans cette affaire. J'expliquerai ensuite les raisons qui m'ont amené à être en désaccord avec la Cour lorsqu'elle a conclu à la non-complicité de la Serbie dans le génocide commis à Srebrenica.

Concernant la compétence, je suis pleinement d'accord avec les développements de la Cour sur le caractère *res judicata* de l'arrêt de 1996, en ce qu'il postule que la République fédérative de Yougoslavie (RFY) avait la qualité de Membre des Nations Unies et de partie au Statut de la Cour. Si, en effet, à la date critique de l'introduction de l'instance, cette qualité n'était pas contestée par les Parties elles-mêmes, comme l'a rappelé la Cour, il se trouve que l'organisation universelle a été confrontée à une situation sans précédent qui, ainsi que l'avait relevé son conseiller juridique le 29 septembre 1992,

«n'est pas prévue par la Charte des Nations Unies, à savoir les conséquences sur le plan de l'appartenance à l'Organisation de la désintégration d'un Etat Membre s'il n'y a pas d'accord à ce sujet entre les successeurs immédiats de cet Etat ou entre les autres Etats Membres de l'Organisation» (Nations Unies, doc. A/47/485).

Le Conseil de sécurité avait noté ce désaccord et en avait déduit l'absence d'une succession automatique de la RFY à la République fédérative socialiste de Yougoslavie (résolution 777 (1992)). L'Assemblée générale, en conséquence, dans sa résolution 47/1 du 22 septembre 1992, avait suspendu la participation de la RFY à ses travaux et lui avait demandé de présenter une demande d'adhésion à l'Organisation, mais ce pays n'en a pas moins continué à participer aux débats du Conseil de sécurité et à faire publier ses documents en tant que documents officiels des Nations Unies.

A mon avis, la situation *sui generis* de la RFY, évoquée par la Cour dans son arrêt du 3 février 2003 sur la demande en révision, se réfère à la volonté qui s'est exprimée au sein des Nations Unies de maintenir cet Etat au sein de l'Organisation avec des droits réduits, en attendant de lui faire subir le test de l'article 4 de la Charte afin qu'il démontre qu'il est bien un Etat pacifique qui accepte les obligations de la Charte, est capable de les remplir et disposé à le faire.

Il a fallu attendre le 1^{er} novembre 2000 pour que la Serbie-et-Monténégro soit admise aux Nations Unies, après que le régime Milošević ait été écarté et que son chef ait été transféré au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) à La Haye. On ne peut pas pour autant en déduire qu'il y a eu un vide juridique entre la dissolution de l'ex-Yougoslavie et cette admission, c'est-à-dire, pendant près de huit années. La continuité de la présence de la RFY au sein de l'Organisation des Nations Unies a permis à celle-ci de maintenir ses moyens de pression sur ce pays, notamment au travers des sanctions au titre du chapitre VII de la Charte, jusqu'à ce qu'il rejoigne la légalité internationale. La Cour était pleinement consciente de cette situation en 1996 lorsqu'elle s'est déclarée compétente pour se prononcer sur le différend dont elle a été

saisie par la Bosnie-Herzégovine. Il nous paraît évident, en présence de la situation sans précédent à laquelle la communauté internationale a été confrontée, que le changement d'attitude de la Serbie-et-Monténégro et son admission aux Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 ne pouvait avoir d'effet que pour l'avenir.

L'arrêt sur la demande en révision a considéré ainsi — que «[l]a résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la RFY d'ester devant la Cour ou d'être partie à un différend devant celle-ci dans les conditions fixées par le Statut» (*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 31, par. 70*). Et, en effet, lorsqu'elle s'est prononcée sur sa compétence en 1996, la Cour était parfaitement au fait de la situation de la RFY à l'égard de l'Organisation des Nations Unies. C'est pour cela qu'elle a tenu à souligner lorsqu'elle a été saisie d'une demande en révision que

«la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000 [relative à l'admission de la RFY] ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide» (*ibid.*, par. 71).

En ce qui concerne le fond de cette affaire, je considère que tous les éléments étaient réunis pour que la Cour puisse conclure à la responsabilité de la RFY pour complicité avec la Republika Srpska et son armée dans le génocide commis à Srebrenica. C'est pour cette raison que j'ai voté contre le point 4 du dispositif de l'arrêt. L'examen de la question de la complicité de génocide de la RFY, au sens du *litt. e*) de l'article III de la convention de 1948, a permis de constater à quel point la Cour était tributaire, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité de l'Etat, des conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relatives à la culpabilité des acteurs individuels principaux de ce drame, qu'il s'agisse de M. Milošević ou de M. Mladić. D'ailleurs, la Cour s'est appuyée exclusivement sur l'arrêt du TPIY dans l'affaire *Krstić* lorsqu'il s'est agi de qualifier le crime de Srebrenica de crime de génocide.

Dans la mesure où le procès de Milošević n'est pas parvenu à son terme et que M. Mladić n'a pas été arrêté et déféré au TPIY, la Cour n'a pu disposer de tous les éléments de preuve indispensables pour apprécier la complicité de la Serbie dans le génocide de Srebrenica. Par conséquent, la Cour a fait bénéficier la RFY du doute qui persiste, selon elle, sur le comportement de la haute hiérarchie de cet Etat en juillet 1995, lors de la préparation du crime de Srebrenica, notamment, sur le point de savoir si la RFY savait ou avait une raison de savoir que l'armée de la Republika Srpska se préparait à commettre un génocide. A mon avis, le *mens rea* exigé du complice n'est pas le même que celui qui incombe à l'auteur principal, soit l'intention spécifique (*dolus specialis*) de commettre le génocide, et il ne peut pas en être autrement, car exiger cette intention reviendrait à assimiler le complice au coauteur.

Il est possible, à ce propos, de se référer, par analogie, à l'article 16 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, intitulé «Aide ou assistance dans la commission du fait international illicite», selon lequel :

«L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait international illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où

- a) ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat.»

Il ressort de cet article, qui peut être considéré comme se rapportant à «la complicité» dans les relations interétatiques, que les deux éléments exigés sont l'assistance et la connaissance des circonstances du fait internationalement illicite et non la participation à la commission de celui-ci.

En l'occurrence, le *mens rea* consiste en la volonté du complice d'assister l'auteur principal, en sachant bien ou en étant censé savoir la nature du crime que celui-ci se prépare à commettre. C'est ainsi que la Commission du droit international a interprété le *litt. e*) de l'article III de la convention sur le génocide de 1948 relatif à la complicité (rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, 2001, p. 155).

Il est de fait que de nombreuses données, dont la Cour était saisie, convergeaient pour démontrer que la RFY aurait dû savoir qu'un génocide se tramait et qu'elle n'en a pas moins continué à assister la Republika Srpska et son armée dans les opérations qu'elle menait, y compris à Srebrenica.

Il est difficile de comprendre que la Cour ait évité de se prononcer sur la définition de la complicité, laissant ainsi en suspens la question de savoir si le complice doit partager lui-même l'intention spécifique (*dolus specialis*) avec l'auteur principal du génocide (arrêt, paragraphe 421). Pourtant, la Cour se devait d'écarter une telle condition, avancée par le défendeur, parce qu'elle va à l'encontre de la définition généralement admise de la complicité et, d'un point de vue logique, parce qu'elle conduirait au résultat absurde consistant à assimiler complice et auteur principal. Pour ne pas avoir à trancher cet aspect, ce qui est regrettable pour la clarification du droit international en la matière, la Cour a estimé, qu'au minimum, la connaissance par le complice de l'intention spécifique de l'auteur principal était nécessaire ; ce qui lui permettra ensuite, en se livrant à une interprétation, à notre avis non fondée, des faits de la cause, de conclure à l'absence de complicité de la Serbie.

Il est vrai que les conclusions du TPIY dans le jugement des principaux responsables, que ce soit à la tête de la RFY ou de la Republika Srpska, auraient pu fournir des éléments décisifs, susceptibles de balayer tous les doutes éventuels quant à la connaissance que les dirigeants de la Serbie-et-Monténégro avaient de ce qui se tramait à Srebrenica. Ceci nous amène naturellement à considérer que l'appréciation complète de la responsabilité de l'Etat demeure, en réalité, suspendue à l'arrestation des principaux responsables du drame de Srebrenica, à leur jugement, et aux révélations qui pourraient s'ensuivre quant au rôle de la RFY.

Ainsi, à la lumière des débats approfondis qui se sont tenus devant la Cour, j'ai été convaincu des liens étroits entre la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité étatique dans ce type de procès. Il est rare en effet qu'un Etat annonce sans détour son intention de détruire partiellement ou totalement un groupe ethnique, culturel ou religieux, ou qu'il fasse état de sa connaissance qu'un tel crime allait advenir ou encore qu'il admette l'avoir commis. C'est donc au travers du comportement de ceux qui engagent l'Etat et de leur mise en jugement qu'on peut remonter à la responsabilité de l'Etat lui-même ; à moins, bien entendu, que l'on se trouve dans l'hypothèse d'un pays vaincu, livré à ses occupants, dont les structures, anéanties, dévoilent ainsi tous les secrets de leurs archives à la justice internationale. Mais tel n'était pas le cas pour la RFY (Serbie-et-Monténégro) qui est allée jusqu'à refuser à la Cour l'accès aux comptes rendus non expurgés de son «Conseil suprême de défense» (lettre de l'agent de Serbie-et-Monténégro en date du 16 janvier 2006).

Ceci étant, je suis d'avis que la Cour disposait des éléments pour établir d'ores et déjà la complicité de la RFY pour le génocide.

L'élément matériel de ce crime, à savoir l'aide et l'assistance multiformes de Belgrade à la Republika Srpska et à son armée, la VRS, a été largement étayé par la Cour, lorsqu'elle a examiné la responsabilité de la RFY pour manquement à l'obligation de prévenir le génocide. Ce soutien continu de nature politique, militaire et financière avait existé, en effet, avant, pendant et après le massacre de Srebrenica.

Il reste à se demander si l'élément intentionnel existe, soit la poursuite de cette aide et de cette assistance, alors que la RFY savait ou était censée savoir que les destinataires se préparaient à commettre un acte de génocide et qu'elle les soutenait de la sorte pour parvenir à leurs fins. C'est lorsque l'aide et l'assistance est fournie en connaissance de cause de l'intention génocidaire de son destinataire qu'elle est constitutive de complicité, se distinguant ainsi de la violation de l'obligation de prévention où seule la perception du risque de génocide est exigée.

J'admets que la difficulté dans cette affaire pour prouver la connaissance par Belgrade de l'intention génocidaire de l'armée des Serbes de Bosnie provient du fait que cette intention ne s'est constituée, selon le TPIY, qu'à peine deux jours avant l'exécution matérielle du génocide intervenu entre le 13 et le 17 juillet 1995. Mais de cette difficulté réelle, on ne peut déduire automatiquement que Belgrade ne savait pas et ne pouvait pas savoir que le génocide se décidait.

Tout d'abord, l'armée Yougoslave de Belgrade (la VJ) avait maintenu la présence d'un certain nombre de ses officiers au quartier général de l'armée des Serbes de Bosnie (la VRS) à Han Pijesak et il est inconcevable que ceux-ci n'aient pas informé leur hiérarchie (voir le rapport de Netherlands Institute for War Documentation, «Srebrenica — a "safe" area», du 10 avril 2002).

D'autre part, lors du procès *Milošević*, le général Wesley Clark (conseiller militaire américain) a fait le témoignage suivant :

«Général Clark : Moi, j'avais toujours envie de mieux comprendre pourquoi Milošević pensait pouvoir conserver son autorité et son pouvoir en présentant le plan de paix aux Serbes de Bosnie. Donc, je lui ai simplement posé la question. Je lui ai dit : «Monsieur le président, vous dites que vous avez une grande influence sur les Serbes de Bosnie, mais comment se fait-il que votre influence aille si loin qu'elle permette au général Mladić de tuer toutes ces personnes qui ont été tuées à Srebrenica ?» Et Milošević m'a regardé. Il s'est interrompu un instant et il a déclaré : «Et bien, général Clark, j'ai averti moi-même Mladić qu'il ne fallait pas qu'il fasse cela, mais il ne m'a pas obéi.»

Question : Vous comprenez à quoi il est fait référence ici. Vous comprenez bien, sans doute, que les choses vont au-delà des mots.

Général Clark : Certainement.

Question : Est-ce que cela vous explique le contexte dans lequel l'accord a finalement été obtenu ?

Général Clark : Et bien, il était tout à fait clair que je l'interrogeais au sujet du massacre de Srebrenica. Lorsque j'ai parlé de «tuer toutes ces personnes», il ne s'agissait pas d'opération militaire, mais d'un massacre. Et c'était une réalité qui était diffusée un peu partout par les médias.» (*Milošević*, IT-02-54, compte rendu d'audiences, 15 décembre 2003.)

En effet, plusieurs sources attestent que le général Mladić était resté en contact permanent avec Milošević avant le début des massacres et notamment entre les 7 et 14 juillet 1995 (voir le rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale intitulé «La chute de Srebrenica», Nations Unies, doc. A/54/549, p. 83).

Il est dès lors établi, à notre avis, que les autorités de Belgrade étaient pleinement informées de l'attaque de Srebrenica et qu'elles auraient dû savoir également qu'un massacre de la population musulmane de cette ville se préparait.

Il suffit pour s'en convaincre de rappeler la présence des «Scorpions», forces paramilitaires sous le contrôle du ministre de l'intérieur de la Serbie-et-Monténégro, sur le terrain même où s'est déroulé le massacre.

La Cour admet d'ailleurs que des documents lui ont été présentés rattachant les «Scorpions» au «MUP de Serbie [ministère serbe de l'intérieur]» ou les qualifiant «d'unité ... du ministère serbe de l'intérieur» (arrêt, paragraphe 389), mais elle n'en tire aucune conséquence au niveau de la complicité, se demandant seulement, pour les besoins de l'appréciation de la responsabilité directe, si ces forces paramilitaires étaient des organes *de jure* du défendeur ou si elles étaient sous sa complète dépendance. Or, à supposer même que ce ne soit pas le cas, les liens de ces forces avec le ministère de l'intérieur serbe et leur participation avérée au massacre de Srebrenica pouvait, pour le moins, conduire la Cour à se demander si la Serbie n'était pas, de ce fait, tenue informée de la préparation et de l'exécution du génocide perpétré à Srebrenica.

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.

A mon avis, la Cour, sans même attendre d'autres jugements du TPIY, pouvait conclure, avec les éléments à sa disposition, à la complicité de la Serbie dans le génocide perpétré à Srebrenica ; elle aurait fait justice de la sorte à la mémoire des milliers de victimes de ce massacre, tout en répondant à l'attente de leurs familles.

Elle n'aurait pas, pour autant, accablé la Serbie, ni entravé en quoi que ce soit l'indispensable réconciliation et la coopération nécessaire entre les Etats de la région des Balkans ; la Cour s'adresse certes aux agissements d'un pays, mais celui-ci avait à sa tête un régime qui a été qualifié par le Conseil des ministres de Serbie-et-Monténégro, dans un communiqué du 15 juin 2005, de la façon suivante :

«Ceux qui ont accompli les tueries à Srebrenica et ceux qui ont ordonné et organisé le massacre ne représentaient ni la Serbie ni le Monténégro, mais un régime antidémocratique de terreur et de mort, contre lequel la grande majorité des citoyens de Serbie-et-Monténégro ont opposé la plus forte résistance.»

Il est certain que la continuité de l'Etat a pour conséquence la permanence de la responsabilité de celui-ci pour tout acte illicite qui aurait été commis en son nom. Est-ce une raison pour s'installer dans un quelconque négationnisme ? Certainement pas. L'un des enseignements les plus précieux des drames qui ont endeuillé le siècle précédent, et qui heurtent la conscience de l'humanité tout entière, consiste en l'acceptation du passé dans toute sa vérité et en la demande, en conséquence, du pardon pour les souffrances infligées. C'est le seul moyen, sans doute, d'annoncer la reconstruction d'un avenir commun. Un tel processus va au-delà de la justice à proprement parler ; mais celle-ci peut y contribuer fortement.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.