

# LA QUESTION DE LA DOUBLE RESPONSABILITE DE L'ETAT ET DE SON AGENT

CHRISTIAN DOMINICE\*

## I. LE PROBLEME DU CUMUL DE RESPONSABILITES

1. Universitaire, ministre, diplomate, le Président Bedjaoui a marqué de sa personnalité et de son talent les diverses professions et activités auxquelles il s'est adonné, et cela vaut assurément, également et surtout, pour sa longue appartenance à la Cour internationale de Justice, dont la jurisprudence a bénéficié de son apport.

C'est précisément un arrêt récent de la Cour qui suggère le thème que nous voulons évoquer pour nous associer à l'hommage que le présent ouvrage entend apporter à un grand serviteur du droit international.

2. Dans le litige qui, devant la Cour, oppose la Bosnie-Herzégovine à la Yougoslavie, des décisions ont déjà été rendues en matière de mesures conservatoires,<sup>1</sup> mais celle qui va nous intéresser est l'arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires.<sup>2</sup>

Alors que la Bosnie-Herzégovine fait grief à la Yougoslavie de s'être rendue coupable, entre autres, de violations de la Convention sur le génocide, et invoque pour fonder la compétence de la Cour la clause de juridiction qui figure à l'article IX de cette convention,<sup>3</sup> l'Etat défendeur a soulevé diverses exceptions à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la demande. Parmi ces exceptions, toutes écartées par la Cour, l'une – la cinquième – faisait valoir que la responsabilité d'Etat telle que visée dans les demandes de la Bosnie-Herzégovine n'était pas comprise dans le champ d'application de l'article IX. Autrement dit, selon l'argument développé à l'appui de cette exception, la Convention vise uniquement la répression d'actes individuels. La responsabilité qu'elle institue

\* Professeur honoraire de l'Université de Genève et de l'Institut universitaire de hautes études internationales; et Secrétaire général de l'Institut de Droit international.

1 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires*, ordonnance du 8 avril 1993, *C.I.J. Recueil* 1993, p. 3, et ordonnance du 13 septembre 1993, *C.I.J. Recueil* 1993, p. 325.

2 L'arrêt sur exceptions préliminaires n'a pas été publié au moment où ces lignes sont écrites. Les références seront faites aux paragraphes de cet arrêt.

3 Article IX: "Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Partie au différend".

est la responsabilité pénale de l'individu, et non celle de l'Etat, qui, lui, ne peut être tenu que d'éventuels manquements à ses obligations de prévention et de répression telles qu'énoncées aux articles V, VI et VII de la convention.

Pour des motifs qui seront exposés plus loin (*infra*, par. 13), la Cour a estimé que la responsabilité de l'Etat pour acte de génocide n'était pas exclue. Elle a écarté la cinquième exception par onze voix contre quatre.<sup>4</sup>

Ainsi, et tout en rappelant qu'il faut tout de même attendre le jugement au fond pour que soit confirmée et étayée de manière moins lapidaire l'opinion de la Cour, on observe ici un cas où le même acte, commis par un agent de l'Etat – membre des forces armées, gouvernant, fonctionnaire – entraîne tout à la fois la responsabilité pénale de celui-ci et la responsabilité internationale de l'Etat.

C'est cette double responsabilité de l'Etat et de son agent qui va retenir notre attention.

3. Ce que paraît mettre en lumière l'arrêt du 11 juillet 1996 n'est pas un phénomène totalement nouveau ou inédit. On sait bien qu'en matière de crimes de guerre il est établi dès longtemps que la responsabilité internationale de l'Etat pour violation par ses forces armées du droit des conflits armés peut être cumulée, le cas échéant, avec la responsabilité pénale de l'individu, agent de l'Etat.<sup>5</sup>

Pendant, il est bien clair en ce domaine que les normes de droit international pertinentes, à savoir le droit des conflits armés, ainsi que, s'agissant des crimes contre la paix, le *ius ad bellum*, sont des normes qui obligent les Etats dans leurs rapports mutuels, et dont la violation, par conséquent, engage la responsabilité internationale de l'Etat. C'est de surcroît, peut-on dire, en outre, que son acte peut entraîner la responsabilité pénale de l'agent étatique.

La situation est moins claire dans le cas du génocide, car la structure et l'économie de la Convention de 1948 paraissent bien indiquer que l'objectif premier qu'elle poursuit est la punition des personnes, agents publics ou simples particuliers, coupables du crime de génocide. La responsabilité internationale de l'Etat, dont le principe paraît admis par la Cour, doit résulter de la constatation que l'interdiction du génocide, telle que la Convention la formule, vaut aussi pour les Parties contractantes.

Cette observation suggère que le même problème peut se poser en ce qui concerne d'autres conventions destinées à ériger certains actes en "crimes internationaux" de l'individu, et à en organiser la prévention et la répression. On peut se demander si la responsabilité internationale des Etats peut également être engagée, et selon quels principes.

Enfin, il faut signaler que la pratique récente – nous pensons particulièrement au conflit entre la France et la Nouvelle-Zélande dans l'affaire du *Rainbow War-*

4 La Cour était composée de treize de ses membres (Mme Higgins et M. Fleischhauer ne siégeant pas) et deux juges *ad hoc*, MM. Lauterpacht et Kreca. Les quatre juges dissidents furent MM. Oda, Shi, Vereshchetin et Kreca.

5 C'est ainsi que P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, 1954, t. II, p. 45, souligne le "Cumul des responsabilités collective et individuelle".

rior<sup>6</sup> – a montré que l'acte d'un agent de l'Etat de nature à entraîner la responsabilité internationale de celui-ci pour violation, vis-à-vis d'un autre Etat, d'une règle du droit international, est également susceptible de donner naissance à la responsabilité de l'agent lui-même en application du droit interne de l'Etat victime. Le même acte consacre la transgression de deux normes entièrement différentes.

4. Nous pensons dès lors que cette question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent peut être utilement abordée par l'examen, tout d'abord, des traits généraux caractérisant le cas où elle est établie sans controverse, le cas des crimes de guerre au sens large.

Il s'agira ensuite, en prenant appui sur l'opinion de la Cour au sujet de la Convention sur le génocide, d'examiner dans quelle mesure les crimes internationaux de l'individu sont également susceptibles d'être à l'origine d'une responsabilité internationale de l'Etat.

Enfin, il reste à déterminer ce qu'il peut en être du cumul de responsabilités fondées, pour le même acte, sur des sources différentes.

## II. LES CRIMES DE GUERRE

5. Il est clairement établi par les textes, la pratique et la doctrine qu'une catégorie particulière d'actes, ou, plus exactement, un faisceau d'infractions commises par des individus agissant en leur qualité d'organes d'un Etat, entraînent la double responsabilité de celui-ci, et, personnelle, de l'individu.<sup>7</sup>

Ces deux responsabilités ne sont pas de même nature, dès lors que la responsabilité internationale de l'Etat s'établit vis-à-vis d'un autre Etat et ne présente aucun caractère pénal, entraînant les conséquences que le droit international général a consacrées en cette matière, alors que la responsabilité de l'individu-organe est de caractère pénal. A raison du même acte auquel sa qualité d'organe confère la nature d'un fait générateur de la responsabilité internationale de l'Etat, l'individu commet une infraction internationale qui l'expose à une sanction pénale.

Les règles internationales qui nous intéressent ici sont celles dont la violation, vue dans l'optique de la responsabilité de l'individu, est génératrice de crimes de guerre au sens large.

6. Il n'y a pas lieu, pour le propos de la présente étude, de nous arrêter longuement à la notion de crimes de guerre. On sait que dans son acception large traditionnelle elle comprend tout d'abord les crimes de guerre proprement dits – soit les infractions aux lois et coutumes de la guerre – auxquels sont as-

6 Voir ci-après par. 20.

7 La littérature est particulièrement abondante; voir la synthèse et les références figurant dans Nguyen Quoc Dinh – Daillier – Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 5ème éd., 1994, p. 625: "Responsabilité de l'individu agissant même en tant qu'agent public".

similées les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole de 1977. Elle inclut en outre les crimes contre l'humanité, infractions de droit commun commises de manière systématique contre la population civile au cours d'un conflit armé, et elle comprend également les crimes contre la paix, soit les actes par lesquels un gouvernant, pour le compte de l'Etat, transgresse ce que l'on peut appeler le *ius ad bellum*, soit en définitive, aujourd'hui, l'interdiction du recours la force dans la teneur que lui reconnaît le droit international conventionnel et coutumier.<sup>8</sup>

Même si, le plus souvent, la répression de ces crimes intervient ou doit intervenir par l'intermédiaire des juridictions nationales, il ne fait aucun doute que l'individu est poursuivi pour crime international, et que sa qualité d'organe de l'Etat, d'autre part, a pour conséquence de donner naissance à une responsabilité internationale d'Etat à Etat.

7. C'est précisément ce phénomène de cumul qui, incontesté en cette matière, mérite quelque attention.

Au point de départ, si l'on peut dire, on rencontre des normes internationales qui, clairement, sont adoptées par les Etats pour régir leurs rapports mutuels. C'est le cas des Conventions de La Haye, des Conventions de Genève dans leurs versions successives, des textes relatifs au recours à la force, Pacte de la Société des Nations, Pacte Briand-Kellog, et enfin Charte des Nations Unies, textes auxquels il convient d'ajouter les règles du droit coutumier de même contenu que des dispositions conventionnelles. L'on rencontre ici des règles juridiques que les Etats s'engagent à respecter entre eux.

Il en résulte tout naturellement, et sans qu'il soit nécessaire que les textes le précisent, que toute violation de l'une de ces normes entraîne la responsabilité internationale de l'Etat auquel elle est attribuable, avec les conséquences qui en découlent en vertu du droit international général. On notera au demeurant que certains textes énoncent expressément ce principe de responsabilité et l'obligation corrélative de réparer le dommage.<sup>9</sup> Lorsque certains types de représailles sont interdits<sup>10</sup> cela signifie, en vertu du principe de la *lex specialis*, qu'une exception est apportée à la règle générale voulant que, pour autant que les conditions requises soient réunies, un Etat victime d'une atteinte à ses droits est autorisé à prendre des mesures de représailles (contre-mesures horizontales).<sup>11</sup>

8 Cf. not. Nguyen Quoc Dinh – Daillier – Pellet, *op.cit.*, p. 627.

9 Voir, par exemple, l'article 3 de la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre: "La Partie belligérante qui violerait les dispositions du dit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée".

10 Voir, p. ex., l'article 46 de la Convention I de Genève de 1949.

11 Il faut rappeler que le droit international général interdit lui aussi certains types de représailles, dont particulièrement celles qui portent atteinte à certains droits fondamentaux de la personne, Cf. le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, art. 50.

L'une des deux responsabilités, la responsabilité internationale d'Etat à Etat, est clairement établie.<sup>12</sup>

8. Quant à la responsabilité pénale de l'individu-organe, elle est venue s'ajouter à la réglementation interétatique, ou, peut-on dire, se greffer sur elle. Celle-ci énonce notamment des interdictions, qui valent entre les Etats, mais dont la transgression par des agents officiels – particulièrement les membres des forces armées – expose ceux-ci à une punition.

Cette responsabilité pénale individuelle a été instituée, on le sait, par l'accord de Londres, du 8 août 1945, portant statut du tribunal de Nuremberg, s'agissant des crimes de guerre.<sup>13</sup> Pour le droit international humanitaire contenu dans les Conventions de Genève de 1949, celles-ci obligent les Parties Contractantes à pourvoir à la répression pénale des infractions graves,<sup>14</sup> et il en va de même du Protocole additionnel I de 1977.<sup>15</sup>

A l'évidence, le Conseil de Sécurité n'a pas innové, en ce sens qu'il n'a pas créé de nouvelles infractions, lorsqu'il a institué les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Il n'a fait que donner effet au principe de la responsabilité pénale individuelle, y compris pour celui qui a la qualité d'organe d'un Etat ou autre entité publique.

9. En résumé, il y a bien cumul de responsabilités à raison d'un acte, commis par une personne, qui transgresse une norme juridique internationale. Cette transgression entraîne deux responsabilités qui ne se confondent pas. L'une n'absorbe pas l'autre, et s'il fallait encore s'en convaincre, il suffirait de rappeler qu'à teneur d'une disposition qui figure en termes identiques dans les quatre Conventions de Genève de 1949, les Parties contractantes ne peuvent s'exonérer des responsabilités encourues en raison des infractions graves.<sup>16</sup> Autrement dit, la responsabilité de l'Etat est engagée, même si l'organe a commis une infraction – donc est allé au-delà des instructions qu'il a de respecter le droit humanitaire – et même s'il a été condamné à une peine.

12 On notera non sans intérêt que les mêmes principes sont applicables, par extension de leur champ d'application, aux opérations militaires des organisations internationales. C'est ainsi que selon les termes de l'accord Spaak – U. Thant du 20 février 1965 l'ONU s'est engagée vis-à-vis de la Belgique à réparer les dommages résultant "d'actes préjudiciables commis par des membres du personnel de l'O.N.U.C. et ne résultant pas d'une nécessité militaire", par quoi il fallait entendre les actes contraires au droit des conflits armés, cf. *Annuaire français de droit international*, 1965, p. 496.

13 Cf. Nguyen Quoc Dinh, *op.cit.*, p. 626.

14 Voir les articles 49 et 50 de la Convention I de 1949 et les articles correspondants des autres Conventions.

15 Voir les articles 85 et 86 du Protocole I de 1977.

16 Convention I, art. 51; II, art. 52; III, art. 131; IV, art. 148.

### III. LES AUTRES CRIMES INTERNATIONAUX

10. Les crimes internationaux de l'individu, qui seuls sont envisagés dans la présente étude,<sup>17</sup> sont connus du droit international dans d'autres domaines que les crimes de guerre, mais, à l'instar du crime de génocide évoqué au seuil de cette étude, ils ont une genèse différente.

Dans des domaines particulièrement sensibles, où la répression pénale jugée nécessaire est souhaitée sur une base internationale, des actes et comportements individuels sont érigés en crimes internationaux.

Ce peut être du fait de la coutume, à l'exemple classique de la piraterie,<sup>18</sup> c'est plus souvent une création du droit conventionnel, ce qui permet également de fixer les modalités de la répression.

Selon sa définition et ses éléments constitutifs, un crime international ne peut être commis que par une personne privée, tel étant le cas de la piraterie. Cette hypothèse ne nous intéresse pas ici.

A l'opposé, un crime international, parfois ne peut être commis que par un agent officiel, à tout le moins dans l'optique d'une convention déterminée,<sup>19</sup> alors que dans d'autres cas l'infraction visée peut être le fait aussi bien d'un agent officiel que d'une personne privée.

La question posée ici est celle de savoir si le fait qu'un crime international est commis par un agent étatique implique des conséquences particulières. Plus particulièrement, on va se demander si, en sus de sa responsabilité pénale internationale individuelle, l'agent étatique engage la responsabilité internationale de l'Etat dont il est l'organe.

Il nous paraît qu'une réponse unique et générale n'est probablement pas possible. Sans doute chaque convention ayant pour objet d'instituer un crime international doit-elle être examinée pour elle-même.

L'arrêt de la Cour internationale de Justice du 11 juillet 1996, qui est notre point de départ, donne une interprétation significative de la Convention sur le crime de génocide. Il convient de s'y arrêter, pour déterminer ensuite si, le cas échéant, les observations faites sont également applicables à d'autres crimes internationaux.

11. Sa structure et la philosophie qui s'en dégagent dessinent de la Convention de 1948 un profil clair: au premier chef, en érigeant le génocide, tel que

17 La notion de crimes internationaux de l'Etat, telle que consacrée par la Commission du droit international dans son Projet d'articles sur la responsabilité des Etats (article 19) est d'apparition plus récente. Elle est loin de faire l'unanimité.

18 La piraterie en haute mer, visée par une ancienne coutume, a fait l'objet de dispositions conventionnelles (codification) dans la Convention de Genève sur la haute mer (art. 14 à 22) et la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (art. 100 à 107).

19 La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, vise au titre du terme "torture" des actes commis "par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite" (article premier).

défini à l'article 2, en "crime du droit des gens" (article premier),<sup>20</sup> elle vise à assurer la poursuite et la punition des personnes qui sont coupables de ce crime, "qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers" (article 4).

Ce sont des personnes physiques qui sont visées, et l'objectif, tout en s'attachant du même coup à la prévention générale, est la répression pénale. Les dispositions concernant la compétence judiciaire, ou l'extradition, procèdent de la même perspective.

Ce n'est pas dire que les Etats n'assument pas eux-mêmes des obligations. Dès l'article premier, les parties contractantes "s'engagent à prévenir et à punir" le crime de génocide, et cet engagement trouve son expression dans l'obligation qu'elles ont de prendre des mesures appropriées dans leurs droits internes.

Une défaillance dans la mise en oeuvre de ces obligations constitue bien évidemment, dans le chef d'un Etat partie, une violation de la Convention, qui engage sa responsabilité internationale. Ce n'est cependant pas de cette responsabilité qu'il est question ici.

Il s'agit de savoir si, dans leurs rapports mutuels, les Etats parties se sont engagés à ne pas commettre eux-mêmes le crime de génocide. Dès lors que celui-ci peut être le fait d'un "gouvernant" ou d'un "fonctionnaire", donc d'un organe étatique, il s'agit de déterminer si, exposé lui-même à des sanctions pénales, cet individu engage en outre et cumulativement la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de la Convention.

C'est à ce sujet que les opinions sont partagées.

12. Sur ce point – la cinquième exception préliminaire – la décision de la Cour a été acquise, rappelons-le par onze voix contre quatre.<sup>21</sup>

Les quatre juges dissidents font valoir, en substance, que la Convention de 1948 a pour seul objet, en érigeant le génocide en crime de droit des gens, d'obliger les Etats à en prévenir et à en punir la commission par des individus.

Sur l'article IX, M. Oda estime notamment que la référence à la responsabilité de l'Etat n'a pas grand sens car de toute manière un litige portant sur l'application d'une convention inclut la notion de responsabilité,<sup>22</sup> alors que pour M. Kreca la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée, le cas échéant, que pour des manquements aux obligations de légiférer, et d'engager des poursuites contre les coupables, telles qu'elles résultent du texte de la Convention.<sup>23</sup>

13. La majorité de la Cour n'a pas été convaincue par les arguments développés par la Yougoslavie, selon lesquels "... la responsabilité d'un Etat à raison d'un acte de génocide perpétré par l'Etat lui-même serait exclue du champ d'application de la convention" (par. 32).

20 Voici le texte complet de l'article premier: "Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir".

21 *Supra*, note 4.

22 Déclaration de M. Oda, paragraphe 5.

23 Opinion dissidente de M. Kreca, paragraphe 105.

En deux phrases très brèves, l'arrêt indique qu'en visant "la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III", l'article IX n'exclut aucune forme de responsabilité d'Etat, ajoutant: "La responsabilité d'un Etat pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des "gouvernants" ou des "fonctionnaires"" (par. 32 de l'arrêt).<sup>24</sup>

14. En présence de cette controverse, il nous paraît tout d'abord que l'on ne doit pas se fonder sur l'article IX pour établir que le crime de génocide peut être perpétré par un Etat. Cette disposition est une clause compromissoire, qui ne saurait créer un chef autonome de responsabilité. La responsabilité dont il s'agit est celle pour manquement aux obligations stipulées par la Convention, et toute la question est de savoir si les Etats contractants assument uniquement, comme l'estiment les juges dissidents, l'obligation de prévenir et de poursuivre des actes individuels, ou s'ils ont également celle de ne pas commettre eux-mêmes d'actes de génocide.

15. A cet égard, s'il est vrai que la Convention, en son article IV, prévoit la seule punition des individus – organes étatiques ou simples particuliers –, cela ne signifie pas encore que les Etats ne soient pas eux aussi tenus de s'abstenir de commettre le crime de génocide, avec pour conséquence que la transgression de cette interdiction entraîne leur responsabilité internationale. Celle-ci, on le sait bien, n'est pas de caractère pénal, ses conséquences sont fixées par le droit international général, et l'on ne peut dès lors s'appuyer sur l'article IV de la Convention pour affirmer que l'article premier ne lie pas les Etats dans leurs rapports mutuels.

A vrai dire, dès lors que les Etats érigent certains actes ou comportements en crimes internationaux, il serait curieux, pour ne pas dire plus, qu'ils puissent les commettre eux-mêmes sans encourir de responsabilité.

Cela voudrait dire que des actes de génocide commis par des formations militaires ou de police, sur instructions supérieures par exemple, engendreraient la responsabilité pénale de leurs auteurs, mais pas la responsabilité internationale de l'Etat, du moins pas en vertu de la Convention.

Cela n'est pas acceptable.

Même si l'on devait se convaincre qu'au moment de la conclusion de la Convention l'on n'a pas envisagé la responsabilité de l'Etat pour génocide, ou pas voulu l'envisager, il serait difficile d'imposer une telle interprétation historique. La définition d'un crime international implique une interdiction, celle de commettre un crime. Elle s'impose également aux Etats eux-mêmes, lorsque la définition du crime de droit des gens est formulée en termes aussi clairs et généraux que ceux de l'article premier de la Convention. Ce n'est pas le cas d'autres conventions.

24 Article IV: "Les personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, quelles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers".



16. Il subsiste sans doute des questions qui méritent d'être élucidées. Ainsi, en matière d'attribution, il convient de déterminer dans quelle mesure l'individu-organe, pour engager la responsabilité internationale de l'Etat, doit avoir agi sur instructions des dirigeants, ou à tout le moins avec leur accord tacite, ou s'il engage l'Etat du seul fait de ses actes.<sup>25</sup>

Dans un autre ordre d'idées, il importe de savoir quels sont les Etats qui peuvent invoquer la transgression de la Convention et faire valoir la responsabilité internationale d'un autre Etat. Chacune des Parties contractantes? L'Etat sur le territoire duquel les actes de génocide ont été commis? L'Etat national des victimes? Il n'y a pas lieu d'entrer ici dans la discussion de ces questions. Il suffira d'observer, puisque telle était notre interrogation, que dans le cas spécifique de la Convention de 1948, l'individu-organe, par un même acte, entraîne une double responsabilité, la sienne, pénale, et celle, d'une autre nature, de l'Etat dont il est l'agent.

17. Ce serait aller bien au-delà des limites de la présente étude que de déterminer si d'autres conventions dont l'objet est d'aménager la coopération des Etats dans la lutte contre certaines formes de criminalité conduisent à des conclusions similaires.

Il faut se borner à souligner que chaque instrument conventionnel doit être analysé attentivement afin de déterminer s'il institue, dans les rapports mutuels entre les Etats, une interdiction spécifique – celle de commettre certains actes – dont la violation donne naissance à la responsabilité internationale de l'Etat.

A cet égard, on doit observer que la Convention sur le génocide présente un trait caractéristique qui paraît exceptionnel, en ce sens que, comme nous l'avons vu, elle institue, en termes généraux, un "crime du droit des gens".

Ce n'est généralement pas le cas d'autres conventions.<sup>26</sup>

Ainsi, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la torture définit le terme "torture" en précisant qu'il s'agit d'un acte commis par une personne agissant à titre officiel.<sup>27</sup> Les Etats doivent prendre des mesures de prévention et de répression sur leur territoire, notamment veiller "à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal" (article 4). Il ne semble pas que l'on puisse, sur cette base, construire une responsabilité internationale d'Etat, étant entendu au demeurant qu'un acte de torture, pour lequel l'agent officiel doit être puni, est susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'Etat, mais sur une autre base juridique, notamment le droit des étrangers. Il y a cumul de violations.

25 Dans le cas du droit des conflits armés, l'Etat est engagé par tous les actes des membres de ses forces armées, cf. l'article 3 de la Convention IV de La Haye, cité *supra*, note 9.

26 Voir cependant la *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, du 30 novembre 1973, dont l'article premier stipule: "Les Etats parties à la présente Convention déclarent que l'*apartheid* est un crime contre l'humanité ...".

27 *Supra*, note 19.

L'analyse d'autres instruments conventionnels devrait conduire à des observations similaires, car une disposition comme l'article premier de la Convention de 1948 est exceptionnelle.

#### IV. LA TRANSGRESSION DE REGLES DIFFERENTES

18. Jusqu'ici, nous avons considéré le cas où un acte commis par un individu-organe qui transgresse une règle du droit international est à l'origine de deux responsabilités, de natures différentes il faut le souligner, mais résultant d'une même violation. Nous venons de voir que le même acte peut consacrer la violation de deux obligations internationales différentes, l'une à la charge de l'individu (infraction internationale), l'autre à la charge de l'Etat. Il y a authentique cumul international, et il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage à cette hypothèse.

L'hypothèse examinée ici est bien différente. Il s'agit des conséquences de l'acte qui, dès lors qu'il est attribuable à un Etat, engage sa responsabilité internationale s'il transgresse une règle du droit international, et qui, par ailleurs, constitue aussi la violation d'un droit interne, généralement du droit pénal. Faut-il admettre ou exclure, en sus de la responsabilité internationale de l'Etat, la responsabilité personnelle de l'agent?

Il nous paraît que deux cas doivent être nettement distingués.

19. La première hypothèse constitue, si l'on peut dire, un cas de routine. C'est la situation qui se présente lorsque l'agent étatique qui, par son acte, engage la responsabilité de l'Etat, tombe sous le coup de la loi pénale de celui-ci, ou de son droit disciplinaire. L'Etat responsable internationalement est aussi celui qui va punir son propre agent. Il en a parfois l'obligation, comme dans le cas où des dommages sont causés à des missions diplomatiques ou à leurs membres, ou même simplement à des étrangers. On peut penser à la violation du droit des étrangers, par de mauvais traitements d'un agent de police: elle entraîne la responsabilité internationale de l'Etat où les faits se sont produits, tout en l'obligeant à punir son agent.

Ce cas de cumul de responsabilités ne suscite pas de problème, il est connu depuis longtemps.<sup>28</sup>

20. Il n'en est pas de même lorsque l'agent étatique est accusé d'avoir transgressé la loi d'un autre Etat.

Cette hypothèse est parfaitement illustrée par l'affaire du *Rainbow Warrior*, qui a opposé la France à la Nouvelle-Zélande.<sup>29</sup> Après que deux agents des

28 Voir p. ex. l'affaire qui a opposé les Etats-Unis au Siam à la suite d'une attaque commise par des soldats siamois contre un consul américain. Des excuses furent présentées, et les soldats punis en application du droit interne, cf. M. La Fontaine, *Pasicrisie internationale. Histoire des arbitrages internationaux (1793-1900)*, 1902, p. 604 ss.

29 Pour l'exposé des faits, voir la décision du Secrétaire général des Nations Unies du 7 juillet 1986, *RGDIP* 1987, p. 1031, ainsi que Ch. Rousseau *Chronique des faits interna-*

services secrets français eurent fait couler, dans le port d'Auckland, le navire de *Greenpeace*, tuant un photographe néerlandais, la France reconnut sa responsabilité internationale pour violation de la souveraineté territoriale de la Nouvelle Zélande et se déclara prête à en assumer toutes les conséquences (excuses, réparation matérielle).<sup>30</sup> Cependant, la justice de l'Etat lésé condamna les deux agents à dix ans d'emprisonnement. C'est alors que le conflit s'envenima dangereusement, car la France prétendit que la reconnaissance par elle de sa responsabilité internationale et des conséquences qui en découlaient absorbait la responsabilité de ses agents, qui devaient être libérés. Le Gouvernement néo-zélandais ne l'entendit pas de cette oreille, estimant que les deux agents devaient purger leur peine. Il fallut toute l'habileté du Secrétaire général des Nations Unies pour parvenir à un accord de compromis,<sup>31</sup> accord qui d'ailleurs donna lieu à un nouveau litige entre les deux Etats, réglé, lui, par un arbitrage.<sup>32</sup>

Non résolue en droit dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la question juridique est celle de savoir s'il y a "absorption" de la responsabilité – pénale – de l'individu-organe par la responsabilité internationale de l'Etat pour le compte duquel il a agi, dès lors que celui-ci accepte les conséquences de cette responsabilité.

21. La doctrine, qui, à vrai dire, ne s'est pas beaucoup intéressée à la question, sans doute en bonne partie en raison d'une pratique très limitée, se borne en général à rappeler le principe qui paraît résulter du règlement intervenu dans l'affaire *Mac Leod* (ou affaire du *Caroline*),<sup>33</sup> selon lequel l'Etat qui accepte la responsabilité internationale résultant pour lui des actes d'un de ses agents agissant sur instructions est seul à répondre de ces actes. La responsabilité personnelle de l'agent est absorbée par celle de l'Etat.

C'est la thèse défendue par certains commentateurs de l'affaire du *Rainbow Warrior*, qui estiment que les deux agents secrets français auraient dus être libérés.<sup>34</sup> Avant eux, on relèvera notamment que *Basdevant*,<sup>35</sup> par exemple, es-

tionaux, *RGDIP* 1986, p. 216.

30 Voir les échanges de lettres intervenus après la décision du Secrétaire général des Nations Unies du 7 juillet 1986, *RGDIP* 1986, p. 1094.

31 Ce compromis (*supra*, note 29) donna partiellement satisfaction à la Nouvelle-Zélande dans la mesure où les deux agents ne furent pas simplement libérés, mais l'amour-propre de la France fut sauf car c'est elle qui eut la charge de garder "en quarantaine" ses deux agents, les "faux époux Turenge".

32 Sentence arbitrale du 30 avril 1990, *RGDIP* 1990, p. 838.

33 Affaire *Mac Leod* entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, incident du 29 décembre 1837, *La Pradelle et Politis, Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, Paris, 1905, p. 681.

34 Voir J. Charpentier, *L'affaire du Rainbow Warrior*, *AFDI* 1985, p. 210 et *L'affaire du Rainbow Warrior: le règlement interétatique*, *AFDI* 1986, p. 873; G. Apollis, *Le règlement de l'affaire du "Rainbow Warrior"*, *RGDIP* 1987, p. 9; adoptant une approche différente: M. Pugh, *Legal Aspects of the Rainbow Warrior Affair*, *ICLQ*, vol. 36 (1987), p. 655.

35 J. Basdevant, *Règles générales du droit de la paix*, *RCADI* 1936 (IV), p. 661: "... en l'état

time lui aussi que la responsabilité internationale de l'Etat absorbe la responsabilité personnelle de l'agent. Le débat, cependant, n'est pas clos.

22. La pratique, nous l'avons déjà indiqué, est très maigre, et, à notre avis, peu indicative. Sans doute, dans l'affaire *Mac Leod*, du nom de l'un des membres de l'équipage du navire anglais qui, venant du Canada, avait, en 1837, attaqué le *steamboat* américain *Caroline* sur le territoire de l'Etat de New York,<sup>36</sup> l'on vit Londres et Washington se mettre d'accord pour affirmer le principe de l'absorption. En effet, lorsque Mac Leod, venu sur sol américain, fut arrêté et poursuivi pénalement, les protestations du Gouvernement britannique suscitèrent une réponse du Secrétaire d'Etat américain reconnaissant le principe voulant que l'agent qui a agi sous l'autorité de son gouvernement ne doive pas être poursuivi pour un acte dont celui-ci admet la responsabilité sur le plan international.<sup>37</sup>

Si, bien qu'étant fort ancien, ce cas est un précédent auquel généralement on se réfère, c'est précisément parce qu'on ne rencontre plus de sérieuses controverses entre des Etats au sujet de la punition, par celui qui est victime d'une violation du droit international, de l'agent de l'Etat responsable. Est-ce dû au sentiment du devoir de s'abstenir? Il est difficile de le savoir.

Toujours est-il que jusqu'à l'incident du *Rainbow Warrior*, et même si la question paraît avoir été posée en quelques circonstances peu claires,<sup>38</sup> l'on ne peut guère faire état que de l'affaire du U-2 américain qui, le 1er mai 1960, fut intercepté alors qu'il accomplissait une mission d'espionnage dans l'espace aérien soviétique.<sup>39</sup> Les Etats-Unis admirèrent que la mission avait été entreprise sur instructions, tout en tentant de justifier, en droit international, la recherche de renseignements à laquelle ils se livraient. Le pilote, Francis Powers, capturé sain et sauf, fut jugé et condamné par les autorités soviétiques à dix ans d'emprisonnement. Est-ce un précédent permettant d'élaborer une théorie différente de la théorie *Mac Leod*? On notera que les affaires d'espionnage ont toujours eu un caractère un peu particulier.<sup>40</sup>

actuel du droit international, la responsabilité internationale est à la charge de l'Etat, non des agents publics; ceux-ci sont tenus seulement d'une responsabilité selon le droit interne, responsabilité que l'Etat peut d'ailleurs se trouver tenu, en vertu du droit international, de mettre en action". Le droit interne évoqué ici est celui de l'Etat responsable, non celui de l'Etat victime.

36 Voir *supra*, note 33. Voir aussi J.B. Moore, *International Arbitrations*, vol. III, 1898, p. 2419.

37 La Pradelle – *Politis*, *op.cit.*, p. 681, Cf. R.Y. Jennings, *The Caroline and Mac Leod Cases*, 32 *AJIL* (1938), p. 82.

38 Cf. J. Basdevant, *op.cit.*, p. 660, qui analyse les affaires de *Dogger Bank* et des *Déserteurs de Casablanca*, où aucune punition n'est intervenue, mais où la question a été évoquée.

39 Cet incident fut à l'origine de l'échec du sommet de Paris de 1960, Cf. Q. Wright, *Legal Aspects of the U-2 Incident*, 54 *AJIL* (1960), p. 836. Voir aussi Ch. Rousseau, *Chronique des faits internationaux*, *RGDIP* 1961, pp. 97 ss.

40 Cf. not. G. Cohen-Jonathan et R. Kovar, *L'espionnage en temps de paix*, *AFDI* 1960, p. 239. Dans le cas de l'U-2, il y eut une claire violation du droit international (atteinte à la souveraineté sur l'espace aérien) et du droit interne soviétique.

Quant à l'affaire du *Rainbow Warrior*, faut-il y voir un abandon de cette même doctrine, dans la mesure où il n'y a pas eu libération des deux agents? La nature essentiellement politique du règlement ne permet pas d'y voir un précédent décisif, mais on notera tout de même que la thèse française n'a pas été acceptée.

23. Il est difficile, sur ce problème, d'énoncer des conclusions. Il faut admettre en effet que la "jurisprudence" de l'affaire *Mac Leod* est bien ancienne et date d'une époque où il n'était guère question de la responsabilité autonome de l'individu. Faut-il alors préconiser une modification radicale des conceptions, au point d'admettre que la responsabilité internationale de l'Etat n'absorbe pas celle, individuelle, de l'agent? Il y aurait cumul, conformément à la thèse de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire du *Rainbow Warrior*.

Peut-être faut-il envisager une solution plus nuancée.

On peut en effet penser qu'il n'est pas acceptable que des actes à tous égards répréhensibles, tels que sabotages, assassinats et autres attentats, n'impliquent aucune punition pour leurs auteurs, dès lors que l'Etat dont ils sont les agents accepte la responsabilité internationale d'actes qui, contraires à l'ordre juridique interne de l'Etat victime, transgressent également une norme de droit international.

Un truand qui escroque ou assassine est, fort heureusement, passible des foudres de la justice. Est-il normal qu'un spadassin, un espion, un agent secret qui joue de l'explosif, soit à l'abri de toute poursuite pénale dès lors que l'Etat pour le compte duquel il a agi accepte sa responsabilité internationale? C'est choquant, il faut bien le dire, et l'on ne saurait appliquer ici la doctrine de l'absorption.

Est-ce à dire que la doctrine de l'affaire *Mac Leod* est désormais dépassée? Ce serait probablement aller trop loin, car il y a sans doute des circonstances dans lesquelles il apparaît que la punition de l'agent serait inéquitable. Tel pourrait être le cas lorsque les instructions données à celui-ci le font agir d'une manière conforme aux critères de la fonction étatique qui est la sienne. Ainsi les soldats d'une formation militaire qui reçoit l'ordre de franchir la frontière et d'occuper une portion du territoire étranger ne peuvent pas savoir si cet ordre est licite ou non en droit international, de même que *Mac Leod*, en agissant contre le *Caroline*, ne pouvait se prononcer sur la licéité internationale de cette action, question qui fut discutée ultérieurement sous l'angle de la légitime défense.

Il y aurait donc une différence entre un cas de ce genre et celui des saboteurs et autres agents agissant dans la clandestinité.

Peut-être, à l'avenir, la pratique pourra-t-elle se fixer. Il nous paraît qu'elle ne devrait pas suivre le principe de l'absorption en toutes circonstances. Nous avons de la sympathie pour l'attitude de la Nouvelle-Zélande à l'égard des "faux époux Turenge". La responsabilité internationale de l'Etat, qui ne présente pas un caractère pénal, n'absout pas des agissements délictueux.

## V. CONCLUSIONS

24. Les quelques observations présentées ici sont nécessairement un peu sommaires. Elles ne constituent qu'un survol général d'une question qui présente de multiples aspects.

L'occasion en a été fournie par l'arrêt du 11 juillet 1996, qui s'exprime brièvement sur un problème important. A vrai dire, d'autres normes juridiques que l'article premier de la Convention sur le génocide pourraient en principe être à l'origine d'une responsabilité d'Etat pour actes de génocide. Cependant, en raison de la base fondant en l'espèce la compétence de la Cour, il fallait que la violation fût celle de la Convention.

25. On peut rappeler, en guise d'observation liminaire, que la présente étude a entièrement laissé de côté la question des crimes internationaux de l'Etat. Sans doute, on peut se demander si l'individu-organe dont les actes rendent l'Etat coupable d'un crime international (de l'Etat) engage du même coup sa responsabilité (pénale) personnelle. Ce n'est cependant qu'un aspect du problème général que nous avons posé, qui est de savoir si un même acte peut engager deux responsabilités.

26. L'arrêt du 11 juillet 1996, évoque l'hypothèse où la transgression d'une règle du droit international  $\rightarrow$  en l'occurrence l'interdiction du génocide – donne naissance tout à la fois à la responsabilité internationale de l'Etat et à celle de l'individu-organe. On peut opportunément parler ici de "*double responsabilité*".

Nous avons pu rappeler que c'est un phénomène déjà connu en matière de crimes de guerre, où des règles régissant des rapports entre Etats, susceptibles donc d'être transgressées par eux, ont été jugées si importantes que cette violation engage également la responsabilité de l'agent étatique.

Plus nouvelle est la question que fait surgir la Convention sur le génocide, qui est de déterminer si un texte conventionnel qui institue certains actes en infractions internationales peut également être à l'origine d'une responsabilité internationale de l'Etat. Avec la Cour internationale de Justice, on peut penser que tel est le cas pour la Convention de 1948, mais qu'il s'agit d'une exception. Il faut examiner chaque convention pour elle-même.

27. Autre question, qui doit, elle aussi, être élucidée mieux qu'elle ne l'a été jusqu'ici, est celle qui s'attache à une situation à laquelle on pourrait réserver l'expression "*cumul de responsabilités*". Il s'agit de l'hypothèse où le même acte ou comportement transgresse deux règles juridiques différentes, pour donner naissance, d'une part, à la responsabilité internationale de l'Etat, et, d'autre part, à la responsabilité pénale de l'individu-organe.

Il n'y a pas lieu de s'arrêter longuement au cas où il s'agit de deux règles juridiques internationales. Ainsi, par exemple, le policier qui torture un diplomate peut tomber sous le coup, à titre personnel, de la convention des Nations Unies sur la torture, tout en engageant la responsabilité internationale de l'Etat pour violation du droit diplomatique. Le cumul des responsabilités paraît aller de soi.

En revanche, le problème est plus complexe lorsque la violation du droit international va de pair avec celle du droit pénal interne de l'Etat victime.

Pour les raisons que nous avons tenté d'indiquer, il ne nous paraît plus possible d'en rester à une application aveugle et absolue du principe d'absorption affirmé dans l'affaire *Mac Leod / Caroline*. D'autre part, il ne nous paraît pas équitable de l'abandonner totalement. Un point d'équilibre doit être trouvé, qui doit laisser à l'extérieur de l'absorption les actes de sabotage, attentats et autres méfaits commandités par un gouvernement.

28. Les développements de la pratique, et les travaux de la doctrine, ont apporté de très substantiels éclaircissements à la compréhension du système de la responsabilité internationale des Etats. Sa nature et ses finalités sont désormais bien identifiées. Elles n'ont pas un caractère pénal.

Cela laisse ouvert tout le champ de la répression pénale qui, elle, est applicable à l'individu, et particulièrement à l'individu-organe. Il doit assumer ses responsabilités, et cela paraît normal au moment où, par ailleurs, la protection de la personne gagne en ampleur et en efficacité.