

LA TECHNIQUE
ET
LES PRINCIPES DU DROIT
PUBLIC

ETUDES EN L'HONNEUR DE
GEORGES SCELLE

TOME DEUXIÈME

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON & R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (5^e arr.)

1950

De la responsabilité internationale de l'Etat

par Georges BERLIA

*Professeur de Droit International Public
à la Faculté de Droit de Caen*

1. Cette étude prend place dans une répartition générale des matières qui lui donne un intitulé et déjà la situe : la responsabilité de l'Etat y est conçue comme l'une des sanctions de l'exercice des compétences internationales.

Elle est une sanction : à ce titre elle évoque et traduit le besoin de répression qui est inhérent à tout milieu social. La répression peut être directe ou indirecte : elle est directe lorsqu'elle porte sur l'acte qui pourra être annulé parce qu'illécite ou lorsqu'elle concerne l'auteur de l'acte dont les agissements sont justiciables du droit pénal et éventuellement d'un pouvoir disciplinaire ; elle est indirecte lorsqu'elle se limite à prendre en considération les conséquences dommageables de l'acte afin d'assurer la remise des choses en leur état antérieur : il s'agit alors de responsabilité civile et essentiellement, du moins en droit international, des dommages causés aux biens des étrangers ou à leurs personnes.

Ces diverses formes de la responsabilité, quel que soit le caractère plus ou moins médiat ou immédiat de la sanction qu'elles mettent en œuvre, ont toutes un aspect répressif qui est comme le sceau commun qui rappelle leur origine indifférenciée et une parenté dont les liens ne se défont qu'avec le temps.

Peut-être convient-il d'insister afin que des défaillances de terminologie n'altèrent pas la rigueur du raisonnement : il est d'usage de parler d'action répressive à propos de la seule res-

ponsabilité pénale tandis que celle que l'on qualifie de civile résulterait d'une action réparatrice. A la vérité, pénale ou civile, collective ou individuelle, contractuelle ou délictuelle, la responsabilité est d'abord répressive.

Il en est ainsi de tout milieu social dès lors qu'il est primitif ou dès lors qu'il implique des rapports intersociaux épisodiques et incertains : il a le souci de vivre avant celui d'être juste ; il impose l'ordre avant de le rendre aimable, comme on eût dit dans la langue de Racine. Son droit est répressif avant d'être réparateur, même s'il conclut à l'octroi d'une somme d'argent à la victime.

Le milieu international ne s'est pas soustrait à cette loi commune et c'est dans le droit des représailles qu'est l'origine de ce que nous appelons aujourd'hui la responsabilité de l'Etat.

2. Si le groupe considéré survit à cette première épreuve, ses membres acquerront une conscience croissante de la solidarité sociale : la notion de responsabilité s'épanouira en une floraison d'aspects divers et les qualifications de pénale ou de civile recouvriront alors des notions progressivement autonomes l'une par rapport à l'autre. La responsabilité civile sera restitutive et non répressive : plus exactement les résidus d'une origine sanctionnatrice seront suffisamment tenus pour que l'idée de réparation l'emporte.

Ainsi en est-il aujourd'hui de la responsabilité internationale de l'Etat : les procédés d'évaluation de l'indemnité s'identifient à ceux de détermination du dommage cependant que le droit positif actuel évoque encore l'origine de la matière dans la mesure où il exige que l'acte, cause du dommage, soit un acte illicite, c'est-à-dire un acte contraire au droit international et qui laisse, par suite, à l'indemnité quelques reflets d'une sanction.

3. Cette évolution atteint un point, en droit interne, que nous sommes enclins à considérer comme son terme et qui est, à tout le moins, un palier durable : de la floraison antérieure ne subsistent que deux courants de responsabilité. L'un a pour résultat la réparation du dommage : on parlera de res-

ponsabilité civile ; celle-ci incombera à une collectivité. La recherche d'un lien de causalité n'aura d'autre but que d'établir sur le patrimoine de quelle collectivité doit être prélevé le montant de l'indemnité ; elle ne s'attachera pas à prouver l'existence d'un comportement qui serait fautif à un titre quelconque. Le dommage, en effet, suffira alors à justifier par sa seule existence la nécessité d'une réparation. Le voyage se sera poursuivi par relais successifs : la place faite à l'idée de risque comme fondement de la responsabilité, le cumul de la faute de service et de la faute personnelle en seront quelques-uns d'entre eux. Aux dernières étapes la doctrine parlera de socialisation du droit avec une évidente aisance qui n'aurait pas fait écho au début du siècle à la doctrine du doyen Duguit sur ce point.

Mais il n'y a de socialisation véritable que dans la mesure où elle aboutit à un apurement de l'individualisme juridique : il y a socialisation parce que la réparation du préjudice devient toujours le fait d'une collectivité publique, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'origine du dommage ; il y a un renforcement de la responsabilité individuelle en ce sens que la responsabilité, pénale ou disciplinaire, doit être appréciée directement dans son fondement comme dans sa sanction, c'est-à-dire sans que l'action de la victime, la réparation que celle-ci demande soient à un degré quelconque la cause du déclenchement de cette responsabilité et sa mesure.

Aujourd'hui donc l'étude de la responsabilité en droit public, c'est celle d'une part de la responsabilité civile des collectivités publiques, d'autre part de la responsabilité pénale des individus.

Certes, alors même que le lecteur voudra peut-être nous accorder que c'est bien ainsi qu'a évolué la technique de la responsabilité, un positivisme même pondéré pourrait nous reprocher de préjuger des solutions internationales du problème et de nous borner à une pétition de principe strictement gratuite en affirmant une prétendue identité d'évolution de milieux sociaux différents dans leurs éléments comme dans leur ampleur. C'est pourquoi il n'est sans doute pas inutile de préciser que nous nous essayons non pas à une assimilation,

mais à une confrontation et que nous n'oublions pas que le droit d'apprécier implique d'abord l'obligation d'exposer ce qui est.

I

La responsabilité civile de l'Etat

4. Cette responsabilité que la doctrine vise sous l'expression traditionnelle de responsabilité internationale de l'Etat peut être appréciée, du moins si l'on s'en tient, comme nous le devons ici, à ses aspects essentiels, dans son *étendue* et dans son *fonction*. Ainsi nous apparaîtra-t-elle, tour à tour, plus fréquemment possible qu'elle ne l'est en droit interne et plus rarement admise, cependant, en définitive.

5. Le cadre suivant lequel ont été ordonnées les études de cette seconde partie fait état des diverses fonctions qu'assume l'Etat ; il peut être utilisé pour juger de l'étendue du domaine d'application de la responsabilité internationale de l'Etat.

Si l'on accepte ces données, un examen rapide de la doctrine et de la jurisprudence pourrait faire croire que la responsabilité internationale de l'Etat est plus large que celle que ce dernier supporte en droit interne : la responsabilité du fait des organes judiciaires est exclue des divers droits nationaux et une analyse de droit comparé montrerait que celle de l'organe législatif a des difficultés à s'y faire admettre alors qu'en droit des gens la responsabilité est le fait des diverses activités étatiques et que la jurisprudence internationale retient aussi aisément la responsabilité de l'Etat que celle-ci résulte de l'exercice de la fonction législative, exécutive ou juridictionnelle.

Pareil fait appelle explication d'abord, interprétation ensuite.

En droit interne le développement de la responsabilité a été un lent travail d'érosion partant des contours de la souveraineté pour en viser le cœur même : la fonction exécutive, au moins dans les conceptions constitutionnelles classiques françaises, on pourrait presque écrire continentales, est appa-

re comme une émanation moins directe de la souveraineté que la fonction législative. Pour gagner le combat jurisprudence et doctrine ont obtenu qu'il se livre en ordre dispersé : il n'est pas gagné entièrement en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat législateur en droit français ; l'examen de plus d'un droit national montrerait en outre qu'il est parfois incertain. Il n'est même pas engagé pour ainsi dire en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour l'exercice de la fonction juridictionnelle et il est d'usage de penser qu'il ne l'est pas et ne doit pas l'être sous peine de mettre en cause la sécurité élémentaire de l'ordre social.

En droit des gens la considération essentielle accordée peu à peu à l'organe à fait que l'activité de l'Etat s'est présentée comme un bloc qu'il fallait rejeter, dans son ensemble, du terrain de la responsabilité ou y introduire toute entière sans rechercher la diversité des qualifications fonctionnelles possibles.

A l'inverse de ce que l'on constate dans le droit interne, la responsabilité internationale intervient donc à propos de l'exercice de toutes les compétences étatiques notamment de la fonction juridictionnelle.

6. De cet état de choses la doctrine classique a donné une interprétation dont la simplicité renforce la force et la logique mais qui ne nous paraît pas décisive.

Le raisonnement est le suivant : l'irresponsabilité qui est de règle à l'occasion de l'exercice de la fonction juridictionnelle a été traditionnellement observée et est unanimement respectée en droit interne. Or les actes du pouvoir judiciaire de l'Etat peuvent entraîner la responsabilité internationale de celui-ci. Pour qu'il n'y ait point contradiction il faut admettre que ces actes n'ont plus en droit des gens la qualité juridictionnelle qui est la leur en droit interne. Ce n'est point, dit-on, qu'il y ait eu mutation dans la qualification juridique, mais bien plutôt que toute qualification a disparu et que l'acte juridictionnel du droit interne n'est plus selon l'expression devenu historique de l'arrêt n° 7 de la C.P.J.I. qu'un « simple fait » dans la technique internationale.

Cette interprétation répugne à la doctrine de Georges Scelle avec suffisamment d'évidence pour que nous n'ayons point à insister.

Pour Georges Scelle le différend est international à l'origine, et l'acte juridictionnel du juge interne est tel au regard de tous les ordres juridiques qui peuvent avoir à en connaître successivement.

Le droit positif international fut sur le point de consacrer cette conception : le projet de Cour Internationale des Prises adopté à la Conférence de La Haye de 1907 impliquait que les décisions des belligérants capteurs gardaient, en droit des gens, le caractère juridictionnel qu'elles ont en droit interne. L'article 8 du texte faisait de l'éventuelle Cour Internationale des Prises, par les pouvoirs qu'il lui reconnaissait, une juridiction hiérarchiquement supérieure aux Conseils des Prises internes : en particulier, par exemple, si la nullité de la capture avait été prononcée, la Cour aurait été habilitée à ordonner la restitution du navire contrairement à la décision du tribunal étatique.

Deux ans plus tard, à la Conférence de Londres, la délégation américaine protesta contre cette solution et précise : « l'intéressé pourra seulement demander à la Cour Internationale des dommages-intérêts et la décision de la Cour ne fera pas tomber la décision de la Cour suprême des Etats-Unis ; il y aura procédure de novo, on fera comme s'il n'y avait jamais eu sentence ». Le protocole de clôture de la Conférence navale de Londres fit écho à cette argumentation et envisagea la possibilité d'adhérer au statut de la Cour en faisant la réserve que le droit de recourir à la Cour puisse se présenter uniquement « comme une action directe en indemnité ».

L'opposition entre la thèse adoptée à La Haye et celle qui résulte à Londres de la remise en cause de la précédente nous paraît situer très exactement le problème parce qu'elle établit que l'autorité de la chose jugée est fonction de certaines garanties.

L'autorité de la chose jugée, en effet, a pour but d'assurer la « sécurité juridique » en évitant le « trouble social » pouvant résulter du doute qui subsisterait à l'égard de la décision juri-

dictionnelle¹. Cette présomption de bien jugé n'a de sens que si, en effet, l'organisation judiciaire, la procédure qu'appliquent les tribunaux, le recrutement de ceux-ci réduisent au minimum inévitable les chances d'erreur et d'arbitraire. L'autorité de la chose jugée est une défense de l'ordre social que conditionnent des garanties préalables de bonne justice.

Si celles-ci font défaut, l'autorité de la chose jugée ne jouera pas. On peut considérer comme constituant quelque une de ces garanties préalables, par exemple, la possibilité de faire censurer par une Cour Internationale dans son recrutement les décisions d'un tribunal interne sur une question qui ressort du droit des gens ; on peut retenir dans le même sens une sorte de large codification de la matière et l'on sait, en effet, l'importance qu'ont eu à Londres, en 1909, les contradictions entre les diverses conceptions nationales du droit maritime international.

Dès lors que l'autorité de la chose jugée reste exclue, l'irresponsabilité qu'elle a coutume d'entraîner l'est aussi et l'exercice de la fonction juridictionnelle retombe dans le droit commun des activités étatiques.

Ainsi la responsabilité internationale de l'Etat pour l'exercice de la fonction juridictionnelle n'apparaît-elle pas incompatible avec ce thème essentiel qu'est dans la doctrine de Georges Scelle l'unité de l'ordre juridique océanographique.

Le fait que les diverses fonctions étatiques soient soumises au droit commun international de la responsabilité pourrait laisser entendre que le champ d'application de celle-ci est plus largement étendu qu'il ne l'est en réalité. En effet, des conditions doivent être remplies préalablement à toute mise en cause de la responsabilité ; d'une part elles sont restrictives par leur portée ; d'autre part elles sont essentielles car elles touchent à la nature même de la responsabilité comme nous le verrons en étudiant le fondement de cette dernière.

7. Les conditions nécessaires à la mise en jeu de la responsa-

1. Georges Scelle, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 46, p. 501 et suiv.

bilité internationale de l'Etat sont l'existence d'un acte illicite et celle d'un dommage, conséquence du précédent.

Si c'est bien là l'affirmation généralement préconisée par la doctrine, il n'en reste pas moins, cependant, que quelques auteurs évoquent la nécessité, dans certaines hypothèses, d'un troisième élément qui s'analyserait dans une faute de l'Etat.

Deux question nous paraissent l'emporter en intérêt sur les autres et retiendront notre attention : *qu'en est-il, d'une part, de cette troisième condition éventuelle ; quelle signification, d'autre part, a, pour le fondement même de la responsabilité, l'exigence d'une illicéité préalable ?*

8. Lorsque l'on parle de retenir une faute de l'Etat il s'agit d'une faute de nature à engager la responsabilité internationale et distincte du comportement illicite de l'Etat. On pourra bien en usant d'un vocabulaire courant, profane, en quelque sorte, dire qu'il y a faute à ne pas respecter la légalité mais dans ce cas il s'agira plutôt d'une appréciation morale sur laquelle d'ailleurs on peut épiloguer et qui laisse entière la question de savoir si la faute, entendue dans un sens technique c'est-à-dire comme condition distincte et supplémentaire de responsabilité, doit être établie.

C'est sans doute Karl Strupp qui a présenté un des premiers cette thèse dans la doctrine moderne : il conviendrait de distinguer les actes positifs et les délits par omission. Seuls ces derniers nécessiteraient une faute consistant dans le défaut de diligence normale. Pour les premiers l'acte illicite créateur du dommage suffirait.

On a cherché le fondement de cette thèse dans la jurisprudence internationale et plus précisément dans celle qui est relative à la responsabilité de l'Etat à l'occasion des émeutes et guerres civiles. « L'Etat n'est pas responsable des mesures ayant pour but, écrit Karl Strupp, la suppression de troubles intérieurs, émeutes ou guerres civiles, à moins toutefois qu'on ne puisse lui reprocher une omission. Il n'est pas davantage responsable des dommages subis par les étrangers à cette occasion, du fait de personnes privées. Néanmoins, en cas d'émeute, la responsabilité de l'Etat serait engagée, si l'émeute,

te avait éclaté contre des étrangers en leur qualité d'étrangers, sans que l'Etat ait rempli ses devoirs de surveillance et de répression »¹.

Nous ne croyons pas trahir la jurisprudence en en donnant l'analyse suivante : la responsabilité civile de l'Etat ne naît point tellement, par exemple, de l'incendie de l'immeuble par la foule que de l'impuissance des services publics de police à empêcher des émeutiers de mettre le feu. Le comportement des particuliers n'est que l'occasion d'une responsabilité qui s'appréciera d'après le comportement des services publics de police. Celui-ci engagera ou n'engagera pas la responsabilité internationale par application de la règle dite de la diligence due. Celle-ci fait état des circonstances de temps, de lieux et autres pour retenir ou exclure la responsabilité de l'Etat : c'est un examen des circonstances particulières de l'affaire qui permettra au juge de se prononcer sur la violation ou l'absence de violation du droit coutumier international. Mais en cette matière comme dans le droit commun de la responsabilité, il s'agit de vérifier, s'il y a eu ou non un acte illicite et il importe peu que soit en cause ici un droit coutumier plutôt qu'un droit conventionnel.

A la vérité il faut aller plus loin si l'on souhaite persuader : derrière cette distinction des faits positifs et des actes d'omission il y a, sans doute, celle d'une responsabilité objective, basée sur le caractère illicite d'un acte et d'une responsabilité subjective, fondée sur le caractère fautif d'une abstention. La distinction est traditionnelle et générale. Pour autant nous croyons qu'elle est sans portée et, pour tout dire, qu'elle n'est plus exacte. En droit public la responsabilité du service public pour faute est tout aussi objective que celle pour risque : elle se détermine par rapport à un comportement moyen du service qui dépend de la nature de celui-ci. Il y a longtemps que, même en droit privé, la responsabilité pour faute s'apprécie en partant de critères généraux qui sont très souvent détachés de toute appréciation d'intentions. Pour autant que le

1. Karl Strupp, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 7, p. 565. Dans le même sens, du moins dans les lignes générales, voir Delbez, *Manuel de droit international public*, p. 184.

cadre de cette étude exclut tout appareil trop lourd de démonstration, on n'en conviendra pas moins cependant qu'ici le vocabulaire a survécu à la réalité dont il a pu rendre compte autrefois.

Enfin nous ajouterions volontiers que ce n'est point par hasard que la faute, comme condition supplémentaire de responsabilité a tenté la doctrine à propos d'une matière essentiellement coutumière ; certes la violation de la coutume est une violation du droit, mais des volontaristes peuvent hésiter à mettre sur le même plan, à ce point de vue, la règle conventionnelle et la règle coutumière. C'est ce qui nous apparaîtra si nous recherchons la signification essentielle qu'il faut attacher à l'existence d'un acte illicite comme condition de la responsabilité.

9. Il n'est guère d'auteurs qui ne retiennent cette condition d'illicéité comme caractéristique essentielle de la responsabilité internationale. Elle l'est, en effet, encore qu'il ne soit pas sans intérêt, peut-être, de préciser à quel titre elle l'est.

Il est vain à notre sens, comme nous l'avons déjà indiqué, d'opposer un contentieux objectif, parce que lié à l'annulation, à un contentieux subjectif parce que s'entendant strictement de l'indemnisation : pour être clair le contentieux de la faute en droit administratif français, par exemple, ne nous paraît pas plus subjectif que celui de l'excès de pouvoir.

L'intérêt de cette condition mise à la responsabilité est ailleurs : il convient d'essayer d'en expliquer l'origine avant de la replacer dans l'évolution générale de la responsabilité.

10. Ce n'est pas se risquer dans des développements aventureux de psychologie internationale que de rappeler que la responsabilité a dû naître et se développer dans une société interétatique et que des conséquences en découlent.

Un contentieux de l'indemnité devait se faire accepter plus facilement qu'un contentieux de l'annulation : d'une part il heurte la souveraineté de l'Etat plutôt dans ses conséquences que dans son principe ; d'autre part il évoque facilement pour les Etats l'idée d'une sorte de bourse mondiale de compensa-

tion dont chacun à tour de rôle tirera profit en même temps qu'il mobilise pour lui toutes les activités privées axées sur un commerce international et qui y trouvent un climat de sécurité accrue.

Par ailleurs en limitant le champ d'application de la responsabilité au domaine de l'illicéité, l'Etat souverain acquerrait une garantie qu'il pouvait juger décisive. Les doctrines dominantes au XIX^e siècle enseignaient qu'il n'y avait de droit que celui que créait l'Etat. Ainsi l'Etat aurait-il dessiné lui-même les contours du cadre à l'intérieur duquel allait jouer éventuellement cette responsabilité qui l'inquiétait encore. On sait qu'il n'en a pas toujours été ainsi et que la jurisprudence dans la mesure assez large où elle a retenu la violation d'une règle coutumière a fait état d'un aspect de la licéité auquel l'Etat a collaboré parfois sans conscience exacte et qui même dans certains cas, moins nombreux, lui a été imposé plutôt qu'il n'y avait souscrit. Ainsi s'explique pour une part que l'on ait pu songer, comme on l'a vu, à exiger une condition supplémentaire pour la mise en jeu de la responsabilité dans un domaine qui régissait un droit essentiellement coutumier.

Nous n'irons pas plus loin dans ces considérations psychologiques que l'on pourrait tenir pour subalternes. Du moins aurons-nous montré en les évoquant que c'est sans ignorer les contingences élémentaires à travers lesquelles est née et s'est développée la responsabilité internationale que nous replaçons celle-ci dans l'évolution générale et classique de la responsabilité.

11. En effet la nécessité d'un acte illicite comme condition nécessaire de la responsabilité de l'Etat colore celle-ci d'un aspect sanctionnateur bien qu'on la dise plus volontiers civile.

Le droit international positif est sorti du stade primitif des représailles où l'idée de réparation n'apparaissait que dans la proportionnalité de la répression à l'infraction.

Il n'a pas atteint le stade dont approche plus d'un Droit interne où non seulement, l'ampleur du dommage dicte celle de l'indemnité mais où encore l'existence du dommage commande à elle seule la mise en jeu de la responsabilité.

Le droit international positif situe la responsabilité internationale à un stade intermédiaire où, pour reprendre la terminologie dont nous avons usé au début les deux responsabilités restitutive et répressive, ne sont pas nettement différenciées. Ce qu'il est convenu d'appeler la responsabilité internationale civile de l'Etat est une responsabilité restitutive dans la mesure où elle exige, un dommage comme par les procédés d'évaluation de l'indemnité; elle est, il conviendrait d'écrire elle reste, une responsabilité répressive dans la mesure où elle est conditionnée par un acte illicite à l'égard duquel l'indemnité prend l'aspect d'une sanction indirecte.

Certains auteurs ont essayé d'accélérer le rythme de l'évolution en proposant d'introduire une théorie du « risque étatif » qui n'a guère retenu l'attention.

Certes la logique n'interdit pas de concevoir un domaine où l'acte illicite ne serait plus une condition nécessaire de la responsabilité et où, sous la dénomination de risque, c'est le dommage qui serait la raison d'être, et non plus seulement la mesure, de la responsabilité.

Mais, à notre sens, c'est un progrès difficile à réaliser, à espérer même, car il est de ceux qui touchent à la structure d'une société : faire du dommage le seul fondement de la responsabilité, fût-ce dans un domaine limité, fût-ce en maintenant le caractère discrétionnaire de la protection diplomatique c'est donner une place accrue, en attendant qu'elle soit la première, à la victime, c'est-à-dire à l'individu. Toute évolution tendant à la socialisation de la réparation est, en effet, un renforcement de l'individualisme, du moins si elle s'accompagne d'une individualisation de la responsabilité pénale.

Ainsi tout nouveau progrès sérieux de la responsabilité internationale de l'Etat se heurte au refus du droit positif international de reconnaître l'individu comme sujet de droit direct. La difficulté essentielle est la même dans le cas de la responsabilité pénale.

II

La responsabilité pénale de l'individu

12. L'éclat qui a entouré le procès de Nuremberg ne saurait faire oublier que certaines formes de responsabilité pénale existaient antérieurement en droit des gens.

La pratique connaissait déjà certains comportements déclarés illicites par des textes de droit international où l'individu apparaît comme un délinquant international que ne couvre pas, ou plus, une protection étatique quelconque. La piraterie est l'hypothèse la plus ancienne, si elle n'est pas celle qui a gardé le plus large intérêt effectif. Il y a alors infraction à une règle qui est internationale, non seulement parce qu'elle régit un rapport de droit extraétatique, non seulement parce qu'elle est universelle, mais encore à raison de sa procédure d'élaboration; la répression est internationale par le concours généralisé des flottes nationales et rarement la loi du dédoublement fonctionnel aura reçu consécration plus patente.

Ces hypothèses qui supposent, en quelque sorte, un contact direct du délinquant et de l'ordre public international ne sont ni les plus nombreuses ni, sans doute, les plus importantes.

Le plus souvent l'Etat interviendra, comme un relais nécessaire diront les uns, comme un écran déformateur penseront d'autres. En tout cas, il peut intervenir à deux titres différents ou bien un individu étant accusé, la question sera de savoir si la répression devra incombier à l'Etat dont il a la nationalité, ou si une extradition doit intervenir, ou encore s'il peut y avoir légalement abstention pure et simple de l'Etat; ou bien l'infraction n'est pas considérée comme individuelle et le problème sera alors de vérifier si l'Etat peut être tenu comme personne morale responsable.

Nous ne retiendrons pas ici le premier point : son thème central est le droit d'extradition dont les insuffisances ont été longuement et souvent précisées. En outre, c'est l'examen du second point qui nous paraît permettre de préciser le mieux les données de la responsabilité pénale en droit international. Nous étudierons donc successivement *l'échec de la responsa-*

ration. On l'a vu à propos du problème des « réparations » après la guerre de 1914-1918 et par la liaison de celles-ci avec la responsabilité dans le déclanchement de la guerre et sa conduite ; on dirait aujourd'hui que le crime contre la paix et la violation des lois de la guerre constituaient le fondement de la réparation. A l'issue de la première guerre mondiale les gouvernants alliés n'ont jamais cru réellement, par exemple, à une mise en cause effective de la responsabilité pénale de Guillaume II et certains, d'ailleurs, ne l'ont jamais souhaitée.

Nous laisserons donc de côté ces hypothèses où la responsabilité pénale a pour rôle essentiel de satisfaire aux conditions nécessaires à la mise en jeu d'une responsabilité civile.

Le cas où la responsabilité pénale, comme après la guerre de 1939, est mise en jeu, non seulement pour établir le droit à réparation, mais aussi pour recourir à des sanctions est d'avantage valable car celle-ci y apparaît autonome et homogène.

Devant le problème ainsi posé la théorie classique n'a pu maintenir les positions qui eussent dû être les siennes.

La responsabilité pénale de l'Etat s'est révélée inefficace.

Tout d'abord certaines sanctions, et notamment la plus grave, la dissolution, sont impraticables. On peut dissoudre une association, à raison de son but illicite, de son action illégale mais on ne dissout pas un Etat lorsqu'il résulte d'une volonté nationale, au sens où l'entendait Renan. L'Etat, la nation sont alors, comme ils devraient toujours l'être, un fait naturel : on en doit contrôler l'expression, mais on ne le supprime pas. Le raisonnement par analogie entre personne morale et personne physique apparaît ici purement verbal et se heurte à des réalités historiques, politiques, humaines qui ne peuvent être niées.

En outre, il importe que la sanction, à l'inverse de ce que l'on souhaite, ne devienne pas un facteur qui renforce et cimente la solidarité nationale dans l'opposition à la loi internationale. La responsabilité pénale de l'Etat accroît le risque par son caractère collectif.

Alors même que la répression atteindra, non la collectivité étatique, mais une association, un parti, voire des gouvernants déterminés il convient encore que celui qui a violé une

bilité pénale de l'Etat et les conditions d'une responsabilité pénale individuelle.

13. Si l'on s'en tient à la théorie classique suivant laquelle l'Etat est le sujet de droit essentiel dans la société internationale qui, en tout cas, ne reçoit pas l'individu à ce titre, il semble que l'on soit conduit, aussi naturellement que nécessairement, à poser le problème de la responsabilité pénale de l'Etat.

Il ne saurait être question ici d'aborder la question de savoir si la responsabilité pénale d'une personne morale est admissible ou ne l'est pas et de rechercher quels sont à ce titre les mérites respectifs des théories de la réalité ou de la fiction de la personne morale. Il s'agit plus simplement de vérifier si la responsabilité pénale de l'Etat aboutit à des solutions heureuses parce qu'efficaces ou à une impasse.

Si l'on se place à ce point de vue qui voudrait être pratique, le lecteur ne sera sans doute pas étonné que l'on soit amené à partir d'une considération qui n'a elle-même, apparemment du moins, rien de théorique et pourrait être tenue, à première vue, pour subalterne ou secondaire. Il semble qu'il faille distinguer suivant que la sanction se résout en indemnité ou est, si l'on nous permet l'expression, pénale par sa nature.

C'est un fait à la fois traditionnel et universel que le versement d'une somme d'argent, une amende comme l'on dira généralement, peut être la conséquence d'une responsabilité pénale. Cette similitude apparemment possible, dans leurs conséquences, des responsabilités civile et pénale, que l'on dit spécifiquement différentes dans leur nature, trouve son explication lointaine dans l'indifférenciation originelle des responsabilités. C'est dire qu'elle méritait d'être rappelée à propos de la responsabilité internationale dont nous avons vu qu'elle est à ce stade qui n'est pas celui de la plupart des droits internes.

En effet, presque toujours dans ces hypothèses la réparation civile et la responsabilité pénale forment un bloc comme si l'on voulait en revenir au droit classique de la responsabilité dans la mesure où l'infraction pénale est destinée à jouer le rôle de l'acte illicite, condition nécessaire, on le sait, de la répa-

règle internationale, qui sera parfois un principe élémentaire d'humanité, ne devienne pas, à plus ou moins long terme, le champion regretté par ses compatriotes de l'indépendance et de la grandeur de la nation.

Ainsi la responsabilité de l'Etat est vaine pour résoudre les problèmes essentiels de responsabilité pénale en Droit international; ainsi la responsabilité pénale individuelle ne peut-elle jouer son rôle que si certaines conditions, que nous devons maintenant évoquer, sont remplies.

14. Peut-être pourrait-il y avoir accord sur le fait que l'aspect nouveau primordial dans le droit de Nuremberg est l'affirmation large d'une responsabilité individuelle; les difficultés relatives à la constitution d'une juridiction, à la définition du génocide, à la question de la non-rétroactivité de la loi pénale, par exemple, nous paraissent secondaires par rapport à ce principe, essentiellement épisodique et exceptionnel jusque-là. Si on laisse de côté les travaux doctrinaux, cette règle n'a pas résulté d'une lente évolution, minutieusement préparée et poursuivie par les diverses chancelleries. Celles-ci ont cédé à un mouvement mondial de colère devant des pratiques odieuses jusqu'à l'inraisemblable et admis qu'il était des ordres qu'aucun patriotisme ne permettait de donner et auxquels aucune forme de civisme ne justifiait l'obéissance. Une situation de crise a provoqué la maturité soudaine d'un problème qui ne pouvait être résolu que si d'autres, qui en réalité, le conditionnent l'étaient auparavant.

En effet le passage à une responsabilité individuelle, puis l'individualisation croissante de la responsabilité pénale ont toujours été précédés par la reconnaissance à l'individu de la qualité du sujet général de droit dans le milieu social considéré. C'est après que l'on a reconnu à l'individu des droits, droits civils, ébauchés de droits publics que l'on fait peser sur lui une responsabilité pénale qui l'atteint directement. En d'autres termes, c'est dans la mesure même où la société a tendu un réseau de protection qu'elle a recouru à des sanctions individuelles; plus tard le rythme auquel s'accroît la solidarité sociale, auquel se développeront les voies de droit au béné-

fice de l'individu, dictera celui auquel s'élargira la responsabilité pénale individuelle. Pour tout dire, et pour en revenir à l'aspect international du problème, la reconnaissance internationale effective des Droits de l'homme est une condition nécessaire au maintien d'une responsabilité pénale individuelle. Sans cela nous n'aurons eu que la réaction passagère d'une opinion exaspérée.

Ainsi d'une part, il n'est point question de nier que l'individu peut devenir sujet du droit international positif, peu à peu, en quelque sorte, suivant une lente progression, mais d'autre part, l'orientation même de cette progression ne saurait être absolument désordonnée. La reconnaissance d'une responsabilité pénale individuelle si elle n'est point, dans toutes ses manifestations, l'achèvement d'une évolution en marche au moins les premières étapes et ne saurait en rien en être le point de départ.

La responsabilité pénale individuelle ne pourra être une règle stable du droit positif international que lorsque celui-ci aura organisé une sorte de thérapeutique préventive du crime international, c'est-à-dire que lorsque l'individu, en particulier le national, aura eu à sa disposition des voies de droit, internationalement organisées, internationalement sanctionnées permettant d'assurer un contrôle effectif des diverses activités étatiques. Si la responsabilité pénale individuelle paraît, politiquement, se fonder uniquement sur le crime commis elle reste, en technique juridique normale, comme le couronnement de cette thérapeutique préventive anti-criminelle.

C'est dire qu'à notre sens, il y a une contradiction manifeste à prétendre réaliser dans le même moment de l'histoire du monde d'une part, une organisation internationale fondée sur la souveraineté des Etats et d'autre part une responsabilité pénale internationale de l'individu. Pour le juriste la contradiction nous paraît simple constatation, et ce n'est point notre propos de rechercher si autre chose était politiquement possible.

Notre rôle est seulement de marquer que la reconnaissance d'une responsabilité criminelle internationale de l'individu à laquelle la pratique arrive à la suite d'une situation de crise,

ne sera une institution stable du Droit des gens que si l'homme devient un objet direct et de plus en plus fréquent de la réglementation internationale.

15. En résumé l'évolution du droit pénal international, incluse dans le droit de Nuremberg, souhaitable d'après les expériences du droit interne, implique le ralliement à l'idée, essentielle dans la pensée de Georges Scelle, qu'il n'y a de société, en droit des gens comme ailleurs, que d'individus. C'est là une conclusion semblable à celle que nous avons déduite de l'examen rapide de la responsabilité civile de l'Etat ; voyons en terminant combien sont identiques aussi les difficultés auxquelles on se heurte.

* *

16. Deux points nous semblent mériter l'attention : l'unité d'évolution de la matière de la responsabilité ; le caractère institutionnel des réformes profondes que doit subir la société internationale, pour que puisse s'achever cette évolution.

17. Socialisation de la responsabilité civile, individualisation de la responsabilité pénale ne sont que la consécration sur le plan juridique d'un même courant qui est celui de l'individualisme.

Il serait temps, en particulier, que le vocable de socialisation cesse de faire illusion. Mettre la réparation du dommage à la charge de la collectivité sans en écarter la prise en charge pour tel ou tel motif à raison de telle ou telle origine, c'est faire du droit de la victime le centre de la responsabilité civile, c'est faire de l'individu et de ses prérogatives le fondement même du système.

Le droit international positif n'en est pas, on l'a vu, à ce stade et pour l'atteindre il conviendrait que l'Etat n'y soit plus tenu pour le sujet essentiel du droit des gens.

18. Plus généralement responsabilité civile de l'Etat et responsabilité pénale de l'individu se heurtent à la souveraineté de l'Etat.

A la vérité, c'est déjà contre la souveraineté étatique que jusqu'ici la responsabilité s'est imposée et s'est développée. Mais le mot de souveraineté a recouvert tout au long de l'histoire du Droit des gens des réalités très diverses.

Il y a eu d'abord, une *conception matérielle* de la souveraineté, celle qu'a rencontrée la responsabilité en droit interne, et qui implique pour l'Etat, la liberté absolue soit des'abstenir, soit d'agir comme il le croit souhaitable. Est intervenue ensuite une *conception organique* de la souveraineté, c'est-à-dire celle qui se définit par l'absence d'une autorité supérieure à celle de l'Etat dans l'ordre international et dont un équivalent n'a pas contrarié le développement de la responsabilité en Droit interne.

Aujourd'hui les positivistes, les plus représentatifs et les plus autorisés présentent la souveraineté selon ses données organiques. Ce n'est pas à dire que le droit des gens ait ignoré dans le passé la conception matérielle. La permanence du vocabulaire a été comme un écran transparent derrière lequel se sont succédées deux notions qui ne sont pas contradictoires dans leur essence, qui ne sont pas éliminées l'une l'autre d'ailleurs, mais dont l'une prenait un relief plus grand tandis que l'autre s'estompait sans cesser d'être présente. On pourrait par exemple, classer les doctrines qui fondent la force obligatoire des traités en distinguant celles qui postulent une conception matérielle de la souveraineté et celles qui peuvent coexister avec une conception organique ; de même, la distinction des conflits politiques et juridiques a-t-elle été liée d'abord à la conception matérielle de la souveraineté, par exemple lors des Conférences de La Haye de 1899 et de 1907 en matière d'arbitrage, avant de s'adapter à une conception organique par la distinction locarnienne des conflits.

La place toujours plus grande faite à la notion organique de la souveraineté au détriment de sa conception matérielle a facilité le développement de la responsabilité internationale et permis que celle-ci rende des services qui ont été grands.

La question est de savoir si de larges progrès de la responsabilité sont encore compatibles avec l'idée de souveraineté, même réduite à son aspect organique.

Il semble, au contraire, que dans la mesure où ces progrès impliquent la prise en charge de l'individu comme sujet direct du droit international, ils nécessitent un changement de la structure internationale au détriment de l'Etat. Sous peine de se stratifier, peut-être de régresser, la responsabilité internationale suppose un progrès institutionnel, structurel encore une fois, du milieu international.

L'idée que la société internationale en est à ce stade de son évolution court tout au long de l'œuvre de Georges Scelle et, à notre sens, y a pris une importance grandissante même si c'est à propos d'autres matières que celle de la responsabilité qu'on l'y trouve volontiers évoquée.

Pour autant que nous ayons ainsi repris les thèmes principaux de la doctrine de Georges Scelle, il ne nous est pas passé inaperçu que sur divers points, à la vérité secondaires, peut-être interprétation de la responsabilité du droit public interne, peut-être explication des dommages causés en droit international par les particuliers étrangers, notamment, nous n'avons pas été sans doute d'une orthodoxie absolument rigoureuse.

Aucun d'entre nous lorsque fut préparé l'hommage que nous rendons aujourd'hui à un de nos maîtres ne s'était proposé cela, sûrs que nous étions tous que la réussite d'un enseignement se mesure aux méthodes de pensée et de discussion qu'il propose et non à des conclusions définitives qu'il n'a jamais voulu dicter. C'est en étant débiteur des premières et non des secondes qu'on l'est le plus largement et que la gratitude est plus grande.