



HAL
open science

La responsabilité des États

Olivier Cahn, Jean-Louis Iten

► **To cite this version:**

Olivier Cahn, Jean-Louis Iten. La responsabilité des États. Raphaëlle Parizot; Anne-Laure Chaumette. Les nouvelles formes de criminalité internationale. Dialogue entre pénalistes et internationalistes, éditions Pedone, pp.117-136, 2021, Criminalité internationale, 9782233009746. <hal-03835064>

HAL Id: hal-03835064

<https://hal.science/hal-03835064v1>

Submitted on 31 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

LA RESPONSABILITE DES ETATS

OLIVIER CAHN

*Professeur Université de Tours
IRJI (EA 7496) / CESDIP-CNRS (UMR 8183)*

et

JEAN-LOUIS ITEN

*Professeur Université Paris 8 (Vincennes – Saint-Denis)
Directeur du laboratoire Forces du droit (EA 4387)*

S'il est évident que l'identification des auteurs des nouvelles formes de la criminalité internationale impose l'étude des responsabilités individuelles et collectives, au double prisme du droit international pénal et du droit pénal international, la pertinence de s'interroger sur la responsabilité pénale de l'Etat semble, *a priori*, moins flagrante. Le postulat scientifique du colloque consiste à examiner les moyens normatifs et prétoriens déployés pour lutter contre la criminalité induite par la globalisation, en s'employant à vérifier si le droit positif offre des réponses appropriées. Or, force est de constater que l'article 121-2 du code pénal, qui prévoit la responsabilité pénale des personnes morales, dispose que « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement... », tandis que le juge pénal, depuis deux arrêts de principe rendus en 2000 par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹, exclut, selon une jurisprudence constante, la responsabilité pénale des collectivités territoriales dès lors que celle-ci résulterait d'activités non susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public à raison de leur caractère régalien.

Partant, il est légitime de se demander si cette question conserve un intérêt. Certes, l'éventuelle responsabilité pénale de l'Etat a autrefois suscité de vifs débats, en droit pénal et en droit international. Mais, l'examen de la doctrine contemporaine conduit à constater que la majorité des auteurs, dans les deux disciplines, ne considèrent plus qu'elle mérite réflexion. Ainsi, alors que cette question fait l'objet d'une étude détaillée dans l'ouvrage de droit pénal international publié par C. Lombois en 1979², elle n'est pas abordée dans

¹ Crim. 14 mars 2000, *Bull. crim.* n°114 et Crim. 12 décembre 2000, *Bull. crim.* n°371

² C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^e éd., Dalloz, coll. Précis, 1979, cf. *infra*

l'ouvrage de D. Rebut³, qui lui succède⁴ ; de même, elle n'est qu'incidemment envisagée dans les actes du récent colloque de la Société Française pour le Droit International, consacré à la souveraineté pénale de l'Etat⁵.

Toutefois, cet apparent consensus est sporadiquement perturbé tant par des interventions doctrinales que par l'épreuve⁶ des faits, ce qui autorise à penser que l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat, consacrée en droit positif, n'est pas systématiquement satisfaisante.

Ainsi, M. Massé, dans un article publié en 2009⁷, montre la fragilité de la plupart des justifications apportées à cette exclusion et les conséquences inévitables qu'elle emporte parfois en rejetant la responsabilité sur des personnes auxquelles sont imputés des actes qui dépassent leurs capacités individuelles. De même, M.-E. Morin⁸, en se référant à la conception de la « matière pénale » adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, met en évidence l'ambiguïté de certaines sanctions infligées par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de manquement d'Etat ou de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union⁹, pour considérer que « L'Etat est bien sujet du droit pénal de l'Union européenne »¹⁰.

S'agissant de la confrontation aux faits, l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat par la norme juridique interdit à la doctrine pénaliste française¹¹, comme une conséquence du principe de légalité, de développer les outils conceptuels qui lui permettraient de forger une réflexion qui ne soit pas utopique. Cette contrainte étant moins affirmée en *common law*, les juristes anglo-saxons ont consacré la notion de *state crime*¹² qui, sans aller jusqu'à la remise en cause de l'irresponsabilité pénale de l'Etat, permet de mettre en évidence des situations délinquantes dans lesquelles l'application des règles ordinaires qui régissent l'imputation des infractions devrait logiquement conduire à retenir la responsabilité de l'Etat plutôt que celles des personnes physiques qui l'incarnent. Or, de manière intéressante, leur raisonnement est fondé sur un présupposé bien établi en sociologie des institutions et adopté par le législateur français lui-même pour justifier la responsabilité pénale des

³ D. REBUT, *Droit pénal international*, 2^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014.

⁴ Cf., de même, H. MATSOPOULOU, « Faut-il réécrire l'article 121-2 du code pénal sur la responsabilité pénale des personnes morales? », L. SAENKO (dir.), *Le nouveau code pénal 20 ans après - Etat des questions*, LGDJ, 2014, p.107 et seq. qui ne l'évoque pas, fût-ce pour l'exclure en introduction.

⁵ M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *La souveraineté pénale de l'Etat au XX^e siècle*, Société Française pour le Droit international, Actes du Colloque de Lille, Pedone, 2018.

⁶ Au sens que donne à ce terme la sociologie pragmatique.

⁷ M. MASSÉ, « Responsabilité des Etats » in XVII^e journées de l'ISC de Poitiers, 2008, *La pénalisation des responsables politiques en droit pénal interne et international*, Cujas, 2009.

⁸ M.-E. MORIN, *Le système pénal de l'Union européenne*, Thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, P. BONFILS (dir.), Université d'Aix-Marseille, 2017

⁹ p.165 et seq.

¹⁰ p. 410.

¹¹ La doctrine internationaliste adopte une conception quelque peu différente (cf. *infra*).

¹² Par exemple, P. GREEN et T. WARD, *State Crime. Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, 2004.

LES NOUVELLES FORMES DE CRIMINALITÉ INTERNATIONALE

personnes morales¹³ : la décision d'une entité collective n'est pas réductible à la somme des volontés individuelles qui la composent. Quelques exemples permettent d'illustrer les interrogations ainsi suscitées : est-ce que, dans la Russie contemporaine, il est envisageable que des officines aient cherché à influencer le résultat de l'élection présidentielle aux Etats-Unis sans que l'Etat soit au courant et cautionne cette action ?¹⁴ De même, s'agissant de la décision d'empoisonner sur le territoire britannique un ancien maître espion ayant fait défection ? Est-il possible d'imputer aux seules personnes physiques la responsabilité pénale qui résulte des exactions commises par les autorités chinoises, au nom de la lutte contre le terrorisme, pour anéantir les cultures ouïghoure ou tibétaine ? Qui peut être tenu pénalement responsable du drame humanitaire qui se consume depuis quelques années au Yémen ? Par ailleurs, dès lors que la responsabilité pénale de l'Etat est autant un enjeu politique qu'une question juridique, la sanction pénale peut-elle constituer une alternative aux sanctions économiques ou au recours à la force, qui constituent aujourd'hui les mesures appliquées sur la scène internationale, lorsqu'il s'agit de réagir au comportement d'un Etat « délinquant » ?

Ainsi, le constat empirique de l'existence de *state crimes*, comme celui des faiblesses qui affectent le principe d'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat, permettent, en s'attachant au cadre de réflexion proposé par les organisatrices du colloque, de conférer un intérêt renouvelé à l'objet de la présente étude; il peut se formuler ainsi: est-ce que les nouvelles formes de criminalité internationale justifient, mieux que celles qui les ont précédées, la répression de l'Etat au point qu'il serait possible de surmonter les obstacles à la responsabilité pénale de ce dernier?

Après avoir dressé un état des lieux de la question en droit pénal international et en droit international pénal (I), nous tenterons d'apprécier, en termes prospectifs, l'intérêt éventuel d'une évolution du droit (II).

I. ETAT DES LIEUX

EN DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

L'intérêt de cet état du droit positif est certainement limité, puisqu'il consiste à rappeler ce dont tout internationaliste ou pénaliste est conscient : ni le droit pénal international, ni le droit international pénal ne consacrent la responsabilité pénale des Etats.

¹³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 15^e éd., Economica, coll. Corpus Droit privé, 2008, p. 540

¹⁴ D'autant que D. Gross relève que « les groupes criminels [en matière de cyberdélinquance] sont très professionnels, souvent embauchés par des gouvernements étrangers. Les données récupérées frauduleusement sont possiblement revendues à d'autres gouvernements et groupes privés » (in D. GROSS, *L'ingénierie sociale: la prise en compte du facteur humain dans la cybercriminalité*, Thèse de doctorat en droit, C. CUTAJAR (dir.), Université de Strasbourg, 2019, p. 227).

Cette évidence rappelée, il a cependant paru nécessaire de présenter l'état du droit car, si la lettre des droits positifs pénal ou international public est *a priori* dénuée d'équivoque, leur mise en œuvre montre qu'à certains égards, la réalité résiste, au point que le passage de l'analyse *law in books* à l'examen du *law in practice* révèle des ambiguïtés qui suggèrent qu'à la marge, au moins, l'absence de responsabilité pénale de l'Etat n'est pas satisfaisante.

Nous avons choisi de procéder à une analyse disciplinaire plutôt que thématique; à la présentation du principe d'irresponsabilité de l'Etat en droit pénal international¹⁵ (A) succédera son exposé en droit international pénal (B).

A. En droit pénal international

Si le principe d'irresponsabilité de l'Etat est consacré par le droit pénal français (1), des signes épars trahissent ses limites, voire les résistances qu'il suscite (2).

1. Le principe de l'absence de responsabilité pénale de l'Etat

Aux termes de l'article 121-2 du code pénal, « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Depuis la réforme du code pénal opérée en 1992, la maxime d'Ancien régime *Societas delinquere non potest* a donc vu son champ d'application réduit au seul Etat. Cette immunité implique que l'Etat français ne peut être ni poursuivi, ni sanctionné pénalement par application de la loi pénale française. Elle s'étend aux Etats étrangers. Ainsi, la définition des compétences extra-territoriales de la loi ou des juridictions pénales françaises ne permet *a priori* pas de les réprimer, soit que le texte l'exclue, au moins implicitement¹⁶, soit, lorsque le texte est plus ambigu¹⁷, que le juge ne la retienne pas, même s'il existe des éléments de fait incitant à le faire¹⁸. Enfin, alors qu'elle est utilisée dans les rapports de la Commission du Droit international et par les spécialistes de droit international public¹⁹, la doctrine pénale française ignore la notion même de crime d'Etat.

¹⁵ Afin d'éviter interférences et redites, nous avons adopté une conception restrictive, « interniste », du droit pénal international qui se limite donc aux dispositions de droit pénal interne et à la compétence (extra)territoriale de la loi et des juridictions françaises.

¹⁶ Par exemple, aux termes des articles 113-6 et 113-7 du code pénal, la compétence personnelle de la loi pénale française ne concerne que les infractions commises par « un Français » ou « un étranger ».

¹⁷ Ainsi, l'article 689-1 du code de procédure pénale prévoit l'exercice de la compétence universelle à l'encontre de « toute personne qui s'est rendue coupable » - ce qui inclut les personnes morales -. Pour leur part, l'article 113-10 du code pénal, relatif à la compétence réelle et l'article 113-2 du même code, qui régit la compétence territoriale, sont muets sur la qualité de l'auteur susceptibles d'être réprimés;

¹⁸ Par exemple, s'agissant de l'implication de la République islamique d'Iran dans l'attentat perpétré en 1983 contre le quartier général de l'opération extérieure militaire française « Drakkar » au Liban.

¹⁹ Par exemple, G. LE FLOCH, « Approche de droit international dans l'identification du terrorisme au regard de l'Etat », in P. BOURDON et F. BLANC, *L'Etat et le terrorisme*, éd. de la Sorbonne, 2018, pp.27-34 sur la notion de terrorisme d'Etat ; R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime*

Un point mérite toutefois d'être relevé. Si l'ensemble des auteurs s'accordent sur le principe, les justifications qu'ils y apportent varient. Les travaux en droit pénal général le font alternativement découler du monopole du droit de punir²⁰, du monopole de la contrainte légitime²¹ ou du principe de séparation des pouvoirs²². En droit pénal international, les auteurs invoquent essentiellement le principe de souveraineté et ses implications²³. En outre, C. Lombois procède à une réfutation méthodique des « justifications empiriques d'une imputation à l'Etat de l'infraction internationale ». Il commence par rejeter l'argument selon lequel « l'Etat est le seul coupable possible, seul qu'il est à pouvoir disposer des moyens considérables [...] que suppose l'envergure de l'infraction internationale » en relevant que « c'est confondre sous le même mot – l'Etat – un appareil avec ceux qui l'utilisent »²⁴. Il met ensuite à mal la « justification de rechange » selon laquelle « l'Etat serait coupable par omission » en s'étant abstenu d'empêcher le désordre causé par le crime dans les relations internationales en montrant qu'imputer la responsabilité à « l'Etat [...] c'est ignorer le rôle particulier de ceux qui exercent effectivement le pouvoir politique ». Enfin, il écarte la « justification de secours » selon laquelle « l'Etat serait le coupable, faute de pouvoir en trouver un autre » soit une « étiquette commode collée sur l'anonymat dans lequel se diluent des volontés et des actes individuels difficiles à identifier », qui revient à confondre « recette policière » et « raison juridique »²⁵.

Outre ces arguments, l'utilité même de la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat est sujette à caution. Si l'on cherche à transposer à l'Etat les peines applicables aux personnes morales, le pragmatisme oblige à considérer que la seule sanction effective susceptible d'être imposée est l'amende²⁶; s'y ajoutent éventuellement les dimensions infamante et dissuasive d'une

d'Etat en droit international public, Bruylant et Ed. de l'Université de Bruxelles, 2004 et Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43.

²⁰ X. PIN, *Droit pénal général 2019*, 10^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2018, p.332.

²¹ E. MATHIAS, *La responsabilité pénale*, Gualino, coll. abrégé illustré, 2005, p. 200.

²² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 6^e éd. PUF, coll. Droit fondamental, 2018, p.237. Cf. aussi F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, p.546-547, qui précisent que « d'aucun ont pu redouter que l'admission de la responsabilité pénale de l'Etat n'ait pour conséquence de placer l'ensemble de l'activité administrative sous le contrôle du juge pénal et qu'elle conduise, à terme, à remettre en cause le principe de séparation des autorités », ce qu'ils considèrent comme « peut-être en définitive la véritable raison de l'exclusion ».

²³ M. MASSÉ, *op. cit.*, p.76-77 ; cf. aussi F. BELLIVIER, M. EUDES et I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. Thémis, 2018, p.226, qui ajoutent « l'absence, à l'échelle internationale, d'un législateur, d'un juge et d'une police ».

²⁴ Cet argument est aujourd'hui conforté par la sociologie; cf. particulièrement M. DOBRY, *Sociologie des crises politiques - La dynamique des mobilisations multisectorielles*, 3^{ème} éd., 2009, Presses de Sciences Po.

²⁵ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd. 1979, p.105-106

²⁶ En effet, à l'exception peut-être de la confiscation, aucune des peines prévues aux articles 131-39 *et seq.* du code pénal ne peut raisonnablement être imposée à un Etat, soit parce que la peine est matériellement impossible à prononcer (par exemple, la dissolution), soit parce que l'Etat est intrinsèquement impliqué dans la sanction (par exemple, l'exclusion des marchés publics).

condamnation pénale²⁷. Or, le dispositif punitif existant satisfait déjà à ces ambitions. Ainsi, en droit international, A. Bianchi relève la dualité des régimes de responsabilité, à prédominance réparatrice à l'encontre de l'Etat et punitive à l'encontre des individus²⁸. De même, S. Garibian rappelle que dans un arrêt d'assemblée du 12 avril 2002, le Conseil d'Etat a distingué ce qui, dans les crimes perpétrés par M. Papon, relevait de la faute de service et de la faute personnelle pour procéder à « un partage égal de l'indemnité globale » entre l'intéressé et l'Etat²⁹. En d'autres termes, en droit interne comme en droit international, l'incarnation délinquante de l'Etat – que le crime perpétré soit national ou international – ne peut se réfugier derrière le paravent que celui-ci constitue et l'Etat doit assumer sa part de la réparation financière des crimes commis en son nom. Dans ces conditions, la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat n'apparaît pas d'une évidente nécessité.

Reste que ce foisonnement d'arguments pour justifier l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat prêtent à deux interprétations antagonistes, soit qu'il conforte le principe, soit qu'il en insinue la faiblesse puisqu'aucun argument ne l'établit de manière péremptoire. Il est vrai qu'en pratique, sans être désigné pénalement responsable, l'Etat se voit « imputer » des crimes ou, pour le moins, traité en criminel.

2. *Eléments épars de controverse*

D'abord, lorsque la compétence territoriale de la loi pénale s'exerce, les autorités publiques n'hésitent pas, au moins dans leur communication, à imputer à un autre Etat la participation à la commission d'infractions³⁰. Ensuite, la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas étrangère aux domaines d'application des qualifications de crimes internationaux que sont le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre³¹. La formulation des textes n'exclut pas que les personnes morales visées soient des émanations de l'Etat ; en outre, M. Massé relève que « lorsqu'une loi n°2000-644 du 10 juillet 2000 [...] instaure 'une journée nationale de la mémoire des crimes racistes et antisémites de l'Etat français...', il est on ne peut plus clair que l'Etat a commis de tels crimes »³². Enfin, si l'on envisage l'exercice du droit de punir dans une logique de globalisation de la sécurité –

²⁷ Si tant est que ces implications de la sanction pénale aient un sens rapporté à l'Etat

²⁸ A. BIANCHI, « State Responsibility and Criminal Liability of Individuals », A. CASSESE (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford UP, 2009, p.24

²⁹ S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : naissance et consécration d'un concept*. Thèse de doctorat en droit public, R. Roth et J. Troper dir., Université de Paris X - Nanterre, 2007, p.334

³⁰ Ainsi dans les enquêtes en matière de terrorisme: l'Iran à la suite des attentats de 1985 - aff. Wahid Gorgi - ou, plus récemment, dans le projet d'attentat contre le rassemblement des Moudjahidines du Peuple à Villepinte; ou la Lybie après l'attentat contre un DC10 UTA

³¹ Par exemple: art. 213-3 du code pénal à propos des peines applicables aux « personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de crimes contre l'humanité ».

³² *Op. cit.*, p.79

c'est-à-dire de recours par l'Etat à l'ensemble des moyens dont il dispose pour lutter contre un phénomène criminel, il peut être avancé que, dans le cadre de l'opération *Chammal* menées par les forces armées françaises en Syrie, le recours aux bombardements par l'aviation a constitué un moyen identique de punir à la fois les jihadistes français installés dans un immeuble de Mossoul le 14 novembre 2015 et l'Etat syrien après l'usage d'armes chimiques contre sa population en avril 2018.

En résumé, les autorités françaises s'autorisent à affirmer la responsabilité pénale d'Etats étrangers. Elles ont, à une reprise au moins, consacré la participation de l'Etat français à des crimes qui sont aujourd'hui constitutifs de crimes internationaux et, dans leur action extérieure, elles recourent à la force publique pour sanctionner les crimes commis par certaines de leurs homologues étrangères. Cela justifie certainement que, du point de vue du droit pénal international, la question de la responsabilité pénale de l'Etat soit réexaminée.

B. En droit international pénal

La question de savoir s'il faudrait sanctionner plus gravement certains comportements de l'Etat en raison de l'atteinte portée aux valeurs les plus fondamentales n'a pas manqué d'être discutée par les internationalistes. Toutefois, même si l'idée et les réflexions qui l'ont accompagnée sont anciennes, elle a toujours été contestée, faute sans doute d'avoir été consacrée par le droit positif.

1. Un long débat doctrinal qui a finalement rejeté la notion « crime » de l'Etat

La nature de responsabilité internationale de l'Etat et son éventuelle criminalisation remonte aux origines de l'Etat moderne. Au cours de la période classique, la majorité des auteurs dont Martens³³, Heffter³⁴, Triepel³⁵ ou Anzilotti³⁶ conservent une perception univoque de la responsabilité internationale : ils considèrent ouvertement certaines obligations internationales comme plus importantes que d'autres et par conséquent voient dans leur violation un fait illicite plus grave mais n'en tirent aucune conséquence sur le plan normatif, à savoir sur la détermination du régime de responsabilité à appliquer dans les deux cas. Pour eux, la théorie de la responsabilité est caractérisée par une double unité : unité du rapport juridique établi entre l'auteur du fait illicite et sa victime, unité de la fonction de la responsabilité, considérée comme vouée prioritairement à la réparation du préjudice causé. La

³³ F. MARTENS, *Le droit international contemporain des peuples civilisés*, Saint-Petersbourg, 1895, p. 429.

³⁴ A. HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart (8 Ausgabe)*, Berlin, 1888, § 101.

³⁵ H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, Leipzig, p. 323.

³⁶ D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto internazinale*, Florence, 1902, p. 96.

responsabilité de l'Etat ne saurait donc être engagée pour « faute » au plan international : « Corollaire obligé »³⁷ de l'égalité des Etats, leur responsabilité réduite à la seule obligation de réparer les conséquences d'un manquement à une obligation juridique, était considérée comme ayant un caractère purement « civil »³⁸. Seule voix discordante, celle de Bluntschli, pour lequel une distinction quant au régime de responsabilité doit s'établir en fonction de la gravité de l'obligation violée. Selon lui, lorsque le manquement au droit se traduit par « une ingérence dans la sphère juridique d'un autre Etat »³⁹, celui-ci pourra non seulement chercher à obtenir sa cessation, le rétablissement de la situation antérieure, ainsi que des dommages et intérêts, mais encore une satisfaction voire le versement d'une amende. Il va même jusqu'à affirmer qu'en cas de rupture de la paix, l'Etat victime possède également un droit de « punir »⁴⁰ le contrevenant, éventuellement par le recours à la force.

L'époque contemporaine consacre l'agression comme fait illicite d'une éminente gravité parce qu'elle met en cause la paix mondiale. Le 24 octobre 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats dans laquelle la « guerre d'agression » est définie comme un « crime contre la paix »⁴¹. Puis la « définition de l'agression » adoptée par la résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 reprend la même qualification, en précisant qu'elle constitue « la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force ». Ces affirmations institutionnelles doivent être mises en rapport avec les travaux de la doctrine qui met en avant dès les années 1950 l'étroitesse des conceptions classiques, qui renferment l'agression dans l'orbite de la responsabilité réparatoire, au même titre que tous les autres faits illicites⁴². En 1962, Gregory Tunkin établit une distinction entre les infractions qui représentent un danger pour la paix et toutes les autres violations du droit international⁴³. Selon lui, la responsabilité ne se limite pas au dédommagement ; elle comporte des sanctions à son encontre qui peuvent se traduire en particulier par l'amputation d'une portion de territoire, en vue de prévenir une agression future. Ian Brownlie, de son côté, avance que la violation d'obligations particulièrement importantes, entraîne ou devrait entraîner l'application de sanctions de la part de la communauté

³⁷ Ch. DE VISSCHER, « La responsabilité des Etats », *RCADI*, 1923-II, p. 90.

³⁸ C. EAGLETON, *The responsibility of States in International Law*, New York, 1928, p. 182 ; K. STRUPP, « Das Völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, 1920, p. 217 et s. ; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « International Responsibility », in M. SORENSEN (dir.), *Manual of Public International Law*, Londres, 1968, p. 564 et s.

³⁹ BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten*, Nördlingen, 1872, p. 260.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 261.

⁴¹ Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

⁴² H. LAUTERPACHT, *Oppenheim – International Law*, 6^{ème} éd., Londres, 1947, p. 307 ; Ph. JESSUP, *A Modern Law of Nations : An introduction*, New York, 1948, p. 11 et s. ; D. M. N. JOHNSON, *The draft code of offences against the peace and security of Mankind*, Londres, 1955, p. 461-462.

⁴³ *Alguni nuovi problemi della responsabilità delle Stato nel diritto internazionale*, Comunicazioni e studi, Milan, 1963, t. XI (1960-1962), p. 224 et s.

internationale⁴⁴. Selon lui, les crimes internationaux ne concernent pas seulement les atteintes à la paix internationales mais toute obligation découlant d'une norme de *jus cogens*. Néanmoins, force est de constater que le débat de la pénalisation de la responsabilité internationale de l'Etat devient une question centrale grâce à Roberto Ago, rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité de l'Etat de 1963 à 1979. Dans le prolongement d'un cours professé à l'Académie de droit international en 1939 intitulé de manière fort significative « Le délit international »⁴⁵, celui-ci évacue le dommage de la définition de la responsabilité de l'Etat et estime que « [p]our autant [...] que l'on parle d'un fait illicite international comme d'un fait donnant lieu en droit à une responsabilité internationale, on doit entendre par le terme synthétique de responsabilité [...] la situation d'un sujet de droit international devant faire face soit au droit qu'a un autre sujet d'exiger de lui réparation, soit à la faculté que possède un autre sujet de lui infliger une sanction »⁴⁶. Cette façon de voir a été endossée par la Commission, selon laquelle « les conséquences d'un fait internationalement illicite ne peuvent se limiter ni à la réparation ni à une « sanction ». En droit international, comme dans tout système de droit, le fait illicite peut donner naissance à différents types de rapports juridiques, selon les circonstances »⁴⁷. Le débat sur la responsabilité pénale de l'Etat a donc eu le temps de se développer au cours des décennies au sein d'une instance officielle. En ce sens, il ne résulte pas de quelques auteurs audacieux et encore moins extrémistes mais des spécialistes les plus respectés et représentant les différents systèmes de droit. Aussi, le fait que le dernier rapporteur spécial, James Crawford, y mettent fin (de manière définitive ?) en faisant disparaître toute référence au « crime international » dans le projet d'Articles sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait illicite est la manifestation d'une opposition consensuelle à la pénalisation de la responsabilité de l'Etat. Il faut bien reconnaître que l'hypothèse de la responsabilité pénale de l'Etat ne trouve que très peu d'échos dans le droit positif.

2. L'absence de pénalisation de la responsabilité internationale de l'Etat en droit positif

L'approche du droit de la responsabilité internationale de l'Etat est symptomatique de son caractère non-pénal : l'intérêt de l'ordre juridique international est centré sur le sujet lésé et sur la perte qu'il a subie, l'objectif est de le remettre autant que possible dans la situation où il se trouvait avant que la violation ait eu lieu. Même en cas de « violations graves de normes

⁴⁴ I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, p. 415 et s. V. également le rapport de Dietrich Schindler à l'Institut de Droit international sur le principe de non intervention dans les guerres civiles *Annuaire IDI*, 1973, vol. 55, p. 483.

⁴⁵ R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939-II, p. 415-554.

⁴⁶ R. AGO, 3^{ème} rapport, *Ann. CDI* 1971, vol. II, 1^{ère} partie, p. 219-220, § 37.

⁴⁷ Rapport de la CDI sur les travaux de la 53^{ème} session, *Ann. CDI* 2001, vol. II, 2^{ème} partie, p. 34, commentaire du projet d'art. 1, par. 3.

impératives du droit international général »⁴⁸, les conséquences ne visent que les Etats tiers (non-reconnaissance, non-coopération) tandis que l'Etat à l'origine de l'acte litigieux ne se voit infliger aucune sanction spécifique, si ce n'est d'éventuelles contre-mesures collectives⁴⁹ et les conséquences classiques d'un acte illicite (cessation, non-répétition, réparation). L'article 49 des Articles sur la responsabilité de 2001 limite la faculté de recourir à des contre-mesures à celles qui sont nécessaires « pour amener [l'Etat] à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie » du projet, c'est-à-dire celles sur les conséquences du fait internationalement illicite. En d'autres termes, le recours aux contre-mesures est restreint à la mise en œuvre du seul droit de la responsabilité internationale. Comme le précise le commentaire de la Commission du droit international (CDI) : « Les contre-mesures ne sont pas envisagées comme une forme de répression d'un comportement illicite mais comme un moyen d'amener l'Etat responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie »⁵⁰. Le choix de la CDI s'inscrit dans un contexte global : elle retire la notion de « crime » du projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat au moment où les Etats remettent au goût du jour la responsabilité pénale des individus pour les crimes les plus graves avec les tribunaux pénaux internationaux puis la Cour pénale internationale et avec les tentatives d'établissement d'une compétence universelle en la matière. Dans les années 90-2000, la communauté internationale fait clairement le choix de la responsabilité pénale des individus au détriment de celle des Etats.

A ce jour, le droit international n'offre que des éléments épars et incomplets d'une responsabilité pénale qui, de ce fait, demeure en grande partie au stade embryonnaire. Tout d'abord, le droit international reconnaît la responsabilité non pénale de l'Etat pour des faits pouvant être considérés comme des crimes internationaux. C'est d'abord le cas pour violations graves de normes impératives de droit international avec des conséquences spécifiques. Ces dernières sont moins anodines qu'on ne l'a écrit. L'obligation de coopérer pour mettre fin aux « violations graves » est spécifique à celles-ci : la solidarité entre les Etats n'est pas suffisamment solide pour leur imposer un devoir, positif, de coopération pour mettre fin à quelque autre fait internationalement illicite que ce soit. La structure propre de la société internationale, faite d'abord de souverainetés juxtaposées, exclut évidemment la généralisation d'une telle obligation. Celle qui est reconnue au paragraphe 1 de l'article 41 est donc, symboliquement au moins, en rupture avec le droit international classique et correspond aux avancées modestes de la solidarité internationale, tout en excluant les opérations « à la Zorro » du type de celles

⁴⁸ Article 40 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001.

⁴⁹ Article 54 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001.

⁵⁰ Ann. CDI 2001, vol. II, 2^{ème} partie, p. 139, §1 du commentaire.

menées par l'OTAN au Kosovo en 1999 ou par la « coalition » en Iraq en 2003, puisque cette coopération ne peut se faire que « par des moyens licites »⁵¹. Mais l'implication plus grande de la communauté internationale lorsqu'elle est confrontée aux violations les plus graves du droit international ne peut suffire à établir un régime de responsabilité pénale.

Le deuxième aspect est la reconnaissance conventionnelle de crimes imputables à l'Etat mais sans que cela entraîne des sanctions de nature pénale. L'exemple le plus évident est la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Or, aussi grave que puisse être la violation des obligations édictées dans la convention, cela n'entraîne pas de conséquences particulières et encore moins punitive. La reconnaissance de la responsabilité de la Serbie en ce qu'elle n'a rien fait pour empêcher le génocide de Srebrenica a été envisagée par la Cour exclusivement sous l'angle de la réparation⁵². Il en est de même de la Convention du 30 novembre 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid bien que les engagements des Etats s'inscrivent davantage dans les mécanismes institutionnels des Nations Unies. Ainsi, l'article 6 fait obligation aux Etats d'« accepter et d'exécuter, conformément à la Charte des Nations Unies, les décisions prises par le Conseil de sécurité ayant pour but de prévenir, d'éliminer et de réprimer le crime d'apartheid ».

Troisièmement, les comportements les plus graves de l'Etat peuvent faire l'objet d'une condamnation institutionnelle sous l'angle de la protection de la paix et de la sécurité internationales. Les « sanctions » adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies (embargos sur les armes et le matériel militaire, suspension des relations diplomatiques et/ou commerciales, autorisation du déploiement d'une coalition internationale sur le territoire sur lequel des exactions sont commises) peuvent être vues comme ayant une acception pénale : l'Etat « qu'elles frapperont, ou se contenteront souvent de désigner, les ressentira [...] dans certaines situations comme afflictives (c'est-à-dire entraînant pour lui un châtement), mais le plus fréquemment comme infamantes, parce qu'elles l'exposeront à la réprobation universelle. »⁵³

Enfin, les juridictions régionales de protection des droits de l'Homme peuvent dans certains cas être tentées de donner une coloration pénale à leur constat de responsabilité de l'Etat. Les cours européenne et interaméricaine des droits de l'Homme ont ainsi pu condamner la violation massive des droits humains pouvant notamment s'apparenter à des crimes contre l'humanité. On peut citer la condamnation de la Russie pour le meurtre de 22 000 prisonniers de guerre – massacre de Katyn – à la suite de l'annexion de la

⁵¹ A. PELLET, « La responsabilité de l'Etat pour commission d'une infraction internationale », *Droit international pénal*, Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), Paris, 2012, p. 618.

⁵² CIJ, arrêt, 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie)*, § 167 et 170.

⁵³ P.-M. DUPUY, « Observations sur le « crime international de l'Etat », *RGDIP*, 1980, p. 473.

Pologne par l'Armée Rouge en 1940⁵⁴. De même, la Cour interaméricaine n'hésite pas à engager une responsabilité « aggravée »⁵⁵ des Etats concernés, par exemple s'agissant d'actes (disparitions forcées et exécutions extrajudiciaires commises sur une grande échelle) qualifiés de « terrorisme d'Etat »⁵⁶.

Toutefois, l'addition de signes isolés ne constitue pas un régime de responsabilité pénale de l'Etat, au mieux une certaine sensibilité à cette forme de responsabilité. Le souhait de mettre fin à une certaine ~~forme d'~~impunité découle du constat de la participation de l'Etat et de la mobilisation de ses moyens matériels et humains pour la commission de graves exactions. Mais la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat est-elle souhaitable ?

II. PROSPECTIVES : LA CONSÉCRATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ÉTAT EST-ELLE SOUHAITABLE ?

Il vient d'être montré que l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat n'est pas, s'agissant de certaines formes de criminalité globalisée, entièrement satisfaisante en pratique. Cela ne suffit cependant pas *per se* à justifier qu'il soit mis fin à cette immunité. Il faut donc à présent envisager les avantages et inconvénients que pourrait induire la consécration d'une responsabilité étatique en matière pénale en distinguant, à nouveau, l'analyse en droit pénal international (A) et celle en droit international pénal (B).

A. En Droit pénal international

Si les justifications théoriques ne manquent pas pour soutenir la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat (1), les obstacles qui subsistent conduisent à privilégier le *statu quo* (2).

1. Pourquoi pas? Justifications théoriques

La doctrine a proposé nombre d'arguments pour s'opposer aux justifications habituellement apportées à l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat. Ils peuvent être brièvement rappelés.

S'agissant du principe de souveraineté, C. Lombois estimait, dès 1979, que « s'il fallait faire produire à ce principe la conséquence que l'Etat ne peut se trouver soumis à aucune règle qui soit plus forte que sa volonté, il faudrait aussi conclure à l'inexistence d'un droit international »⁵⁷. De même, M. Massé relève que « ce qui est certain, c'est que ni en droit international ni en droit interne la souveraineté n'est réellement un obstacle à la responsabilité de l'Etat » car « souverain ne signifie nullement hors du droit. L'Etat s'oblige à

⁵⁴ CEDH, arrêt du 16 avril 2012, *Janowiec et autres c. Russie*, req. n° 55508/07 et 29520/09.

⁵⁵ V. H. TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'Homme au service de « l'humanisation du droit international public ». Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, p. 617-640.

⁵⁶ CIADH, arrêt du 22 septembre 2006, *Goiburú et autres c. Paraguay*, série C n° 153, § 87.

⁵⁷ *Op. cit.*, p.98.

être un Etat de droit ». L'auteur déploie alors sa démonstration. Il rappelle, d'abord, que « au point de départ, la souveraineté est incarnée par l'Etat et il occupe, seul, le devant de la scène. C'est une personne morale : elle fait écran et, en termes de responsabilité, protège tous ceux ayant agi en son nom. [...] La conséquence en fut l'impunité [...] de l'Etat et de ses représentants ». Il montre, ensuite, que, cette solution étant « progressivement devenue intenable », elle a connu « une double évolution: en droit interne, la responsabilité pénale des agents de l'Etat, voire du chef de l'Etat lui-même, se développe; en droit international, depuis Nüremberg, apparition de juridictions pénales internationales devant lesquelles on ne peut invoquer l'acte d'Etat ». Il en conclut que « par contrecoup et comme une sorte d'effet pervers, l'Etat devenu transparent n'a plus guère de visibilité. Je veux dire que la question de sa responsabilité pénale a été oubliée, ce qui n'est pas satisfaisant d'un point de vue rationnel. Pourquoi? Parce que personne n'a jamais soutenu [...] que les deux responsabilités étaient exclusives l'une de l'autre. Elles sont cumulatives. Il n'y a aucune raison pour que la prise en considération, pour les sanctionner de leur chef, des infractions commises par ses organes ou représentants occulte la responsabilité de l'Etat lui-même. Elle devrait au contraire y conduire »⁵⁸. Ce cumul permettrait, au demeurant, de corriger l'iniquité d'une sanction dirigée contre le seul fonctionnaire qui a exécuté les ordres donnés par son autorité de tutelle.

S'agissant des peines applicables à l'Etat, le même auteur estime que « les conceptions pénales à la mode sont ainsi aisément transposables dans les relations internationales : mettons un E (majuscule) à état dangereux, et appliquons-lui des mesures de sûreté! Je n'invite (presque) rien. C'était déjà dans Donnedieu de Vabres ». Ce dernier écrivait, en effet : « Pour bien s'entendre sur la responsabilité pénale des Etats, il vaut mieux, délaissant toute fiction, toute assimilation forcée, s'inspirer uniquement du but en vue duquel cette responsabilité a été admise. Il s'agit, par la menace d'un mal sérieux devant atteindre l'Etat agresseur, de prévenir les guerres et, d'une façon plus générale, les violations, par les Etats, du droit des gens. Il s'agit de prendre, contre l'Etat qui vient de montrer son caractère dangereux, des *mesures de sûreté* »⁵⁹. C. Lombois ajoute que « certes, la mise en œuvre d'un droit pénal applicable aux Etats est plus difficile parce que le droit pénal est plus spécialement contraignant [...]. Mais ce qui est difficile n'est pas rationnellement impossible. On peut concevoir [...] l'invention de sanctions spécifiques qui porteraient, en elles-mêmes, leur contrainte, sans requérir l'appui d'une force extérieure »⁶⁰.

⁵⁸ *Op. cit.*, p.77.

⁵⁹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international* (1928), Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 429.

⁶⁰ *Op. cit.*, p.98.

Dès 1928, H. Donnedieu de Vabres a contesté l'argument tiré de la nature « fictive » des personnes morales en rappelant que « la qualité de sujet de droit, à l'égard des personnes physiques aussi bien que des personnes morales, n'est jamais qu'une création de la loi, conditionnée pour les unes comme pour les autres par des raisons d'utilité. Or les entités que le droit international public met en présence sont essentiellement les Etats sur lesquels il est donc normal que repose la responsabilité pénale aussi bien que civile du dommage qu'ils ont causé »⁶¹. La doctrine contemporaine étaye cet argument. M. Massé déduit, d'abord, du développement de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris de droit public, que l'Etat ne pourra pas « durablement s'auto-immuniser de la responsabilité la plus sévèrement sanctionnée imposée à ses sujets » et que la consécration de sa responsabilité pénale pourrait constituer « le point d'orgue de l'évolution déjà amorcée tendant à poursuivre de plus en plus fréquemment ses représentants »⁶². Prolongeant l'analyse de Donnedieu de Vabres, X. Pin estime que la responsabilité pénale des personnes morales « se décrète plus qu'elle ne se constate et il n'est pas certain qu'on puisse lui trouver un fondement théorique : il s'agit d'un mécanisme *sui generis* d'imputation légale, essentiellement pragmatique, qui ne requiert aucune condition d'imputabilité de la part du groupement ». Il en conclut que « tout au plus peut-on dire aujourd'hui qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui mais bien d'une 'responsabilité du fait personnel par représentation' »⁶³. Enfin, G. Giudicelli-Delage propose de « repenser la responsabilité pénale des personnes morales » en dépassant « le critère strict de la personnalité juridique pour atteindre l'entité dans son unicité collective » car, estime-t-elle, « il importe [...] de pouvoir imputer à une entité collective une infraction soit lorsque l'atteinte ou le risque d'atteinte à des intérêts protégés par la loi pénale découle de l'activité dont elle a la maîtrise ou dont elle pouvait prévenir les effets dommageables ou infractionnels [...], soit lorsque pour assoir, développer, maintenir son activité, elle a eu délibérément recours à des pratiques illicites, ou pris le risque conscient que des pratiques légales puissent avoir des conséquences infractionnelles »⁶⁴. Rien, intellectuellement, ne nous semble s'opposer à l'extension de ces propositions à l'Etat pour fonder sa responsabilité pénale.

Un dernier argument peut être ajouté aux objections doctrinales qui viennent d'être exposées. Aux termes de l'article 121-2 du code pénal, pris en son deuxième alinéa, « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service

⁶¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *cours de doctorat* (cité par M. Massé, *op. cit.*, p.74).

⁶² *Op. cit.*, p.76.

⁶³ p.328.

⁶⁴ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Repenser la responsabilité pénale des personnes morales », *Droit répressif au pluriel: droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme - Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Nemesis-Anthémis, coll. Droit & justice 110, 2014, p. 266.

public ». *A priori*, ce texte exclut toute responsabilité découlant de l'exercice des activités régaliennes ou de puissance publique⁶⁵. Pourtant, nombre d'exemples existent de ce que M. Delmas-Marty a qualifié de « pratiques de privatisation de la force publique »⁶⁶. Ainsi, l'Etat lui-même n'hésite pas à se décharger sur des opérateurs privés de missions qui relèvent du service public régalien; partant, la définition même du contenu de ce dernier devient délicate à appréhender au point qu'il est possible de se demander si, du fait même des Etats, il n'est pas en voie de disparition. De fait, la notion de service public est suffisamment plastique pour s'ajuster à de telles pratiques dès lors que l'Etat lui-même remet en cause le principe selon lequel les activités de service public régalien ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une délégation. Certes, en l'état actuel du droit, deux obstacles juridiques s'opposeraient à une responsabilité pénale de l'Etat découlant de telles activités⁶⁷; mais si le droit évoluait selon les préconisations de G. Giudicelli-Delage, ils disparaîtraient.

On le constate, des arguments théoriques permettent de lever les principaux obstacles à la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat à l'égard des crimes (internationaux) qui pourraient lui être imputés. Le pas doit-il pour autant être franchi?

2. Pourquoi faire ? Obstacles

Outre certains obstacles juridiques qui subsistent, des arguments inspirés d'une analyse réaliste nous paraissent s'opposer à une évolution vers la responsabilité pénale de l'Etat, en l'état actuel du droit international.

Le premier obstacle réside dans les arguments qui fondent la responsabilité pénale des personnes morales. Y. Mayaud en identifie quatre, respectivement la réalité juridique⁶⁸, le poids sociologique des personnes morales dans l'ordonnement et le fonctionnement de nos sociétés, la faisabilité technique et le contexte politique⁶⁹. Or, si les trois premiers arguments peuvent être invoqués pour justifier la consécration de la responsabilité pénale de l'Etat, le dernier fait défaut au sein du concert des nations⁷⁰.

De surcroît, la doctrine pénale interniste relève la difficulté pratique que poserait l'éventuelle possibilité de rechercher la responsabilité pénale de

⁶⁵ X. PIN, *op. cit.*, p. 332 ; Crim. 14 mars 2000, *Bull. crim.* n°14.

⁶⁶ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2010, p.136; Par exemple, le recours aux entreprises de sécurité militaire privées dans les opérations extérieures, la privatisation des prisons ou, toutes choses égales par ailleurs, l'article L226-1 du code de la sécurité intérieure qui prévoit le recours à des agents de sécurité privés pour la mise en œuvre des mesures de contrôle dans les périmètres de sécurité.

⁶⁷ D'une part, l'infraction ne sera pas perpétrée par un organe ou un représentant et, d'autre part, le délégataire n'est pas rémunéré « pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation » (Crim. 3 avril 2002, *Bull. crim.* n°77 ; cf. aussi, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, p. 550).

⁶⁸ La personne morale a une volonté différente des individus qui la composent.

⁶⁹ C'est-à-dire l'existence de précédents en droit comparé.

⁷⁰ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 236

l'Etat. Selon F. Desportes et F. Le Guehec, d'une part, « l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat est également expliquée par le rôle confié à l'Etat dans l'exercice de la répression. L'Etat détenant le monopole du droit de punir, il peut apparaître inconcevable, d'un point de vue tant juridique que politique, qu'il soit lui-même soumis à la répression, qu'il s'inflige en quelque sorte à lui-même une peine » et, d'autre part, « d'aucuns ont pu redouter que l'admission de la responsabilité pénale de l'Etat n'ait pour conséquence de placer l'ensemble de l'activité administrative sous le contrôle du juge pénal et qu'elle conduise, à terme, à remettre en cause le principe de séparation des autorités »⁷¹. B. Bouloc estime, pour sa part, que l'exclusion de la responsabilité pénale de l'Etat est justifiée par le fait que « l'Etat assure la protection des intérêts généraux (collectifs et individuels) et a la charge de poursuivre et de punir les délinquants »⁷². De même, E. Mathias estime que l'on « conçoit difficilement la sanction pénale [de l'Etat] dans la mesure où il détient le monopole de la contrainte légitime. Sa condamnation n'aurait pas de sens dès lors que le prononcé des peines est son propre fait »⁷³ et X. Pin résume par une formule lapidaire la position doctrinale presque unanime : « l'Etat ne peut [...] pas punir et se punir »⁷⁴.

Etendons à présent cette analyse interniste à la relation de l'Etat français avec ses homologues. Envisageons donc que, par un acte unilatéral, il décide de consacrer la compétence de sa loi pénale et de ses juridictions pour rechercher la responsabilité pénale d'autres Etats. Cette compétence pourrait être ajoutée aux nombreuses compétences « concurrentes » du tribunal de grande instance de Paris et l'autorité de poursuite pourrait être le Parquet national antiterroriste, donc la compétence intègre déjà les « crimes internationaux »⁷⁵ ; les preuves pourraient être collectées par le biais des nombreux circuits de l'entraide répressive internationale mais aussi par l'intermédiaire des organisations non gouvernementales présentes sur les lieux de commission des crimes. Certains avocats spécialisés en droit pénal ont déjà – par le contentieux de l'extradition, par exemple – l'expérience de la représentation et de la défense des intérêts de l'Etat devant les juridictions pénales. Un procès pénal est donc possible ; *dont acte*. Mais, imaginons à présent qu'une condamnation soit prononcée, de quel(s) moyen(s) dispose(nt) la République française pour la faire exécutée ? En d'autres termes, quelle serait la valeur d'un droit répressif dont la portée serait strictement symbolique ?

⁷¹ *Op. cit.*, p.547. Cf. particulièrement, parmi les nombreuses références citées par ces auteurs, J. HERMANN, « Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ? » D. 1998, chron. p.105 et E. PICARD, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application », *Rev. sociétés* 1993, p.261

⁷² B. BOULOC, *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, coll. Précis, p.301

⁷³ E. MATHIAS, *La responsabilité pénale*, Gualino, coll. Abrégé illustré, 2005, p.200

⁷⁴ *Op. cit.*, p.332

⁷⁵ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019; Circulaire CRIM-BOL n° 2018-00018

Un deuxième obstacle réside dans l'absence d'autorité supérieure; il est, en effet, établi que la société internationale ne dispose pas d'un pouvoir central capable d'imposer une sanction aux sujets de droit qui la composent. Le principe d'égalité des Etats n'est pas compatible avec l'exigence selon laquelle celui qui punit doit être capable d'imposer sa volonté et une punition légitime⁷⁶. Les conditions de l'installation d'une telle autorité ont été détaillées par M. Delmas-Marty. Elles supposent, d'une part, la définition d'une « grammaire commune » qui implique « un changement considérable des relations entre Etats » consistant dans « le passage de relations inter-étatiques à des relations supra-étatiques »⁷⁷ et, d'autre part, la consécration d'un « principe de cohérence pour renforcer la légitimité autour des droits fondamentaux de tout être humain et [d']un principe de responsabilité pour assurer l'effectivité de leur mise en œuvre »⁷⁸. Rapportées aux relations internationales, ces ambitions sont utopiques. Or, si la responsabilité pénale de l'Etat était instaurée sans les satisfaire, elle consisterait, en pratique, dans une responsabilité pénale des Etats faibles envers les Etats forts.

Un troisième inconvénient consiste dans l'incidence du sentiment d'humiliation qui serait éprouvé par les populations à raison de la condamnation infligée à l'Etat. C. Lombois notait pertinemment que « la permanence de la personnalité de l'Etat ne s'entend pas qu'au sens juridique; psychologiquement, le corps social se renouvelle. Et l'effet le plus certain, sur la génération actuelle, de la peine qui a frappé la génération précédente, est le développement de l'esprit de revanche »⁷⁹. Ce risque est d'autant plus grand qu'il se conjugue aux implications de « l'appartenance forcée »⁸⁰: la peine qui serait prononcée contre l'Etat rejaillirait sur toute la population, y compris ceux qui n'ont pas souhaité la politique à l'origine de cette condamnation – ce qui est peu compatible avec les règles qui régissent l'imputabilité en droit pénal. Cette difficulté conduisait déjà Roux, en 1929, à s'opposer à la responsabilité pénale des personnes morales⁸¹. Les réactions aujourd'hui encore suscitées en Hongrie par le traité de Versailles et en Turquie par le traité de Sèvres suffisent à convaincre que ce risque ne peut être négligé.

Enfin, la décision unilatérale que pourrait prendre un législateur national de reconnaître la responsabilité pénale des Etats risquerait d'entraîner une double conséquence dommageable : ses relations avec les autres Etats s'en trouveraient certainement affectées, tandis qu'il serait probablement confronté à des difficultés similaires à celles éprouvées par la Belgique lorsque ses

⁷⁶ F. BELLIVIER, M. EUDES et I. FOUCARD, *précité*.

⁷⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II) - Le pluralisme ordonné*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2006, p.127

⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III) - La refondation des pouvoirs*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2007, pp.270-275

⁷⁹ *Op. cit.*, p.100

⁸⁰ *Op. cit.*, p.99; cf. aussi, M. Massé, *op. cit.*, p.77

⁸¹ Cité par E. MATHIAS, *op. cit.*, p. 195 ; Cf. aussi, *mutatis mutandis*, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, coll. U, 2004, p.196.

juridictions exerçaient leur compétence universelle de manière extensive. Dans le contexte d'un crime international, le risque qu'un ressortissant de l'Etat qui aura consacré une telle responsabilité pénale revendique l'exercice d'une compétence personnelle passive n'est pas négligeable. L'unique moyen de le prévenir serait de prévoir une responsabilité pénale de l'Etat national, limitée à la compétence territoriale de la loi pénale – ce qui n'est ni réaliste, ni justifiable intellectuellement.

B. En droit international pénal

1. Pourquoi faire ? Intérêt

La criminalisation du comportement de l'Etat ne présente un réel intérêt que sous l'angle de la paix et de la sécurité internationales. ~~Les Nations Unies ont logiquement envisagé le crime d'agression sous cet angle.~~ La désignation de l'agression comme fait illicite d'une éminente gravité, parce qu'elle met en cause la paix mondiale, et – à ce titre – concerne tous les Etats, est clairement accomplie dans la Charte, mais plus encore, précisée par les actes des organes de l'organisation : le 24 octobre 1970, l'Assemblée générale adopte la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats dans laquelle la « guerre d'agression » est définie comme un « crime contre la paix »⁸². Puis la « définition de l'agression » adoptée par la résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 reprend la même qualification, en précisant qu'elle constitue « la forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force ».

Cette mise en cause éventuellement punitive de l'Etat ouvre la possibilité, comme en droit interne, de penser la question de la réinsertion de l'Etat « criminel » au sein de la communauté internationale. Trop souvent, certains Etats mis au ban du concert des nations retrouvent leur place en vertu de circonstances qui ne résultent pas d'un changement d'attitude. A l'inverse, une approche pénale de la responsabilité de l'Etat pourrait donner l'occasion de fixer dès l'origine les conditions d'un retour à la condition d'Etat souverain. Un exemple particulièrement intéressant est celui des mesures qui ont été adoptées à l'égard de l'Allemagne après sa défaite en 1945 : elle a été contrainte de se désarmer et de se démilitariser complètement, a vu son territoire partagé en quatre zones occupées par les puissances victorieuses et a dû s'acquitter en nature des pertes subies. La même logique a été poursuivie au sujet de l'Empire japonais, parallèlement aux poursuites pénales engagées contre les ressortissants allemands et japonais devant les deux tribunaux militaires internationaux. Mais cela est bien peu au regard des nombreux obstacles tant théoriques que pratiques.

⁸² Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

2. Pourquoi non : difficultés théoriques et pratiques

Aussi louable que soit l'idée de mettre fin à l'impunité des Etats dès lors que sont commises les exactions les plus graves, cela nécessite un bouleversement total des rapports entre les Etats et du droit qui régit leurs relations. Cela est décrit avec précision par James Crawford dans son premier rapport sur le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat : « un régime digne de ce nom de la responsabilité 'criminelle' de l'Etat devrait satisfaire à cinq conditions. Premièrement, tous les crimes internationaux d'Etat doivent être adéquatement définis : *nullum crimen sine lege*. Deuxièmement, il faudrait une procédure adéquate aux fins d'enquêter pour le compte de la communauté internationale dans son ensemble. Troisièmement, il faudrait des garanties de procédure adéquates, en fait un ensemble de droits de la défense au bénéfice des Etats accusés de crimes. Quatrièmement, il faudrait que des sanctions appropriées fassent suite à la constatation faite au nom de la communauté internationale, qu'un crime a été commis, et ces sanctions devraient être dûment définies : *nulla poena sine lege*. Elles seraient indépendantes de toutes obligations pouvant découler des actes en cause du fait qu'ils ont causé un préjudice à certaines personnes ou entités. Cinquièmement, il faudrait qu'il y ait un système permettant à l'Etat criminel de se purger de sa culpabilité, de se débarrasser progressivement de son stigmate d'Etat condamné pour crime. Faute de quoi, ce stigmate se transmettrait aux générations suivantes »⁸³ Inutile de dire que l'ordre juridique international n'offre pas les conditions de l'apparition d'un régime aussi abouti. En effet, il est difficile d'imaginer un droit pénal en l'absence d'un législateur, d'un juge et d'une police pouvant effectivement mettre en jeu une responsabilité pénale de l'Etat. L'absence d'un « super Etat » garant de l'ordre public international et de l'intérêt de la communauté internationale semble être un obstacle insurmontable : « [l']instauration d'une responsabilité internationale pénale de l'Etat supposerait, par principe, l'existence et le fonctionnement d'un appareil répressif intégré, sauf à investir individuellement tous les membres de la communauté internationale du rôle de justicier »⁸⁴. En l'absence d'institution représentant la communauté internationale, il reviendrait à chaque Etat de « juger » le comportement éventuellement criminel d'un autre Etat. Cette approche unilatérale de responsabilité pénale, conforme à la structure de la société internationale, revient à consacrer le pouvoir des Etats les plus puissants sur les autres : les premiers s'arrogeraient le droit d'apprécier et de sanctionner unilatéralement le comportement de l'Etat soit disant criminel. Les dérives éventuelles sont à ce point perceptibles qu'il n'est pas nécessaire de les expliciter. Aussi, une responsabilité pénale de l'Etat nécessiterait avant toute chose de revoir intégralement l'organisation et le régime des relations entre les Etats.

⁸³ Ann.CDI 1998, vol. II, 1^{ère} partie, § 91.

⁸⁴ P.-M. DUPUY, *ibid.*, p. 450.

A cela s'ajoute toute une série de difficultés, à commencer par celui de la peine : comment éviter que la condamnation de l'Etat ne rejaillisse sans distinction sur tous les citoyens, y compris les opposants aux pratiques ou au régime criminels. En outre, les mesures qui pourraient être prises à l'encontre de l'Etat (limitations des relations diplomatiques, embargo, sanctions pécuniaires...) ne sont pas punitives en tant que telles. Elles visent selon les cas à réparer un préjudice ou à faire pression sur l'Etat (contre-mesures). Si la nature des mesures n'a pas ~~en tant que telle~~ de connotation punitive, c'est éventuellement la disproportion qui peut leur donner un caractère afflictif. Dans cette hypothèse, l'Etat victime ne peut seul ni décider ni mettre en œuvre une telle mesure. Il revient à la communauté internationale. Il faudrait également se pencher sur la coordination de la responsabilité de l'Etat avec celle du ou des individus, auteur(s) de l'infraction. Dans cette hypothèse, l'Etat ne serait-il que le complice ? Face à tant de difficultés pour la mise en place d'une responsabilité pénale de l'Etat, on en arrive à se demander si le jeu en vaut la chandelle.

*

Lors d'une discussion avec les auteurs de la présente contribution, M. Massé estimait que, si l'utopie est un moteur d'évolution des sociétés, il faut distinguer les utopies « ponctuelles »⁸⁵, qui finissent par se réaliser, des utopies « globales »⁸⁶, qui expriment une volonté de transformation radicale de la société et qui, lorsqu'elles se réalisent, dégénèrent souvent en terreur. A cet égard, il faut certainement distinguer la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, utopie ponctuelle, de la responsabilité pénale des Etats, qui s'apparente à une utopie globale car elle suppose une transformation radicale de la société internationale et expose au risque que sa mise en œuvre finisse par engendrer, à terme, plus de mal que de bien.

⁸⁵ Par exemple, les abolitionnismes (esclavage; peine de mort, etc.).

⁸⁶ Par exemple, le communisme.