

Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 245

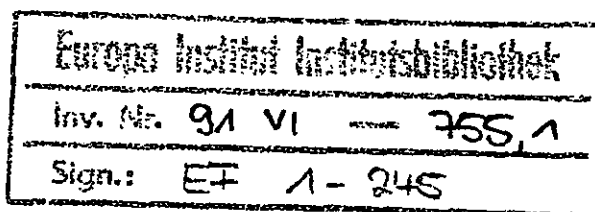
herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

Professor Dr. Jean Charpentier

Centre Européen Universitaire
Université de Nancy II

L'affaire Rainbow-Warrior et
la responsabilité internationale des Etats



Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 6. Juni 1991

L'AFFAIRE RAINBOW-WARRIOR ET LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DES ETATS

J'ai choisi de vous parler d'une affaire qui n'est évidemment pas à la gloire de mon pays; si je la traite c'est malgré son origine française, parce qu'elle présente un très grand intérêt d'un point de vue juridique. Elle est intéressante à deux titres; d'abord parce qu'elle montre comment un environnement politique peut avoir une incidence sur les conditions de son règlement: nous verrons que la politique est constamment intervenue pour donner des solutions acceptables; et d'autre part, parce qu'elle éclaire un certain nombre d'aspects du droit de la responsabilité internationale.

C'est une affaire qui comporte des rebondissements de telle sorte que je ne peux l'exposer avec clarté qu'en distinguant les deux phases qui l'ont marquée. La première phase est celle qui a cherché à résoudre le problème original, c'est-à-dire les conséquences de la destruction de ce navire, le Rainbow-Warrior, en 1985. Cette première phase s'est clôturée par la médiation du Secrétaire Général des Nations-Unies qui est intervenue en juillet 1986.¹ Mais à partir de là, une deuxième phase s'est produite du fait de l'inexécution par la France des clauses essentielles qui découlaient de la médiation du Secrétaire Général, c'est-à-dire du fait du rapatriement prématuré des deux agents français qui auraient dû rester pendant 3 ans dans une île du Pacifique. Et cet incident a entraîné un arbitrage qui l'a réglé le 30 avril 1990. En conséquent, il faut distin-

¹ Le rapport du Secrétaire Général des Nations-Unies, en date du 16 juillet 1986, a été publié à la RGDIP, 1987, p. 1031, le texte de la sentence arbitrale du 10 avril 1990 a été publié également à la RGDIP, 1990, p. 838. Nous nous permettons, pour plus de détails sur l'ensemble de l'affaire, de renvoyer à nos articles à l'AFDI, 1985, p. 210; 1986, p. 873, et 1990, p. 667.

guer ces deux phases qui traitent de problèmes liés entr'eux, mais qui sont quand-même assez différents.

I.

La première phase est donc la phase de la responsabilité de la France pour la destruction du Rainbow-Warrior. Je dois nécessairement présenter d'abord très succinctement les faits pour que vous puissiez comprendre le déroulement de l'affaire.

Le 10 juillet 1985, le navire Rainbow-Warrior qui avait stationné, qui mouillait dans le port d'Auckland en Nouvelle-Zélande, était coulé à la suite d'une déflagration. Ce navire appartenait à l'organisation écologique Greenpeace et il s'apprêtait à aller perturber les essais nucléaires français dans l'île de Mururoa. Quelques jours après, la police arrêtait un couple qui se présentait sous le nom des "époux Turenge" et qui en réalité étaient deux agents des services secrets français. Ces agents ont été arrêtés, inculpés de meurtre bien qu'ils n'aient été que complices d'autres agents secrets qui ont été plus intelligents qu'eux et qui ont réussi à s'en aller. Ils ont été condamnés à dix ans de réclusion le 22 novembre suivant. Entretemps, le Premier Ministre de l'époque, Laurent Fabius, a fini par reconnaître que la France était responsable de cet incident et que c'étaient effectivement des agents des services secrets français. Par conséquent, à partir de ce moment-là, - c'était le 22 septembre -, se sont engagées des négociations entre le gouvernement français et le gouvernement néo-zélandais pour envisager de réparer les conséquences de cette destruction dont la France avait reconnu qu'elle était responsable.

Ces négociations se sont déroulées dans plusieurs directions. D'abord, des négociations avec la famille de la

seule victime humaine de cet incident. Il y a eu, en effet, un photographe qui, malheureusement, s'est trouvé sur la bateau au moment de l'explosion (il y a eu deux explosions, une première explosion alors qu'il se trouvait à terre, et puis il a voulu remonter dans le bateau pour aller chercher ses appareils de photo et il y a eu une deuxième explosion et il est mort). Donc, il y a eu des négociations avec la famille qui acceptait un dédommagement de la part du gouvernement français de 2.300.000 FF. Une deuxième négociation avec Greenpeace pour dédommager Greenpeace de la destruction du navire qui leur appartenait. Cette deuxième négociation a porté surtout sur le montant de l'indemnisation que la France était disposée à lui accorder puisque sur le principe de la responsabilité il n'y avait pas de problème. Cette négociation a abouti à un arbitrage qui doit être intéressant puisque c'est un arbitrage transnational entre un Etat et une personne privée. Arbitrage qui a été rendu le 2 octobre 1987 et qui a conclu à l'indemnisation de 8.150.000 \$. Malheureusement, le contenu de la sentence est resté secret parce que les deux parties sont convenues qu'elle ne serait pas publiée. Et enfin, il y a eu la négociation principale avec la Nouvelle-Zélande. Cette négociation portait en partie sur l'indemnisation des dommages subis par la Nouvelle-Zélande; mais ces dommages n'étaient pas considérables: il y avait quelques dégâts et puis il y avait les frais occasionnés par la poursuite judiciaire des "époux Turenge". Mais il y avait surtout la question des deux agents secrets français que la France entendait récupérer. La négociation a porté essentiellement sur le sort des Turenge. C'est sur ce point-là qu'il n'y a pas eu possibilité d'aboutir à un accord, de telle sorte que les parties ont fini par convenir de s'en remettre à un médiateur en la personne de Monsieur Perez de Cuellar qui a été donc désigné comme médiateur; il a rendu son rapport le 7 juillet et ce rapport a été accepté aussitôt par les deux parties.

Sur la base de ces faits on peut dégager un certain nombre d'enseignements de cette première phase de l'affaire, qui portent d'abord sur l'action en responsabilité, c'est-à-dire les méthodes de règlement qui ont été employées pour arriver à une solution et ensuite sur le fond de la responsabilité.

A. En ce qui concerne l'action en responsabilité, c'est-à-dire les méthodes de règlement pacifique, l'affaire était essentiellement politique et il n'est pas étonnant qu'elle ait eu une solution qui était également une solution politique de telle sorte que nous pouvons réfléchir à deux aspects de ce règlement. D'une part, le fait que c'est la négociation qui a été choisie de préférence à la protection diplomatique et ensuite la nature assez originale de cette médiation obligatoire du Secrétaire Général des Nations-Unies.

1. Tout d'abord, la négociation ou plutôt les négociations ont été choisies, d'abord parce que la France n'était pas disposée à accepter la juridiction de la Cour Internationale de Justice ou un arbitrage quelconque dans une affaire aussi délicate, et qu'elle n'était pas liée par un instrument de règlement juridictionnel obligatoire avec la Nouvelle-Zélande. Par conséquent, la négociation est apparue comme le seul mode de règlement possible. On s'aperçoit en réfléchissant que la protection diplomatique, si elle avait été utilisée, n'aurait pas été appropriée à l'affaire. Si je reprends les différentes négociations, vous en apercevrez très vite.

En ce qui concerne le photographe, il était d'origine portugaise mais de nationalité néerlandaise. Donc, il fallait que ce soient les Pays-Bas qui acceptent de prendre en charge sa situation et d'exercer leur protection di-

plomatique. Il aurait fallu que les Pays-Bas soient d'accord. A supposer qu'ils le soient, il fallait régler le problème de l'épuisement des recours internes. Or, il y aurait eu de très grandes difficultés du point de vue du contentieux français pour savoir quels étaient les tribunaux qui étaient compétents. Ils auraient sans doute attaqué la France devant les tribunaux administratifs, mais ceux-ci auraient invoqué "l'acte de Gouvernement", le secret d'Etat; on aurait alors essayé les tribunaux judiciaires. Cela aurait pris un temps considérable. Donc, il était préférable que la famille de Perreira accepte le compromis qui lui était proposé plutôt que de se lancer dans cette aventure. Pour Greenpeace, les choses étaient encore plus délicates parce que la nationalité du navire était sujette à contestation. Greenpeace est une fondation néerlandaise. Mais le Rainbow-Warrior était un navire qui était immatriculé aux Iles Caïman. Les Caïman doivent relever de la Grande-Bretagne, si je ne me trompe, et on aurait pu discuter très longtemps pour savoir s'il avait la nationalité néerlandaise ou s'il avait la nationalité britannique. A supposer que l'on arrive à s'entendre sur la nationalité réelle et donc sur l'Etat qui pouvait engager l'affaire, on retrouvait les mêmes difficultés quant à l'épuisement des recours internes que pour Perreira. De toute façon, on était certain d'avoir devant soi de belles années avant d'arriver à pouvoir toucher une indemnisation. Donc, vous voyez, la protection diplomatique était impraticable. D'autant plus qu'il y avait, en ce qui concerne la fondation Greenpeace, c'est-à-dire la protection diplomatique éventuelle des Pays-Bas au profit de la fondation Greenpeace, une troisième difficulté qui illustre la troisième condition de la protection diplomatique qui est la plus difficile en général à comprendre, à savoir la condition des "mains propres". Il s'agit d'éviter que l'Etat qui prend fait et cause pour son ressortissant ne se place dans une situation contraire au droit international: il

épouse la cause de son ressortissant, et épousant la cause de son ressortissant il faut que cette cause ne soit pas contraire à ses propres obligations. Or, si les Pays-Bas avaient épousé la cause de Greenpeace ils auraient assumé la volonté de cette association d'intercepter les essais nucléaires français. Et on aurait pu les accuser d'ingérence dans les affaires intérieures françaises. Donc, cette troisième condition de la protection diplomatique risquait elle aussi de ne pas être remplie. Vous voyez qu'il était préférable d'agir par la voie des négociations, d'autant plus que la France n'était pas hostile à indemniser les victimes.

En ce qui concerne la Nouvelle-Zélande, il est évident qu'il n'était pas question de protection diplomatique puisque la Nouvelle-Zélande se plaignait d'un préjudice propre qui était essentiellement une usurpation de ses compétences territoriales et donc là encore seule la négociation pouvait se concevoir.

2. La négociation n'a pas abouti sur le point que je viens de rappeler, c'est-à-dire la situation des Turenge, et c'est alors qu'on a fait appel à la médiation.

Cette médiation nous pose quelques problèmes. Tout d'abord il faut rappeler que les négociations avaient été entamées tout de suite, dès que la France a connu sa responsabilité, c'est-à-dire le 23 septembre, et que ces négociations ont échoué sur le problème des deux agents secrets. La France était disposée à accorder une indemnité, mais les Pays-Bas étaient intraitables sur le sort de ces deux agents qu'ils tenaient à voir urger leur peine dans les geôles de la Nouvelle-Zélande. La position de la France était essentiellement d'arriver à obtenir la libération de ses agents, et c'est sur ce point que, conseillées finalement par le Premier Ministre néerlandais qui à l'époque prési-

dait la Communauté Européenne, M. Lubbers, les deux parties se décidèrent à recourir à un médiateur, et choisirent le Secrétaire Général des Nations-Unies.

Ce qui est tout à fait insolite c'est que les deux Etats, la France et la Nouvelle-Zélande, ont accepté le 19 juin 1986 de soumettre l'affaire au Secrétaire Général des Nations-Unies "en vue d'un règlement auquel ils se conformeraient". Autrement dit, on se trouve en présence d'une médiation obligatoire, une médiation dont les parties acceptent à l'avance le résultat. Or, chacun sait que le propre de la médiation comme de tous les modes politiques de règlement des conflits est d'être facultative. Les modes juridiques sont obligatoires; ils sont obligatoires parce que le juge ou l'arbitre appliquent le droit; or, la règle de droit est obligatoire, par conséquent son application, la concrétisation de la règle de droit à une situation déterminée est aussi obligatoire. Les parties savent en quelque sorte à quoi elles doivent s'attendre en ce qui concerne un juge ou un arbitre qui connaît les règles de droit, et il s'agit simplement de l'interpréter. Mais lorsqu'il s'agit d'une médiation, c'est-à-dire d'un procédé qui va trancher un problème en fonction de considérations d'équité, d'opportunité, et d'une certaine idée que se fait le médiateur de l'opportunité, les parties ne savent pas du tout où elles vont et elles n'ont pas nécessairement confiance dans la règle qui leur sera appliquée. Par conséquent par sa nature la médiation est facultative, et les parties restent libres d'accepter ou de refuser le rapport qui leur sera présenté par le médiateur. Ici on est en présence d'une médiation obligatoire.

Comment expliquer cela? On peut l'expliquer par la volonté des parties, c'est-à-dire que les parties peuvent rendre obligatoire une médiation qui par nature serait facultative. Et s'ils l'ont fait - il faut bien se rendre compte

de cela -, c'est en réalité qu'ils contrôlaient en quelque sorte la façon dont le médiateur trancherait. La vérité c'est qu'au moment où M. Perez de Cuellar a été sollicité par les parties, elles étaient à peu près d'accord sur la solution qu'il s'agirait d'accepter. Mais elles ne voulaient pas l'accepter elles-mêmes vis-à-vis de leur opinion publique. C'était en particulier le cas de la Nouvelle-Zélande. Le Premier Ministre néo-zélandais avait proclamé partout que les époux Turenge resteraient dans leurs geôles; il ne pouvait pas se déjuger du point de vue de l'opinion publique néo-zélandaise. En se confiant à une personnalité étrangère et objective la chose était plus facile à accepter. Par conséquent c'est à peu près en ce sens que cette médiation a permis de trancher entre des points de vue opposés et de faire accepter sa solution sans difficulté par les parties. Mais cela reste une médiation, c'est-à-dire que le rapport du Secrétaire Général n'était pas motivé. Et par conséquent, on ne peut pas tirer de cette médiation des conclusions très sûres en ce qui concerne le fond du droit.

B. Il y a cependant des problèmes que je voudrais maintenant évoquer devant vous en ce qui concerne le fond de la responsabilité. Ce sont plus des problèmes que des solutions, mais enfin ils sont intéressants en eux-mêmes.

1. Le premier problème qui me paraît le plus intéressant se rattache au cumul de responsabilité. En effet les deux agents français avaient été poursuivis pour leur participation à la destruction du Rainbow-Warrior, et ils ont donc été punis de dix ans d'emprisonnement du fait de leur participation à cette opération. Or, on a appris plus tard que cette opération était commanditée par le gouvernement français; c'était une action d'Etat qui engageait la responsabilité de l'Etat. Et l'Etat français reconnaissait sa

responsabilité, et l'Etat néo-zélandais acceptait les conséquences de cette responsabilité de la France, puisqu'il était engagé dans des négociations pour en tirer les conséquences. Par conséquent, à partir du moment où la Nouvelle-Zélande a accepté d'admettre que cette affaire était une affaire inter-étatique et que c'était un Etat, la France, qui était responsable d'une action menée par ses agents, il semble choquant qu'en même temps on continue à poursuivre les deux agents du fait d'une action qui n'était que celle de l'Etat. Et si on l'accepte, c'est qu'on accepte le cumul de responsabilité. En même temps, le même fait, c'est-à-dire la participation de ces deux personnes à cette opération de destruction, est considérée comme engageant la responsabilité de l'Etat français au regard du droit international et comme engageant la responsabilité personnelle des deux agents au regard de la législation de la Nouvelle-Zélande. Et c'est sur ce point que portait le différend et qu'un compromis a été dégagé par le Secrétaire Général qui a coupé la poire en deux comme il se doit: il a certes enlevé les Turenge des prisons néo-zélandaises mais pour les obliger à rester pendant trois ans dans une île française du Pacifique.

Le compromis montre quand-même que dans une certaine mesure on a accepté ce cumul. Ce qui, je dois dire, me paraît choquant, mais qui peut-être va dans la ligne d'une certaine évolution du droit international qui est en voie d'admettre un tel cumul dans certains cas. La Commission du droit international, vous le savez, est en train de codifier à la fois le droit de la responsabilité internationale et ce qu'elle appelle les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Et il y a des cas comme l'agression qui relèvent à la fois de la nature de crime international, c'est-à-dire qui engagent la responsabilité de l'état, et qui relèvent de la notion de crime contre la paix et la sécurité, c'est-à-dire qui engagent la responsabilité per-

sonnelle de leur auteur. Autrement dit, M. Saddam Hussein par exemple pourrait être poursuivi en tant que chef d'Etat, il pourrait être poursuivi du fait de l'agression commise par l'Irak, mais il pourrait également être rendu responsable devant des tribunaux répressifs internationaux personnellement. Donc, c'est ce cumul qui semble en peu avoir été pris en considération dans cette affaire.

2. L'autre aspect de la responsabilité qui a été appliqué dans cette médiation c'est la notion de "satisfaction". La satisfaction est une forme de réparation qui correspond à des dommages immatériels. Des dommages qui ne se traduisent pas par un préjudice matériel. En l'occurrence le dommage essentiel subi par la Nouvelle-Zélande était d'avoir subi une atteinte à sa souveraineté. On laisse de côté les quelques dommages qui ont été indemnisés par ailleurs, mais, en plus, la Nouvelle-Zélande se plaignait de l'atteinte à sa souveraineté, du fait que son intégrité territoriale avait été bafouée par l'action criminelle de la destruction. Il y a une jurisprudence qui veut que dans un cas de ce genre, la satisfaction constitue une réparation appropriée et en particulier le fait de reconnaître publiquement la responsabilité de l'auteur du délit ou du crime. Par conséquent, la France a été invitée à présenter ses excuses au Gouvernement néo-zélandais ce qui constitue le type même de la satisfaction.

C'est à ce propos qu'il y a quelque chose de plus dans cette affaire: on s'est demandé si la satisfaction pouvait s'accompagner d'une indemnité supplémentaire. Une indemnité qui dépasse la réparation des dommages matériels et qui s'ajoute aux excuses immatérielles qui constituent l'essentiel de la satisfaction. La Nouvelle-Zélande réclamait une telle indemnité, la France estimait que la jurisprudence ne l'admettait pas et le Secrétaire Général des Nations-Unies a condamné la France à payer une indem-

nité qui était intermédiaire entre ce qui était réclamé par la Nouvelle-Zélande et ce qui était accepté par la France. La Nouvelle-Zélande réclamait 9 millions de dollars, la France acceptait 4 millions, et il l'a condamnée à 7 millions. On ne sait pas si les trois millions supplémentaires constituent une indemnité matérielle de la satisfaction, qui vient s'ajouter, qui a un caractère pénal, ou bien si c'est une évaluation plus large que celle acceptée par la France des dommages matériels subis par la Nouvelle-Zélande. Mais il y a là quelque chose qu'on va retrouver du reste dans la deuxième phase de l'affaire.

II.

J'arrive donc à la deuxième phase de cette affaire qui est la responsabilité de la France pour le rapatriement prématuré des deux agents. Les faits sont faciles à rappeler: En vertu de la médiation du Secrétaire Général des Nations-Unies, la France était tenue de maintenir dans une île isolée du Pacifique qui s'appelle Hao et sur laquelle il y a une petite base militaire française les deux agents pendant trois ans, c'est-à-dire jusqu'au 22 juillet 1989 puisqu'ils avaient été sortis de leur prison néo-zélandaise pour arriver à Hao le 22 juillet 1986. Et il leur était interdit de quitter l'île sous quelque motif que se soit, sauf accord entre les deux gouvernements. C'est dans ce contexte juridique qu'en Décembre 1987 le commandant Maffart est tombé malade (on craignait une occlusion intestinale qui aurait imposé une opération chirurgicale urgente). Le Gouvernement français est alors entré en contact avec le Gouvernement néo-zélandais pour essayer d'obtenir qu'il accepte qu'il soit transféré à Paris pour se faire examiner et éventuellement opérer. Cela a pris quelque temps, quelques heures,

quelques complications, je n'entre pas dans les détails, et finalement comme les choses pressaient et que l'accord du Gouvernement néo-zélandais tardait, le Gouvernement français n'a pas attendu d'obtenir cet accord, il a frété un avion et il a rembarqué Maffart à Paris le 13 décembre. Les négociations avaient commencé le 11, et donc le 13 on le ramène à Paris. On constate effectivement que son état méritait des soins. Finalement l'opération est évitée, il se remet ... et il reste à Paris! On ne le renvoie pas à Hao.

Un peu plus tard, le 3 mai 1988, la France informe la Nouvelle-Zélande que Madame Prieur est enceinte et que son état impose qu'elle retourne à Paris. Alors le Gouvernement néo-zélandais se fait un peu tirer l'oreille, il semble estimer que son état n'était pas tellement grave, elle pouvait très bien accoucher à Hao. Tout cela prend quelque temps, un jour ou deux, et là dessus le Gouvernement français revient à la charge en disant qu'en plus son père est mourant. Là-dessus nouveaux échanges téléphoniques, - cela se passait le 5 mai -, et sans attendre que ces échanges aboutissent, on rembarque Madame Prieur à Paris le soir du 5 mai. Effectivement son père était mourant, et il est mort quelques jours plus tard. Le bébé est né au mois de décembre ... et Madame Prieur est restée à Paris!

Le Premier Ministre néo-zélandais a été furieux d'avoir été joué en quelque sorte une deuxième fois. Et à la suite de cela, des négociations se sont déroulées, on a essayé de trouver une solution pour rétablir les relations entre les deux pays dans de meilleures dispositions. Ces négociations n'ont pas abouti, mais cette fois le mode de règlement a été différent parce que dans la médiation du Secrétaire Général des Nations-Unies avait été introduite une clause selon laquelle toute difficulté d'application de la solution qu'il avait préconisée serait soumise à l'arbitrage. Alors cette fois-ci on se trouvait dans un cas d'arbitrage

obligatoire, et il a bien fallu que la France accepte de se soumettre à l'arbitrage puisqu'il avait été prévu par la médiation. Selon les conditions prévues, le tribunal arbitral a été constitué et il a rendu sa sentence le 30 avril 1990. Alors nous allons, comme tout à l'heure - mais j'inverserai les facteurs -, examiner les principales questions qui ont été tranchées au fond en ce qui concerne le droit de la responsabilité par cet arbitrage, et ensuite réfléchir à certains aspects du mode du règlement qui a été choisi.

A. Tout d'abord les problèmes de fond. Il y en a deux essentiellement qui ont été abordés par la sentence arbitrale, compte tenu du fait qu'ici comme précédemment la France ne contestait pas sa responsabilité. Il est bien évident qu'elle n'avait pas respecté la lettre du règlement précédent et qu'elle avait rapatrié sans l'accord du gouvernement néo-zélandais ses agents avant que la date de trois ans ne soit écoulée. Elle cherchait simplement à bénéficier de circonstances atténuantes, et elle cherchait surtout à éviter d'être obligée de renvoyer les deux agents à Hao. C'est de ce point de vue-là que la sentence apporte des renseignements intéressants.

1. En ce qui concerne tout d'abord les circonstances atténuantes - ce que la Commission du droit international appelle les circonstances excluant l'illicéité -. La sentence apporte un éclairage assez intéressant sur une circonstance qui n'est pas très connue et qui est la détresse. La sentence écarte la force majeure, car effectivement il n'y avait pas un événement irrésistible et imprévisible qui aurait absolument contraint la France à se passer de l'accord de la Nouvelle-Zélande. Mais la sentence estime que l'argument de la détresse mérite d'être étudié, si bien qu'il faut se demander s'il n'y a pas eu "détresse". Qu'est-ce que c'est que la détresse? La Commission du droit

international en donne un exemple qui permet de saisir ce que c'est. L'exemple est celui d'un pilote d'un avion militaire (avion militaire pour engager la responsabilité de l'état; pour un avion civil, ce serait une affaire privée). Donc un pilote d'un avion militaire qui s'aperçoit qu'il est en panne d'essence ou qui est sur le point de l'être. Il se trouve devant l'alternative suivante: Ou bien il atterrit sur le territoire de l'Etat le plus proche sans demander l'autorisation et sauve sa peau ou bien il respecte le droit international et se tue. Evidemment il préfère la première solution. Dans ce cas-là on considère qu'il y a détresse et que cette situation d'extrême urgence pour arriver à sauver la vie d'un agent du gouvernement excuse qu'il ait commis une irrégularité, une illégalité en méconnaissant son obligation d'obtenir l'autorisation de survoler ou d'atterrir sur le territoire d'un Etat étranger.

Les arbitres ont donc examiné la situation sous l'angle de la détresse. Et ils lui ont donné un assez grand élargissement parce qu'ici ce n'est pas l'agent qui a pris la décision pour sauver sa peau, c'est le gouvernement. Ce n'est pas Maffart qui a décidé de prendre un avion, de partir à Paris, c'est le gouvernement qui a pris sur lui de méconnaître ses engagements pour le sauver. Et pour le sauver alors qu'il n'était peut-être pas menacé dans sa vie, mais qu'il risquait simplement des complications, le tribunal a donné une assez large extension à la détresse, il a admis qu'en ce qui concerne le rapatriement de Maffart il y avait une circonstance excluant l'illicéité; pour le rapatriement, mais pas pour le maintien à Paris. Parce que, une fois qu'il était rentré à Paris et avait guéri, il n'y avait plus d'urgence, il n'y avait plus de détresse et on aurait pu le ramener à Hao.

Pour Mme Prieur le tribunal n'a pas admis la détresse. Est-ce qu'on a considéré que son état de grossesse n'était pas suffisamment grave ou bien que l'état de son père n'était pas suffisant pour justifier une dérogation à son statut? C'est possible. La vérité, je crois qu'il faut le reconnaître, c'est que Mme Prieur a été rapatriée le 5 mai et que le 7 il y avait des élections françaises à la Présidence de la République et que le Premier Ministre, M. Chirac, d'une part a estimé - il l'a dit -, que quelques jours plus tard il ne pourrait peut-être plus procéder au rapatriement de Mme Prieur. C'est vrai, puisqu'il n'a pas été élu Président. Donc, il fallait en profiter. Ce qu'il n'a pas dit c'est qu'il espérait de ce rapatriement un effet psychologique sur l'opinion publique en sa faveur, puisqu'il était candidat à la succession de M. Mitterrand. Par conséquent il semble bien que ce soient des considérations de ce genre qui aient milité pour le rapatriement accéléré de Mme Prieur, et le Gouvernement néo-zélandais en a été irrité, et à juste titre. Le tribunal a évoqué de façon un peu incidente la bonne foi. Il semble bien que la véritable raison c'est qu'il avait manqué à la bonne foi. Vous voyez que ces circonstances excluant l'illicéité en réalité se rattachent à cette vieille notion fondamentale de la bonne foi.

2. Mais ce qui est plus important pour l'internationaliste ce sont les conséquences qui ont été tirées de l'illicéité. Et là on touche un point qui est fondamental pour le droit de la responsabilité. Un point qui touche à la fonction de la responsabilité. Vous savez sans doute que la responsabilité internationale est une notion assez équivoque. On ne sait pas exactement si elle a pour fonction de réparer un dommage qui a été subi par une victime étrangère, ou si elle a pour fonction de sanctionner un acte illicite qui entraîne un dommage. Donc on hésite entre sa fonction réparatrice qui se rapproche de la responsabilité civile du

droit interne et sa fonction sanctionnatrice qui se rapproche de la responsabilité pénale. Elle est en réalité un peu les deux à la fois. La Commission du droit international, dans son oeuvre de codification de la responsabilité internationale, a très nettement mis l'accent sur la fonction sanctionnatrice, à tel point qu'elle a éliminé le dommage comme condition de la responsabilité. La responsabilité est déclenchée dès qu'il y a un acte illicite, et peu importe que cet acte ait entraîné un dommage ou pas. Donc il s'agit surtout par la responsabilité de sanctionner l'Etat qui a commis un acte illicite.

Il semble que c'est dans cette direction que la sentence devait s'orienter, car la Nouvelle-Zélande réclamait quoi? Elle ne réclamait pas une indemnité, elle n'avait pas besoin de quelques milliers de dollars supplémentaires, ce qu'elle réclamait c'était le retour à Hao des deux agents. Le Gouvernement néo-zélandais avait été joué, je viens de vous le dire, il était horriblement vexé, il était en colère, il réclamait une sanction, et la seule sanction qui pouvait le calmer c'était de renvoyer à Hao les deux agents pour qu'ils y purgent la fin de leur peine. Il s'agissait donc d'obtenir la cessation de l'illicéité, ce qui se rattache à la fonction sanctionnatrice et non pas d'obtenir une indemnité compensatrice, qui serait rattachée à la fonction réparatrice.

Là-dessus le tribunal arbitral s'est donc trouvé face à cette réclamation de la Nouvelle-Zélande. Est-ce qu'il allait obliger la France en sanction de son acte illicite à renvoyer à Hao les deux agents? J'indique tout de suite que c'était une position politiquement très délicate, car vous pouvez imaginer à quel point un gouvernement peut être réticent à renvoyer en exil deux de ses agents qui n'ont fait que le servir. C'était un risque politique très considérable. Alors le tribunal a refusé. Il a refusé d'ordonner

le renvoi à Hao des deux agents, et il l'a fait en fonction d'un raisonnement qui est en partie satisfaisant. Mais en partie seulement.

Il a estimé qu'on ne pouvait faire cesser une illégalité que si cette illégalité était encore en vigueur au moment où le juge s'est prononcé; autrement dit, la cessation de l'illégalité ne concerne que la violation des obligations continues. Il est certain que si un Etat a tué un étranger, il n'est pas question de ressusciter le victime et de faire cesser l'illégalité. Pour faire cesser une illégalité il faut que cette illégalité continue, qu'elle se poursuive. C'est ainsi que dans l'affaire des otages américains à Téhéran, la Cour Internationale de Justice a condamné l'attitude de l'Iran mais en même temps lui a ordonné de mettre fin à la situation en question et de libérer les diplomates américains qui étaient pris en otages dans l'ambassade à Téhéran. Là, l'obligation était encore valable, parce qu'elle était continue. Le tribunal a dit ici, qu'il y avait certes une obligation continue qui s'étendait sur trois ans. Mais cette obligation ne pouvait jouer que de façon ininterrompue. On ne sait pas trop pourquoi. Et par conséquent à partir du 22 juillet 1989 cette obligation était terminée, même si elle était interrompue du fait fautif de la France. On ne peut pas la ressusciter, elle s'est terminée le 22 juillet. Donc, elle admet évidemment la responsabilité de la France avec une réparation pour compenser l'illégalité, mais ne se reconnaît pas la possibilité de faire cesser une illégalité qui n'existe plus, puisqu'il n'y a plus d'obligation violée. Ainsi, sur cette base, le tribunal a admis qu'on passait de la cessation de l'illégalité à la compensation. Il a entraîné cette réplique du Gouvernement néo-zélandais, à savoir qu'avec ce système les Etats peuvent acheter par une compensation monétaire le droit de violer leurs engagements.

Elle s'est posée la question de savoir comment alors on allait réparer, et elle a repris la vieille notion de la satisfaction qu'on avait déjà vue appliquée dans la première phase de l'affaire, et qu'on a appliquée à nouveau ici. Une satisfaction consistant à reconnaître publiquement que la France avait manqué à ses obligations. Satisfaction qui évidemment n'a pas été du goût de la Nouvelle-Zélande parce qu'elle considérait que la question était déjà réglée et que chacun était bien conscient du fait que la France était responsable. Le tribunal arbitral s'est évidemment rendu compte que cette solution ne donnait pas politiquement satisfaction à la Nouvelle-Zélande. Il hésitait d'avoir à imposer au Gouvernement français une obligation qu'il était difficile de mettre en oeuvre politiquement, mais en contrepartie, elle irritait la Nouvelle-Zélande qui se trouvait frustrée de la sanction qu'elle attendait de cette sentence arbitrale. Alors le tribunal s'en est tiré par une espèce d'acrobatie juridique qui m'amène à évoquer très rapidement le caractère politique de ce règlement.

B. La sentence a en effet considéré qu'il n'était pas possible, en plus de la satisfaction consistant à faire reconnaître officiellement la responsabilité de la France, d'ajouter une compensation monétaire parce que la Nouvelle-Zélande ne l'avait pas réclamée et que la question n'avait pas été discutée; la France n'avait pas été en mesure de contester éventuellement devant le tribunal cette demande qui n'avait pas été formulée par le Gouvernement néo-zélandais. Dans ces conditions le tribunal a estimé habile de recommander - non pas d'imposer, mais de recommander - le versement par la France d'une certaine somme, qui a été fixée à 2 millions de dollars, à un fonds qui serait créé par les deux Etats et qui serait destiné à améliorer, à renforcer les relations amicales entre eux. Donc, l'arbitrage se termine par une recommandation, ce qui est assez insolite pour un règlement qui en principe applique

le droit à une situation internationale et une recommandation qui sous ses allures bilatérales en réalité recouvre une sanction contre l'une des parties seulement. Cette solution montre bien s'il en était besoin le caractère extrêmement politique de cet arbitrage. Sans doute s'agit-il d'un arbitrage qui a appliqué des principes juridiques à une situation difficile, mais c'est quand-même un règlement qui s'est efforcé de rendre acceptable par les parties une sentence qui était très délicate d'un point de vue politique. D'un côté on s'est efforcé de justifier de ne pas avoir à renvoyer à Hao les deux agents - on aurait très bien pu adopter une attitude différente -, et de l'autre on a trouvé cette formule habile d'une compensation déguisée destinée à raffermir les bonnes relations entre les deux Etats. Et il semble que cette habileté ait été payante parce que les deux Etats se sont trouvés ravis de cet arbitrage et que les relations entre la France et la Nouvelle-Zélande sont redevenues très bonnes; comme quoi les solutions politiques peuvent aboutir à des résultats satisfaisants.