

L'IMMUNITÉ DE JURISDICTION DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE: POSITION DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

*Alberto Costi**

Le 3 février 2012, la Cour internationale de justice (CIJ) rendait son jugement sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat en matière de procédure civile. L'affaire concernait l'immunité de juridiction de l'Allemagne devant les instances judiciaires italiennes suite à la commission de violations graves du droit international humanitaire perpétrées par le Reich allemand contre des ressortissants italiens et grecs au cours de la Seconde Guerre mondiale. Tranchant en faveur de l'Etat allemand, la Cour affirmait dans son jugement majoritaire que la République italienne avait failli à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international. Après avoir décrit les faits de l'affaire et analysé la décision de la CIJ, l'auteur fait valoir que le jugement de la majorité fondé sur un raisonnement positiviste reflète l'état du droit international coutumier en matière d'immunité de l'Etat.

On 3 February 2012, the International Court of Justice (ICJ) delivered its judgment on the jurisdictional immunity of the State. The case concerned Germany's immunity before the Italian courts following the perpetration of grave violations of international humanitarian law by the German Reich against Italian and Greek citizens during World War II. Deciding the case in favour of Germany, the majority of the Court stated that the Republic of Italy had violated its obligation to respect the immunity recognised to Germany under international law. After describing the facts of the case and analysing the ICJ's decision, the author argues that the majority

* Associate Professor, Faculté de droit, Université Victoria de Wellington, Nouvelle-Zélande; secrétaire-général, chapitre néo-zélandais, Association de droit international (ILA New Zealand Branch); vice-président, Association néo-zélandaise de droit comparé (New Zealand Association for Comparative Law). Version abrégée et révisée d'un article paru dans un numéro spécial de la Revue Québécoise de Droit International en l'honneur du Professeur Jacques-Yvan Morin.

judgment is founded on a positivist approach reflecting the current state of customary international law as concerns state immunity.

I INTRODUCTION

L'immunité de juridiction des Etats est une question complexe. Elle touche tout à la fois au droit d'accès au juge, à l'égalité de chacun dans l'exercice de ce droit, à la souveraineté des Etats et au droit international public.

Le 3 février 2012, la Cour internationale de justice (CIJ) rendait son jugement dans une cause opposant la République fédérale d'Allemagne à l'Italie¹. Cette affaire concernait l'immunité de juridiction de l'Allemagne devant les instances judiciaires italiennes suite à la commission de violations graves du droit international humanitaire par les forces armées et autres organes allemands contre des ressortissants italiens et grecs au cours de la Seconde Guerre mondiale. La décision de la CIJ était très attendue, s'agissant de la première affaire dans laquelle la CIJ avait l'opportunité de considérer directement la question de l'immunité de juridiction de l'Etat. Une majorité de la CIJ trancha en faveur de l'Etat allemand et affirma que la République italienne avait failli à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international.

Cette règle met en exergue deux principes fondamentaux du droit international en apparence contradiction: d'une part, le principe de la souveraineté territoriale en vertu duquel un Etat peut exercer sa juridiction à l'égard de faits qui se produisent sur son territoire et des personnes qui s'y trouvent; d'autre part, le principe de l'égalité souveraine des Etats, lequel s'oppose à l'idée que les tribunaux internes d'un Etat puissent exercer leurs pouvoirs dans une action contre un autre Etat souverain. En vertu de ce principe d'égalité, l'immunité de juridiction de l'Etat constitue une dérogation au principe de la souveraineté territoriale. Bien que la CIJ ait eu à se prononcer sur la question de l'immunité d'un ministre dans une affaire antérieure² et qu'il est admis que l'immunité de l'Etat devant les juridictions internes étrangères ne soit pas absolue, il s'agit ici de la première fois où la CIJ devait statuer sur la portée et l'étendue de la règle de l'immunité de l'Etat lorsque sont intentées des actions civiles.

Dans son arrêt, la Cour emprunte une approche conservatrice à l'égard de la relation entre l'immunité de l'Etat et les violations de normes impératives de droit

1 *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c Italie; Grèce (intervenant))* [2012] CIJ rec 99 [*Immunités juridictionnelles de l'Etat*].

2 *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)* [2002] CIJ rec 3 [*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*].

international coutumier auxquelles aucune dérogation n'est permise (règles de *jus cogens*)³. Cet article offre une critique de l'arrêt de la CIJ sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat dans un contexte particulier, soit en matière de procédure civile.

Après une introduction de la règle de l'immunité de l'Etat et de son évolution historique, l'article décrit les faits de l'affaire et analyse la décision de la CIJ, en faisant valoir que le jugement de la majorité fondé sur un raisonnement positiviste reflète l'état du droit international coutumier en matière d'immunité de l'Etat. Suivent alors quelques réflexions sur l'émergence d'une exception à l'immunité de l'Etat en cas de violation des normes de *jus cogens*. Quelques brèves remarques sont finalement offertes en guise de conclusion.

II LA REGLE DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT

L'immunité de juridiction de l'Etat devant les tribunaux internes d'un autre Etat procède du principe de l'égalité souveraine des Etats. La règle constitue une dérogation à l'exercice du pouvoir de juridiction de l'Etat à l'égard du comportement d'un autre Etat et s'oppose ainsi à toute tentative des tribunaux d'exercer leur juridiction dans une action civile à l'encontre d'un autre Etat souverain⁴. Il importe de clarifier qu'il s'agit ici de l'immunité de l'Etat même, et non des immunités personnelles dont jouissent certains représentants de l'Etat en vertu du droit international⁵, et qu'elle est distincte de l'immunité des Etats contre la prise de mesures d'exécution forcée à leur encontre⁶. Il est également important de distinguer les notions d'immunité et d'impunité. Le droit de l'immunité revêt « un caractère procédural », se trouvant ainsi totalement distinct du droit matériel, lequel détermine si ce comportement est licite ou non⁷.

3 Voir Convention de Vienne sur le droit des traités 1155 UNTS 331 (signée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980), art 53 : « [a]ux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Voir, par exemple, Ian Brownlie *Principles of Public International Law* (7e éd, Oxford University Press, Oxford, 2008) à la p 510 et s; et Malcolm N Shaw *International Law* (7e éd, Cambridge University Press, Cambridge, 2014) à la p 89.

4 Hazel Fox *The Law of State Immunity* (2e éd, Oxford University Press, Oxford, 2008) à la p 5.

5 Onder Bakircioglu «*Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law*» (2012) 1 Int'l Human Rights LR 93 aux pp 103-104.

6 Gerhard Hafner et Leonore Lange « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens » (2004) 50 AFDI 45 aux pp 68-71.

7 *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité note 2, à la p 25.

A Une Immunité Absolue au Départ

La règle de l'immunité de l'Etat s'explique historiquement par le statut personnel du souverain⁸. Le monarque personnifiait l'Etat et en cette qualité, il ne pouvait être poursuivi devant ses propres tribunaux⁹. La transposition de ce principe de droit constitutionnel au droit international se fera plus tard, alors que sera étendue aux souverains des autres nations la règle de l'immunité¹⁰. Il devient alors inconcevable qu'un Etat puisse juger pénalement un chef d'Etat étranger en exercice et encore moins le contraindre pénalement¹¹. Les chefs d'Etat étaient dans le passé placés au-dessus des lois de tout Etat étranger et bénéficiaient d'une immunité pénale *in personam*¹². Ils jouissent encore aujourd'hui dans les autres Etats d'immunités de juridiction tant civiles que pénales, à l'instar du chef du gouvernement ou du ministre des Affaires étrangères, pour leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions « pour le compte de l'Etat qu'il[s] représente[nt] »¹³.

Avec le développement de l'Etat-nation et l'avènement du système westphalien, qui régit encore aujourd'hui la société internationale, les principes fondamentaux de l'égalité souveraine, de la souveraineté territoriale et de l'indépendance sont venus à gouverner les relations interétatiques¹⁴, d'où la maxime *par in parem non habet imperium* : les Etats sont indépendants les uns par rapport aux autres, et des sujets égaux ne peuvent exercer leur volonté ou leur autorité souveraine l'un sur l'autre¹⁵.

Traditionnellement reconnue comme une interdiction absolue d'un Etat d'exercer sa juridiction vis-à-vis d'un autre Etat souverain¹⁶, l'immunité de juridiction a reçu sa première reconnaissance judiciaire dans l'affaire *Schooner Exchange v*

8 Marc Henzelin « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption? » [2002] 2 SZIER 179 à la p 180.

9 Sompong Sucharitkul, Rapporteur spécial *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* Doc off AG NU, 32^e sess, Doc NU A/CN.4/331 et Add.1 dans *Annuaire de la Commission du droit international* [1980] vol 2, partie 2 aux pp 211-212 [*Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats*].

10 A la p 212.

11 Henzelin, précité note 8, à la p 180.

12 Aux pp 180-181.

13 *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité note 2, à la p 21.

14 Shaw, précité note 3, à la p 509.

15 Patrick Daillier et Alain Pellet *Droit international public* (7^e éd, LGDJ, Paris, 2002) à la p 446. Le principe de l'immunité des Etats est l'un des « principes fondamentaux du droit international »: *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats*, précité note 9, à la p 210.

16 Shaw, précité note 3, aux pp 509-510.

*McFaddon*¹⁷. Le juge en chef de la Cour suprême des États-Unis y détermina qu'un navire appartenant à l'État français ne pouvait faire l'objet d'une poursuite devant les tribunaux américains¹⁸. Cette affaire posa les fondements de la théorie et fit jurisprudence dans d'autres juridictions¹⁹.

B Elaboration d'une Doctrine Restrictive de l'Immunité de l'Etat

La doctrine de l'immunité absolue était en vigueur à une époque où l'État n'intervenait pas dans la vie privée. L'évolution de la société internationale, l'essor des activités de l'État dans le domaine économique à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle²⁰ et puis la naissance d'un régime de protection des droits de l'homme²¹ forcèrent une prise de conscience du rôle « multiple » de l'État. Les États qui s'engageaient dans des transactions commerciales avec des acteurs non-étatiques pouvaient se cacher derrière la doctrine de l'immunité absolue de l'État, créant un problème d'équité puisqu'elle privait « les partenaires commerciaux des États de tout recours juridique »²². Les acteurs non-étatiques commencèrent à se plaindre que la doctrine traditionnelle pouvait pénaliser injustement ceux qui faisaient affaire avec les États et arguèrent que ces derniers se comportaient comme des personnes privées et devaient être traités comme telles devant les tribunaux internes²³. Le développement du rôle de l'État ainsi que la diversité de ses fonctions créèrent le besoin de distinguer entre les activités effectuées à titre de souverain et celles considérées comme non-souveraines. En conséquence, une conception restrictive de

17 *Schooner Exchange v McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812).

18 A la p 136.

19 Le Royaume-Uni affirma la théorie de l'immunité absolue dans l'affaire du *Parlement Belge* [1880] 5 PD 197 (CA). Cette affaire concernait l'immunité à laquelle avait droit un vaisseau appartenant au roi des Belges et opérant dans les îles britanniques. La décision initiale de ne pas respecter l'immunité parce que le vaisseau avait entrepris des activités commerciales fut rejetée en appel sur la base de l'égalité souveraine des États. Voir Ernest K Bankas *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Springer, Berlin, 2005) sur l'évolution de la doctrine d'immunité devant les tribunaux anglais. Sur la pratique européenne, voir Gerhard Hafner, Marcelo G Kohen et Susan Breau (dir) *State Practice Regarding State Immunities / La Pratique des États concernant les Immunités des États* (Martinus Nijhoff, Leiden, 2006)

20 Hafner et Lange, précité note 6, à la p 45.

21 Rosanne Van Alebeek *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, New York, 2008) à la p 47; et Brownlie, précité note 3, à la p 327.

22 Hafner et Lange, précité note 6, à la p 45.

23 Leandro de Oliveira Moll «Al-Adsani v United Kingdom: State Immunity and Denial of Justice with respect to Violations of Fundamental Human Rights» (2003) 4 Melbourne J Int'l Law 561 à la p 566.

l'immunité de l'Etat s'est développée²⁴. Une distinction a été établie entre *acta jure imperii*, les actes effectués à titre de souverain, et *acta jure gestionis*, actes privés ou commerciaux d'un Etat, l'immunité s'attachant aux actes *jure imperii*, mais non pas aux actes *jure gestionis*²⁵.

La doctrine restrictive est maintenant bien établie²⁶ même si les critères pour les distinguer demeurent flous²⁷. Certains Etats, incluant le Royaume-Uni²⁸, les Etats-Unis²⁹, l'Australie³⁰, le Pakistan³¹, le Canada³², l'Afrique du Sud³³, le Japon³⁴, Singapour³⁵, Israël³⁶, l'Argentine³⁷ et la Malaisie³⁸ ont adopté des lois affirmant l'approche restrictive pour les actes *jure gestionis*. D'autres Etats, tel l'Irlande, la Nouvelle-Zélande, le Nigéria et le Zimbabwe n'ont pas légiféré sur la question, mais leurs tribunaux suivent la doctrine restrictive³⁹. Par exemple, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, dans l'affaire *Governor of Pitcairn v Sutton*, affirma que les activités commerciales d'un Etat ne sont plus protégées par le principe de l'immunité⁴⁰. La doctrine restrictive est également acceptée dans les juridictions de

24 Shaw, précité note 3, aux pp 512-514.

25 Fox, précité note 4, à la p 35.

26 A la p 502.

27 Paul Christoph Bornkamm « State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State* » (2012) 13 German LJ 773 à la p 779.

28 State Immunity Act 1978 (R-U) c 33.

29 Foreign Sovereign Immunities Act 28 USC § 1330, 1332, 1391(f), 1441(d) et 1602-1611 (1976).

30 Foreign State Immunities Act 1985 (Aus).

31 Pakistani State Immunity Ordinance 1981 (Ordinance N° VI of 1981).

32 Loi sur l'immunité des Etats LRC 1985 c S-18.

33 Foreign States Immunities Act 87 of 1981 (Afr du Sud).

34 Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, etc Act N° 24 of 2009 (en ligne : Japanese Law Translation <www.japaneselawtranslation.go.jp>).

35 State Immunity Act (No 19 of 1979, Sing).

36 Foreign States Immunity Law 5769-2008 (Israël).

37 Ley 24 448 ADLA 1995 A 220.

38 Immunities and Privileges Act 1984 (Malaisie).

39 *Government of Canada v Employment Appeals Tribunal and Burke* [1992] ILRM 325 (CSC); 95 ILR 467; *Kramer v Government of Kingdom of Belgium and Embassy of Belgium* [1989] 1 CLRQ 126 (Nigeria CA); 103 ILR 299; et *Baker McCormac (Private) Ltd v Government of Kenya* [1983] 2 ZLR 72 (SC); 84 ILR 18.

40 *Governor of Pitcairn and Associated Islands v Sutton* [1995] 1 NZLR 426 (CA) à la p 428.

droit civil comme l'Italie, l'Allemagne, la France et l'Espagne⁴¹. Cette approbation quasi-générale de la doctrine restrictive se reflète dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (Convention des Nations Unies), adoptée sans vote par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2004, et prévoyant *inter alia* une exception à l'immunité pour les activités commerciales⁴². La doctrine restrictive s'assure ainsi de l'égalité des parties s'engageant dans des transactions commerciales⁴³.

C Autres Exceptions à la Doctrine de l'Immunité de l'État pour Actes Jure Imperii

Au-delà des activités dites non-souveraines, il existe une « zone grise » où se retrouve une série d'exceptions à l'immunité de l'État⁴⁴. Deux de ces exceptions s'avèrent fort pertinentes à la discussion de l'affaire devant la CIJ. La première est l'exception à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'État du for, que l'on pourrait qualifier d'« exception territoriale » ou de « responsabilité délictuelle territoriale ». La seconde est l'exception suite à la commission d'actes constituant des violations de règles de *jus cogens*.

1 L'exception dite « territoriale »

Cette exception s'applique aux actes d'un État commis sur le territoire d'un autre État et qui causent décès, blessures ou dommages matériels à l'intérieur des frontières de celui-ci. Cette exception est codifiée à la fois dans la Convention européenne sur l'immunité des États et la Convention des Nations Unies⁴⁵. Au sein des États ayant

41 Fox, précité note 4, aux pp 223-230.

42 Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (adoptée le 2 décembre 2004, non encore en vigueur), art 10 (en ligne : Nations Unies: Collection des Traités <<https://treaties.un.org>>) [Convention des Nations Unies].

43 En fait, la doctrine restrictive ainsi que la doctrine absolue de l'immunité relèvent des principes d'égalité et d'indépendance : Van Alebeek, précité note 21, à la p 49. Bien que l'immunité de l'État évoque le principe de l'égalité souveraine, elle est incompatible avec le principe de la souveraineté territoriale et son corollaire, la compétence territoriale. L'immunité déroge au principe de compétence territoriale mais demeure en fait un moyen essentiel par lequel l'égalité souveraine des États est reconnue : Shaw, précité note 3, à la p 509.

44 Shaw, précité note 3, aux pp 519 et 529. Voir aussi Bornkamm, précité note 27, à la p 779.

45 Convention européenne sur l'immunité des États STE N° 74 (signée le 16 mai 1972, entrée en vigueur le 11 juin 1976), art 11 [Convention européenne] (« [u]n État contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'État du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu »); et Convention des Nations Unies, précité note 42, art 12 (« [à] moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation

adopté des lois sur l'immunité des Etats étrangers, hormis le Pakistan, cette exception est reconnue⁴⁶. Cependant, l'existence et la portée de cette exception en droit international coutumier demeurent controversées⁴⁷. Le principe est apparu à l'origine dans le cadre d'affaires ayant trait à des accidents de la circulation et à d'autres risques assurables, au motif que les compagnies d'assurance ne devraient pas profiter de l'argument de l'immunité de l'Etat pour ne pas déboursier les primes d'indemnité⁴⁸. Certains Etats ont d'ailleurs limité son application aux risques assurables⁴⁹. La question pertinente est de savoir si cette exception pourrait s'étendre aux actes des forces armées d'un Etat étranger perpétrés pendant un conflit armé sur le territoire de l'Etat du for⁵⁰. Or, l'article 31 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats affirme que l'instrument ne s'applique pas aux actes des forces armées étrangères⁵¹.

2 *L'exception pour violation des règles de jus cogens*

Récemment, des auteurs ont soutenu que le droit international ne saurait accorder d'immunité aux actes de l'Etat qui constituent des violations graves du droit international ainsi que des règles de *jus cogens*⁵². La logique de l'argument veut que les règles de *jus cogens* prévalent sur toute règle contraire du droit international, incluant la règle de l'immunité juridictionnelle de l'Etat devant les tribunaux d'un autre Etat, laquelle n'a pas le statut de *jus cogens*. On pourrait ajouter à cela la position de la majorité de la Chambre des Lords dans l'affaire *R v Bow Street Metropolitan Magistrate Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)*, qui ne pouvait accepter que la violation d'une règle de *jus cogens*, en l'instance la protection

pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission »).

46 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge *ad hoc* Gaja au para 3.

47 Van Alebeek, précité note 21, à la p 69.

48 Bornkamm, précité note 27, à la p 776.

49 A la p 779.

50 Roger O'Keefe « State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds » (2011) 44 Vand J Transnat'l L 999 à la p 1011; et Christopher Keith Hall « UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol » (2006) 55 ICLQ 411 à la p 422.

51 Convention européenne, précité note 45, art 31.

52 Voir, par exemple, Alexander Orakhelashvili « State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong » (2007) 18 EJIL 955; et Lorna McGregor « State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v Italy » (2013) 11 J Int'l Criminal Justice 125 [« Immunity »].

contre la torture, puisse être considérée comme un acte entrant dans les fonctions officielles d'un représentant de l'Etat⁵³. Notons également qu'en 2001, la Commission du droit international avait identifié parmi les exemples de règles de *jus cogens* les interdictions relatives au génocide, à l'esclavage et à la torture ainsi que les « règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère 'intransgressible' »⁵⁴.

La question qui se pose est donc de savoir si l'immunité de l'Etat couvre les violations graves de règles de droit international humanitaire et de normes de *jus cogens*. Cette question forma l'objet principal de la requête de l'Allemagne à la CIJ. N'ayant jusqu'alors jamais eu l'opportunité de répondre directement à la question susmentionnée, une occasion exceptionnelle se présentait donc à la Cour dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat de clarifier sa position sur le sujet en fonction de la pratique étatique et des développements doctrinaux et jurisprudentiels récents.

III L'ARRET DE LA CIJ DU 3 FEVRIER 2012

A Résumé des Faits et des Procédures Devant les Instances Judiciaires

En juin 1940, le régime fasciste italien de Benito Mussolini entre en guerre aux côtés du Reich allemand. Après la chute de Mussolini en septembre 1943, l'Italie se rend aux Alliés et déclare la guerre à l'Allemagne. Entre l'automne de 1943 et la fin de la guerre, l'Allemagne continuera à occuper une grande partie du territoire italien. Au cours de cette occupation, les forces armées allemandes et d'autres organes de l'Etat allemand commettent des violations graves du droit international humanitaire, y compris de nombreuses atrocités contre la population civile. Entre autres, de nombreux soldats italiens faits prisonniers par les forces allemandes sont déportés vers des camps de concentration en Allemagne ou dans les territoires occupés par le Reich allemand, astreints au travail forcé sans se voir reconnaître le statut de prisonniers de guerre⁵⁵. Malgré le traité de paix de 1947 entre les Alliés et l'Italie, les accords de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne et une série de lois fédérales allemandes, le régime d'indemnisation mis sur pied après la Seconde Guerre mondiale ne couvre

⁵³ *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147 HL (Eng) aux pp 204-205.

⁵⁴ Commission du droit international « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session » dans *Annuaire de la Commission du droit international* [2001] vol 2, partie 2 aux pp 120-121 (Doc NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)).

⁵⁵ *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 52. La plupart des soldats faits prisonniers se virent dénier le statut de prisonnier de guerre.

qu'une partie des réclamations des victimes⁵⁶. En particulier, la loi fédérale allemande de 2000 créant la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » afin d'indemniser les personnes soumises au travail forcé par le Reich allemand exclus du droit de réparation les prisonniers de guerre, lesquels pouvaient être astreints au travail par la puissance détentrice. Les internés militaires italiens privés par le Reich allemand du statut de prisonnier de guerre ne peuvent donc pas se prévaloir de cette loi pour faire une demande d'indemnisation⁵⁷. Des milliers d'anciens internés militaires italiens ainsi exclus introduisent alors des demandes d'indemnisation devant les tribunaux civils allemands, mais celles-ci sont rejetées au motif que les demandeurs étaient d'anciens prisonniers de guerre.

Le 23 septembre 1998, Luigi Ferrini, un ressortissant italien déporté en Allemagne en août 1944 et soumis au travail forcé dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre, intente une action civile contre l'Etat allemand devant le Tribunal d'Arezzo en Italie. Le tribunal de première instance ainsi que la Cour d'appel de Florence rejettent sa demande au motif que l'Allemagne, en tant qu'Etat souverain, est protégée par son immunité juridictionnelle. Le 11 mars 2004, la Cour de cassation italienne conclut que l'Allemagne n'avait pas droit à l'immunité de juridiction et donne raison à M. Ferrini. La Cour estime que l'immunité de l'Etat ne s'applique pas lorsque les actes incriminés constituent des crimes au regard du droit international⁵⁸. Les règles de *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles de droit, telle la règle de l'immunité de l'Etat, et les tribunaux doivent leur donner priorité⁵⁹. La Cour de cassation souligne également le droit de Luigi Ferrini d'avoir accès à la justice. Reconnaître l'immunité à l'Etat allemand en l'espèce empêcherait de protéger adéquatement des valeurs dont la sauvegarde doit être considérée comme essentielle pour l'ensemble de la communauté internationale⁶⁰. La Cour de cassation renvoie l'affaire devant le tribunal de première instance. Par la suite, la Cour d'appel de Florence, le 17 février 2011, rejette le caractère absolu de l'immunité de l'Etat, considérant que cette règle ne peut « être invoquée par un Etat ayant commis des actes constituant des crimes au regard du droit international », et ordonne à l'Allemagne de verser à Luigi Ferrini des dommages-intérêts⁶¹. Par la

56 Aux paras 22-26. La majeure partie des victimes des violations du droit international humanitaire ne sont pas admissibles à recevoir une compensation.

57 Au para 26.

58 *Ferrini c Repubblica Federale di Germania* Cour de cassation d'Italie N° 5044/2004, 11 mars 2004; 128 ILR 659 [Ferrini] aux paras 9 et 11.

59 Aux paras 9 et 9.1.

60 Aux paras 9.1 et 9.2.

61 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 27.

suite, la Cour de cassation confirmera sa décision dans l'affaire *Ferrini* dans d'autres procédures liées à des actes de déportation et de travail forcé⁶².

Parallèlement, la Cour de cassation italienne statue de nouveau dans le cadre de poursuites engagées par les proches des victimes de civils massacrés le 29 juin 1944 à Civitella, Cornia et San Pancrazio en Italie, contre Max Milde, un membre de la division « Hermann Göring » au sein des forces armées allemandes, pour son rôle dans ces atrocités. Condamné par contumace à une peine de réclusion à perpétuité et, avec l'Allemagne, à verser des indemnités aux ayants droit des victimes du massacre, la Cour de cassation, dans l'affaire *Allemagne c Milde*, refuse de reconnaître l'exception d'incompétence invoquée par l'Allemagne et réitère son raisonnement dans l'affaire *Ferrini*, confirmant que l'immunité juridictionnelle doit être levée lorsqu'un Etat a commis des actes constituant des crimes au regard du droit international⁶³.

D'importance pour l'affaire devant la CIJ, les forces armées allemandes avaient aussi perpétré des atrocités en Grèce durant la Seconde Guerre mondiale. Le 10 juin 1944, dans le village de Distomo, les forces armées allemandes avaient tué entre 200 et 300 civils grecs⁶⁴. En 2000, la Cour de cassation hellénique, dans l'affaire de la *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne* (l'affaire *Distomo*)⁶⁵, rejette le pourvoi formé par l'Allemagne et ordonne à l'Etat allemand de compenser les familles des victimes de ce massacre. Selon cette Cour, les forces armées allemandes ont violé des normes impératives du droit international humanitaire. Comme tels, ces actes représentent un abus du pouvoir souverain, et donc ne peuvent être classés comme des actes *jure imperii*. Malgré des actions devant les tribunaux nationaux grecs et allemands ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), les ayants droit des victimes de ce massacre furent incapables d'obtenir réparation des pertes humaines et matérielles subies vu le refus du gouvernement grec de faire exécuter des décisions en leur faveur à l'encontre de l'Allemagne⁶⁶.

62 Voir, par exemple, *Giovanni Mantelli et al* Cour de cassation d'Italie ordonnance N° 14201, 29 mai 2008; (2009) 134 FO 1568; et *Liberato Maietta* Cour de cassation d'Italie ordonnance N° 14209, 29 mai 2008; (2008) 91 RDI 836.

63 *Repubblica Federale di Germania c Milde* Cour de cassation d'Italie N° 1072/2008, 21 octobre 2008; (2009) 92 RDI 618 [*Milde*] aux paras 3-4.

64 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 30.

65 *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne* Cour de cassation de Grèce N° 11/2000, 4 mai 2000; 129 ILR 513 [*Préfecture de Voiotia*].

66 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, aux paras 33-35. La Cour de cassation grecque rappelle que l'article 923 du code de procédure civile grec requière l'autorisation du ministre de la Justice avant que ne puisse être exécutée une décision rendue contre un Etat étranger. Le ministre de la Justice grec n'autorisa pas l'exécution du jugement et les décisions rendues contre l'Allemagne sont demeurées inexécutées en Grèce (au para 30). La Cour suprême fédérale allemande quant à

Devant ces échecs, les requérants grecs cherchent alors à rendre exécutoires les décisions dans l'affaire *Distomo* en Italie. Les tribunaux italiens rejettent l'opposition formée par l'Allemagne et déclarent le jugement grec dans l'affaire *Distomo* exécutoire en Italie⁶⁷, ce qui amène les requérants grecs à faire enregistrer auprès du cadastre de la province italienne de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, une propriété de l'Etat allemand située près du lac de Côme⁶⁸.

Le 23 décembre 2008, l'Allemagne dépose au Greffe de la CIJ une requête introductive d'instance contre l'Italie⁶⁹. Dans sa requête, l'Allemagne allègue que l'Italie a violé ses obligations juridiques internationales en ne respectant pas dans sa pratique judiciaire l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le droit international⁷⁰ : en permettant que des poursuites civiles soient intentées contre l'Allemagne devant les tribunaux italiens pour le paiement de dommages-intérêts suite à des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand; en prenant des mesures exécutoires contre une propriété de l'Etat allemand (la Villa Vigoni) située en Italie; et en acceptant que soient déclarées exécutoires en Italie des décisions judiciaires civiles grecques contre l'Allemagne pour des faits semblables à ceux ayant donné lieu aux actions devant les instances judiciaires italiennes.

B L'Arrêt de la Cour

La Cour va trancher successivement les trois chefs de conclusion de l'Allemagne.

1 Immunité de juridiction de l'Allemagne

Au départ, il importe de signaler qu'en l'espèce la CIJ se penche sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat, dans le cadre d'une procédure visant à établir son obligation de réparer des dommages, et non sur l'immunité de juridiction pénale d'un de ses représentants devant les tribunaux d'un autre Etat⁷¹. La Cour rappelle d'abord que la question qu'il lui incombe de trancher est de savoir si les juridictions italiennes étaient tenues d'accorder l'immunité à l'Etat allemand, et que les parties s'entendent

elle considère que les décisions de justice grecques ont été rendues en violation du droit de l'Allemagne à l'immunité et ne peuvent être reconnues dans l'ordre juridique allemand (au para 32).

67 *Repubblica Federale di Germania c Autogestione prefettizia di Voiotia* Cour de cassation d'Italie N° 11163/2011, 12 janvier 2011.

68 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 35. L'exécution de cette hypothèque judiciaire fut toutefois suspendue en attendant que la CIJ ne se prononce dans cette affaire.

69 Au para 1.

70 Au para 16.

71 Aux paras 87 et 91.

qu'entre elles la règle de l'immunité est régie par le droit international coutumier et non par des règles de «courtoisie»⁷². En effet, seule l'Allemagne est partie à la Convention européenne sur l'immunité des Etats. De plus, ni l'Allemagne ni l'Italie n'ont signé la Convention des Nations Unies, laquelle n'est de toute façon pas entrée en vigueur. En l'absence de dispositions conventionnelles applicables⁷³, la Cour doit déterminer l'existence d'une coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », conformément à l'article 38 (1) du Statut de la CIJ, conférant l'immunité à l'Etat et le cas échéant, sa portée⁷⁴.

La Cour entreprend ensuite un tour d'horizon de la pratique étatique sur l'immunité de l'Etat, incluant la jurisprudence des tribunaux internes, les lois adoptées par certains Etats et les déclarations faites par les Etats durant les délibérations de la Commission du droit international sur le sujet. Ce faisant, elle affirme que l'*opinio juris* dans ce contexte est reflétée entre autres « par l'affirmation, de la part des Etats qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres Etats, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier »⁷⁵ et par la reconnaissance de la part des Etats qui accordent l'immunité qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international. Il ne fait aucun doute qu'il existe en droit international « un droit à l'immunité de l'Etat étranger, dont découle pour les autres Etats l'obligation de le respecter et de lui donner effet »⁷⁶.

Se fondant sur les principes de droit international qui sous-tendent la règle de l'immunité, les principes de l'égalité souveraine et de la souveraineté territoriale, la Cour conclut que les exceptions à l'immunité constituent des dérogations au principe de l'égalité souveraine. Bien que l'Italie et l'Allemagne s'accordent à considérer que généralement la doctrine restrictive de l'immunité de l'Etat s'applique aux actes *jure gestionis*⁷⁷ tandis que les Etats jouissent de l'immunité dans le cas d'actes *jure imperii*⁷⁸, et que les actes en cause sont des actes *jure imperii* en dépit de leur caractère illicite⁷⁹, l'Allemagne soutient que l'immunité est applicable alors que l'Italie estime que des exceptions à la règle sont applicables à cause de la nature et

72 Au para 53.

73 Au para 54.

74 Statut de la Cour internationale de Justice 33 RTNU 993 (adopté le 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 octobre 1945), art 38 (1) (b) [Statut de la CIJ].

75 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 55.

76 Au para 56.

77 Au para 59.

78 Au para 61.

79 Au para 60. Comparer avec les paras 178-181 de l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade.

des circonstances entourant les actes en question. Il s'agit, par conséquent, pour la CIJ de vérifier la validité des arguments avancés par l'Italie.

(a) L'exception territoriale

La Cour observe d'abord que l'argument de l'Italie selon lequel un Etat ne peut prétendre à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel dans le territoire du for est d'abord apparu dans le cadre d'affaires ayant trait à des accidents de la circulation et à d'autres risques assurables et s'est restreint à des actes *jure gestionis*. Toutefois, tant la pratique des tribunaux internes que l'analyse des législations nationales prévoyant cette « responsabilité délictuelle territoriale » et des dispositions pertinentes de deux traités sur le sujet n'opèrent de distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Même si le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 12 de la Convention des Nations Unies ne distingue pas les deux types d'actes, la Cour fait observer que l'Allemagne, la Chine et les Etats-Unis ont affirmé qu'en autant qu'il devait s'appliquer aux actes de souveraineté, l'article 12 serait contraire aux principes du droit international en vigueur⁸⁰. En second lieu, la Cour fait remarquer qu'elle n'est pas, en l'espèce, tenue de trancher la question de savoir si une telle exception à l'immunité de l'Etat pour actes *jure imperii* existe en droit international coutumier. Interprétant la question de façon stricte, la Cour estime qu'elle doit uniquement se demander si l'exception territoriale s'applique à des actes commis par les forces armées d'un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for dans le cadre d'un conflit armé⁸¹.

La CIJ met d'abord en exergue le fait que ni l'article 11 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats ni l'article 12 de la Convention des Nations Unies ne s'appliquent aux situations liées à des conflits armés. Ainsi, l'article 11 doit être lu à la lumière de l'article 31 et du rapport explicatif de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, qui précisent qu'aucune disposition ne porte atteinte aux immunités et privilèges des forces armées d'un Etat contractant et que la Convention n'est pas destinée à régler les situations pouvant se présenter en cas de conflit armé⁸². Plusieurs faits démontrent que les activités militaires n'entrent pas dans le champ de l'article 12 de la Convention des Nations Unies : le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 12 ainsi que les déclarations par

80 Au para 64.

81 Au para 64.

82 Aux paras 67-68. L'article 31 de la Convention européenne, précité note 45, dit qu'aucune disposition de la « présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant ».

deux des États ayant ratifié la Convention et par le Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens à l'Assemblée générale des Nations Unies⁸³.

La CIJ en vient à la même conclusion au regard des législations nationales et des décisions des juridictions internes relativement à l'immunité de l'État en ce qui concerne les actes des forces armées : l'exception territoriale ne prive pas l'État de l'immunité que lui reconnaît le droit international en ce qui concerne les actes illicites commis par ses forces armées sur le territoire de l'État du for⁸⁴. De l'avis de la CIJ, la pratique étatique assortie de l'*opinio juris* attestée par la position des divers États et de la jurisprudence des tribunaux internes justifie la conclusion que l'exception territoriale ne s'applique pas aux actes commis par les forces armées dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque ces actes ont eu lieu sur le territoire de l'État du for⁸⁵.

En conséquence, La CIJ estime que la pratique des juridictions italiennes de ne pas accorder l'immunité à l'Allemagne pour les actes dommageables commis par ses forces armées et autres organes sur le territoire italien sur la base de l'exception territoriale est contraire au droit international coutumier en vigueur⁸⁶.

(b) L'objet et les circonstances des demandes devant les juridictions italiennes

Le second argument de l'Italie portait sur le refus d'accorder l'immunité en raison de la nature particulière des actes qui ont fait l'objet des réclamations devant les tribunaux italiens (violations graves du droit international humanitaire et de règles de *jus cogens*) et compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivaient (absence de toute autre voie de recours pour les requérants, particulièrement les internés militaires italiens déportés en Allemagne)⁸⁷. La CIJ a examiné séparément les divers volets de la thèse italienne ainsi que leur effet combiné.

83 *Immunités juridictionnelles de l'État*, précité note 1, aux paras 69-71. Voir Convention des Nations Unies, précité note 42, art 12.

84 *Immunités juridictionnelles de l'État*, précité note 1, aux paras 72-75.

85 Au para 77. D'ailleurs, le Tribunal supérieur grec avait contredit le raisonnement de la Cour de cassation dans l'affaire de la *Préfecture de Voïotia* (précité note 65) et accordé à l'État allemand l'immunité pour les actes perpétrés par ses forces armées au cours d'un conflit armé, même si ces actes avaient été accomplis sur le territoire grec : *Margellos c République fédérale d'Allemagne* Tribunal supérieur spécial N° 6/2002, 17 septembre 2002; 129 ILR 525.

86 *Immunités juridictionnelles de l'État*, précité note 1, au para 79.

87 Au para 80.

(i) La gravité des violations graves du droit international humanitaire

La CIJ reconnaît que les actes du Reich allemand à l'origine des demandes devant les tribunaux italiens représentent des violations graves du droit international humanitaire « constitutives de crimes en droit international »⁸⁸. Toutefois, seule la jurisprudence des juridictions italiennes et la décision de la Cour de cassation grecque dans l'affaire *Distomo* soutiennent l'idée d'une exception à l'immunité de l'Etat en vertu de la gravité des violations. La pratique étatique étayée par l'*opinio juris* démontre qu'un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la simple raison qu'il se voit accusé de violations graves du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme⁸⁹. Par exemple, la CIJ note que l'amendement au Foreign Sovereign Immunities Act (loi américaine sur l'immunité des Etats étrangers) adopté en 1996 afin d'exclure l'immunité pour certains actes déterminés accomplis par un Etat « désigné comme soutien du terrorisme »⁹⁰ n'a pas d'équivalent ailleurs et qu'il peut donc être considéré comme une anomalie⁹¹. La CIJ réfère également à l'absence d'une telle exception dans la Convention européenne sur l'immunité des Etats et dans la Convention des Nations Unies⁹². De même, un groupe de travail mis sur pied en 1999 par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a conclu que la question de l'impact des violations graves du droit international humanitaire sur l'immunité juridictionnelle de l'Etat « ne semblait pas assez mûre pour justifier que le Groupe de travail amorçe une œuvre de codification à son sujet »⁹³. La CIJ complète son analyse en relevant que la CEDH, à quelques

88 Au para 81.

89 Au para 85. En fait, la pratique des tribunaux internes semble en général rejeter l'idée que le droit à l'immunité puisse être fonction de la gravité de l'acte ou du caractère impératif de la règle. Dans un arrêt récent, la Cour suprême du Canada a statué que l'Iran ne pouvait être poursuivi devant les tribunaux canadiens pour la torture subie par une citoyenne canadienne à Téhéran sous le contrôle des autorités iraniennes : *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran* 2014 CSC 35. Voir aussi *Jones v Minister of Interior of Kingdom of Saudi Arabia* (2006) [2007] 1 AC 270 HL (Eng) [*Jones v Saudi Arabia*].

90 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 88 citant le Foreign Sovereign Immunities Act 28 USC §1605A (1976).

91 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 88.

92 Au para 89. La Cour se réfère entre autres à un rapport produit par un groupe de travail constitué par le Commission du droit international en 1999 pour examiner l'évolution de la pratique relative à l'immunité de l'Etat, lequel ne recommanda pas d'amendement au libellé des dispositions de la Commission sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens même s'il reconnaissait l'importance de certaines évolutions ayant trait aux réclamations résultant de violations de règles de *jus cogens* par un Etat.

93 Nations Unies Doc NU A/C.6/45/SR.25 (1999) à la p 2, tel que cité dans *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 64. Les tribunaux italiens ont peut-être voulu tester l'évolution du droit en la matière.

reprises, a rejeté l'argument selon lequel l'immunité juridictionnelle de l'Etat pourrait être exclue dans des affaires liées à des violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire⁹⁴. La CIJ réitère encore une fois que sa conclusion se limite à l'immunité de l'Etat lui-même devant les tribunaux d'un autre Etat, et qu'elle n'a pas à se prononcer dans cette affaire sur l'immunité dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat⁹⁵.

(ii) La relation entre le *jus cogens* et la règle de l'immunité de l'Etat

Le second volet de l'argument de l'Italie reposait sur l'hypothèse que les normes de *jus cogens* prévalent sur toute règle contraire de droit international, telle la règle de l'immunité de l'Etat. La CIJ estime que les règles régissant l'immunité des Etats sont de nature procédurale et « se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre [Etat]. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement » à l'encontre duquel les réclamations ont été engagées est licite ou illicite⁹⁶. La Cour avait déjà considéré plus tôt dans son jugement la nature procédurale de l'immunité de l'Etat⁹⁷. L'octroi de l'immunité ne doit pas être perçu comme une reconnaissance de la licéité de la violation d'une règle de *jus cogens*⁹⁸. Selon la CIJ, l'obligation de réparation existe indépendamment des « règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet »⁹⁹, et la pratique des traités de paix ou règlements *post bellum* n'a jamais été d'imposer une indemnisation complète pour chacune des victimes, mais au mieux de verser une somme forfaitaire à l'Etat des victimes¹⁰⁰. La CIJ soulignera plus loin que la question de savoir si l'Etat peut jouir de l'immunité devant les instances judiciaires d'un autre

94 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 90, où la CIJ cite les affaires *Al-Adsani c Royaume-Uni* (35763/97) [2001] XI CEDH 1 à la p 19 et *Kalogeropoulou et autres c Grèce et République fédérale d'Allemagne* (59021/00) [2002] X CEDH aux pp 9-10. La CEDH a depuis réitéré cette conclusion dans le cadre d'une affaire de torture : *Jones et autres c Royaume-Uni (Refus d'examiner l'action civile)* (34356/06) [2014] CEDH aux paras 213-215 (en ligne : CEDH <<http://hudoc.echr.coe.int/>>) [*Jones*].

95 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 91.

96 Au para 93.

97 Au para 58.

98 Au para 93.

99 Au para 94.

100 Au para 94. De surcroît, dans deux affaires, la Cour a estimé que la valeur de *jus cogens* reconnue à une règle ne lui conférerait pas une compétence qu'elle ne posséderait pas autrement : *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda) (Compétence de la cour et recevabilité de la requête)* [2006] CIJ rec 6 aux paras 64 et 125; et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, précité note 2, aux pp 24 et 33.

Etat est « entièrement distincte » de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet Etat est engagée¹⁰¹.

Pour étayer sa conclusion, la CIJ énumère une série de jugements rendus par les tribunaux du Royaume-Uni, du Canada, de la Pologne, de la Slovaquie, de la Nouvelle-Zélande et de la Grèce ainsi qu'une décision de la CEDH où une exception à l'immunité de l'Etat fondée sur le *jus cogens* a été écartée, et conclut, une fois de plus, que seule la pratique des juridictions italiennes soutient la position contraire¹⁰². Par ailleurs, aucune des lois nationales relatives à l'immunité des Etats mentionnées précédemment n'affecte l'immunité de l'Etat lorsqu'une norme de *jus cogens* est en cause¹⁰³. La CIJ en vient à conclure que l'application du droit international coutumier accorde l'immunité à l'Etat même si les actions intentées soulèvent des violations de normes de *jus cogens*¹⁰⁴.

(iii) L'absence de recours alternatif de certains groupes de victimes

Le dernier volet de l'argument présenté par l'Italie affirmait que le refus de reconnaître l'immunité à l'Allemagne était justifié « au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation » devant les juridictions italiennes et que de nombreuses victimes avaient été exclues de tout régime de réparation¹⁰⁵.

Même si elle trouve regrettable la décision de l'Allemagne d'exclure du champ d'application de son régime national de réparation la plupart des demandes des internés militaires italiens au motif que les prisonniers de guerre pouvaient être astreints au travail forcé alors même que le Reich allemand leur avait à l'époque refusé le statut de prisonniers de guerre et donc la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit¹⁰⁶, la CIJ ne voit point dans la pratique étatique le moindre élément « permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un

101 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 93. Voir aussi para 100.

102 Au para 96.

103 Au para 96.

104 Au para 97.

105 Au para 98. Il s'agit-là d'un argument qui n'a pas été fréquemment soulevé devant les tribunaux internes. Voir Lorna McGregor « Immunity », précité note 52, à la p 131.

106 Ceci est d'autant plus fâcheux que la reconnaissance de l'immunité de juridiction à l'Allemagne pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire : *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 104.

Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation »¹⁰⁷.

(iv) L'effet combiné des arguments invoqués par l'Italie

L'Italie a souligné à l'audience l'effet cumulatif des trois volets de son second argument. Ainsi, la gravité des violations, le caractère impératif des règles violées et l'absence de voies de recours alternatives, considérés conjointement, justifient la décision des instances judiciaires italiennes de dénier à l'Allemagne l'immunité de l'Etat¹⁰⁸.

Vu ses conclusions sur les trois volets de l'argument examinés séparément, la CIJ ne croit pas qu'en les considérant conjointement, elle pourrait en venir à justifier le comportement des tribunaux italiens de dénier à l'Allemagne son droit à l'immunité. Rien dans l'examen de la pratique des Etats ne remet en doute la position de la Cour, qui fait observer encore une fois que les questions d'immunité sont décidées « à titre liminaire, avant d'examiner le bien-fondé de la demande »¹⁰⁹.

2 *Les mesures de contrainte prises à l'égard de biens allemands en Italie*

Pour son deuxième chef de conclusions, l'Allemagne allègue devant la CIJ que la mesure de contrainte prise par l'Italie à l'égard d'un bien appartenant à l'Etat allemand viole l'immunité d'exécution qui lui est reconnue par le droit international.

Le 7 juin 2007, des requérants grecs avaient fait enregistrer auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni après que la Cour d'appel de Florence ait déclaré exécutoire en Italie un jugement rendu par une instance judiciaire grecque condamnant l'Allemagne à leur verser des indemnités. Bien que l'Italie ait suspendu l'hypothèque judiciaire pour tenir compte de la procédure pendante, la CIJ remarque qu'elle ne l'a pas annulée¹¹⁰.

La CIJ commence par rappeler que l'immunité d'exécution de l'Etat en ce qui concerne leurs biens situés à l'étranger va au-delà de l'immunité de juridiction dont il a été question jusqu'ici¹¹¹. Même dans l'hypothèse qu'un Etat puisse être condamné valablement par un tribunal national, cela ne saurait impliquer que cet Etat pourrait

107 Au para 101. Toutefois, la CIJ émet le souhait de voir les deux Etats ouvrir des négociations afin que les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens ainsi que toute autre réclamation non encore réglée puissent être résolues (au para 104).

108 Au para 105.

109 Au para 106.

110 Au para 111.

111 Au para 113.

faire l'objet de mesures de contrainte sur le territoire de l'Etat du for ou d'un Etat tiers¹¹².

L'Allemagne avait fondé sa demande sur le libellé de l'article 19 de la Convention des Nations Unies, qui interdit que l'on prenne « contre les biens d'un Etat ... [des] mesures de contrainte postérieure au jugement » excepté si l'Etat a « expressément consenti à l'application de telles mesures » ou « que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales ... »¹¹³. La CIJ conclut que la Villa Vigoni n'est utilisée que pour des activités « relevant des fonctions de souveraineté de l'Allemagne » et que les faits indiquent que l'Etat allemand « n'a d'aucune manière expressément consenti » à l'application d'une mesure d'exécution forcée telle que l'hypothèque judiciaire ni n'a réservée la Villa Vigoni à la satisfaction d'une demande en justice¹¹⁴. La CIJ, sans se prononcer sur la valeur coutumière de cette disposition, se contente de remarquer que la propriété en question n'est utilisée exclusivement que pour des fins culturelles, et que l'inscription d'une hypothèque judiciaire viole l'immunité d'exécution dont bénéficie l'Allemagne en droit international coutumier¹¹⁵.

3 Déclaration des décisions exécutoires grecques en Italie

Finalement, pour son troisième chef de conclusions, l'Allemagne soutient que les tribunaux italiens auraient violé son immunité de juridiction en déclarant exécutoires sur le territoire italien les condamnations civiles prononcées par les tribunaux grecs dans l'affaire *Distomo*¹¹⁶. La CIJ clarifie que ce troisième chef de conclusions a trait à l'immunité de juridiction, et non à l'immunité d'exécution¹¹⁷. La question pertinente ici n'est pas de déterminer le bien-fondé du jugement du tribunal grec mais bien de savoir si les ordonnances des tribunaux italiens accueillant la demande des requérants grecs que le jugement rendu par les instances judiciaires grecques à l'égard d'un Etat tiers, l'Allemagne, soit déclaré exécutoire (demande d'*exequatur*) sur le territoire de l'Italie respectent l'immunité de juridiction de l'Allemagne¹¹⁸. Selon la

112 Au para 113.

113 Convention des Nations Unies, précité note 42, art 19 (a) et (c).

114 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, aux paras 118-119.

115 Au para 120.

116 Aux paras 121-122.

117 Au para 124.

118 Aux paras 125-127. Sur la demande d'*exequatur* dans le cadre de l'affaire en l'espèce, voir Nerina Boschiero « Jurisdictional Immunities of the State and *Exequatur* of Foreign Judgments: a Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in *Germany v Italy* » dans Nerina

CIJ, un tribunal saisi d'une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger contre un Etat tiers est appelé à exercer lui-même sa juridiction à l'égard de ce dernier¹¹⁹. Même si son rôle n'est pas de réexaminer le fond de l'affaire qui a été jugée, le juge de l'Etat du for doit se demander si, « dans le cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'Etat défendeur »¹²⁰. Suivant son raisonnement sur le premier chef de conclusions présenté par l'Allemagne, la Cour statue que les décisions des juridictions italiennes déclarant exécutoires en Italie les décisions judiciaires grecques rendues contre l'Allemagne « ont méconnu l'immunité de cette dernière »¹²¹.

Sur le plan juridique, le jugement de la majorité de la CIJ se conforme au droit international coutumier existant en la matière, et il ne fait aucun doute qu'il résulte d'un examen approfondi de la pratique étatique assortie de l'*opinio juris* requise. La question est de savoir si l'approche de la majorité omet de considérer la question dans un contexte plus large, tenant compte des développements récents en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire, une critique évoquée par les juges dissidents, avec en tête le juge Cançado Trindade.

C Critique de la Méthodologie de la CIJ par les Juges Dissidents

Le juge dissident Cançado Trindade note qu'il semble y avoir un « abîme » entre sa position, incluant la méthodologie utilisée, l'approche choisie, le raisonnement suivi et les conclusions adoptées, et celle de la majorité¹²². La méthodologie est systématiquement positiviste, fondée sur les sources traditionnelles du droit international. Par exemple, le juge Koroma, dans son opinion individuelle, souligne que la CIJ n'a fait « qu'appliquer le droit tel qu'il existe aujourd'hui »¹²³. L'absence d'assertions modalisées par le recours aux verbes *pouvoir* et *devoir* dans le jugement

Boschiero et al (dir) *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (TMC Asser Press, La Haye, 2013) 781.

119 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, au para 128.

120 Au para 130.

121 Au para 131.

122 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 288.

123 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion individuelle du juge Koroma au para 7.

de la majorité reflète aussi une approche positiviste qui ne présente pas les exceptions soumises par l'Italie comme permises, voire souhaitables¹²⁴.

Cette approche positiviste a été la cible des critiques des juges dissidents. Le juge Yusuf a fait valoir que les incertitudes à l'égard de la question de l'immunité de l'Etat ne peuvent pas être résolues par un « examen de décisions judiciaires contradictoires rendues par des juridictions nationales — qui sont par ailleurs peu nombreuses »¹²⁵. Selon lui, le droit international coutumier n'est pas « qu'une question de chiffres »¹²⁶. Le juge *ad hoc* Gaja reconnaît que l'argumentation proposée par la majorité est « fort bien construite », mais son interprétation de la pratique étatique pertinente lui fait dire que le droit de l'immunité des Etats, et en particulier l'exception territoriale, est un domaine en développement¹²⁷. Le juge Cançado Trindade déplore notamment le fait que le jugement affiche les méthodes du positivisme juridique, « qui accorde une attention exagérée aux faits pour faire oublier les valeurs »¹²⁸.

Au-delà de la simple analyse de la pratique étatique, le juge Cançado Trindade a placé une plus grande importance sur le recours à « des questions de principe et ... des valeurs fondamentales »¹²⁹. Il a en fait adopté un raisonnement fondé sur le droit naturel et déterminé le litige par référence à des valeurs telles que les impératifs de la justice, la lutte contre l'impunité, le respect des droits inhérents à l'être humain, le droit d'accès à la justice ainsi que les garanties d'une procédure régulière et son exécution intégrale. Son évaluation progressiste et peu orthodoxe du bien-fondé de l'affaire contraste avec l'approche habituelle de la majorité¹³⁰. La position du juge Cançado Trindade n'est pas surprenante, surtout quand on considère qu'il a siégé comme président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, une institution

124 Il est intéressant de noter également que la CIJ a été critiquée dans le passé pour ne s'engager que très rarement dans une analyse approfondie de la pratique étatique, en particulier de celles des juridictions nationales : voir, par exemple, André Nollkaemper « The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice » (2006) 5 *Chinese J Int'l L* 301 à la p 304; et A Mark Weisburd « The International Court of Justice and the Concept of State Practice » (2009) 31 *U Penn J Int'l Law* 295 à la p 368.

125 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Yusuf au para 27.

126 Au para 24.

127 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge *ad hoc* Gaja au para 1.

128 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 293.

129 Au para 300.

130 Kimberley N Trapp et Alex Mills « Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of *Germany v Italy* » (2012) 1 *Cambridge J Int'l and Comp Law* 153 à la p 164.

dont la jurisprudence a été qualifiée d'originale, créative et même « juridiquement non-conformiste », incorporant dans le droit les principes d'humanité et de moralité¹³¹.

Pour en revenir au raisonnement du juge Cançado Trindade, celui-ci part du principe que les violations graves du droit international humanitaire représentent des violations de règles de *jus cogens*. Par conséquent, leur violation engage la responsabilité internationale de l'Etat et génère le droit de la victime à la réparation. Pour asseoir l'évolution en cours du droit international contemporain « sur des fondements humanistes »¹³², il est d'avis qu'il faut faire entrer le droit d'accès à la justice dans le domaine du *jus cogens*¹³³. Cette approche fondée sur le droit naturel favorise la « juridictionnalisation » de l'ordre juridique international et s'oppose à la « myopie du positivisme juridique »¹³⁴. À son avis, « le droit et l'éthique sont indissolublement liés, et il ne faut pas l'oublier pour réaliser fidèlement la justice aux niveaux national et international »¹³⁵. Cette préoccupation le conduit à affirmer que pour remplir sa fonction d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la CIJ doit, parfois, aller au-delà des sources formelles du droit international énumérées à l'article 38 de son Statut¹³⁶. La justice doit prévaloir sur la souveraineté et les immunités juridictionnelles ne devraient pas faire obstacle à la réalisation de la justice pour les crimes internationaux et les graves violations des droits de l'Homme et du droit international humanitaire.

La suggestion que la CIJ devrait aller au-delà du libellé de l'article 38 dans la résolution d'un litige nous semble épineuse. Tout d'abord, la CIJ a souligné à plusieurs reprises que sa fonction est de statuer sur les droits et les devoirs des parties selon le droit international existant¹³⁷. Il s'ensuit que toute décision de la Cour ne

131 Ludovic Hennebel « The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism » [2011] RQDI hors-série 57 aux pp 57, 76-87.

132 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 224.

133 Aux paras 129, 227 et 297.

134 Au para 150.

135 Au para 289. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Bennouna au para 9.

136 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 149.

137 Voir *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande)* [1974] CIJ rec 3 à la p 19 : « [I]a possibilité d'une modification du droit existe toujours mais cela ne saurait décharger la Cour de son obligation de statuer sur la base du droit tel qu'il existe au moment où elle rend sa décision ». Voir aussi *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)* [2005] CIJ rec 168 à la p 190 : « [I]a Cour a néanmoins pour mission de trancher, sur la base du droit international, le différend juridique précis qui lui est

peut tirer sa légitimité que d'un raisonnement s'inspirant des sources formelles du droit. En allant au-delà des sources formelles du droit international, la CIJ court le risque de procéder à une évaluation subjective des litiges. La fonction principale de la Cour n'étant pas de légiférer ou de « faire » le droit mais d'appliquer le droit pour régler des litiges, la méthodologie positiviste avancée par la Cour peut paraître à certains plus appropriée car l'examen des développements souhaitables du droit tombe en dehors du rôle de la CIJ comme organe judiciaire international existant dans un ordre juridique décentralisé qui accorde aux États souverains indépendance et égalité¹³⁸.

IV REFLEXIONS SUR L'EMERGENCE D'UNE EXCEPTION A L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT EN CAS DE VIOLATIONS DE NORMES DE JUS COGENS

Quoique la position de la majorité de la CIJ semble conforme au droit international coutumier en vigueur (*lex lata*), les avancées des dernières décennies en droit international des droits de l'Homme et en droit international humanitaire ainsi que les opinions des juges dissidents dans cette affaire nous forcent à considérer si des développements juridiques seraient souhaitables (*lex ferenda*). Nous allons ici au-delà du droit actuellement en vigueur pour nous demander si des considérations d'ordre politique ainsi que les développements récents dans l'ordre juridique international ne devraient pas nous mener à conclure que le droit international coutumier devrait contenir une exception limitée à l'immunité juridictionnelle de l'Etat pour les violations graves de normes de *jus cogens*, surtout dans les cas où il n'existe pas de voies de recours effectives.

A Arguments d'Ordre Politique

L'Etat allemand a avancé deux arguments d'ordre politique rejetant l'exception proposée. Tous deux sont motivés par la crainte que les jugements des tribunaux italiens puissent porter atteinte à la stabilité de l'ordre juridique international. Tout d'abord, tous les accords de paix passés à la suite d'un conflit armé risqueraient de devoir être renégociés si l'on permettait, après plusieurs années, des nouvelles demandes individuelles d'indemnisation, les Etats vaincus étant ainsi sommés encore une fois de répondre de leurs actes¹³⁹. De plus, des décisions judiciaires qui ne prennent pas en compte le contexte plus large dans lequel s'inscrivent les demandes

soumis. En interprétant et en appliquant le droit, elle gardera ce contexte présent à l'esprit, mais ne saurait aller au-delà ».

138 Brownlie, précité note 3, à la p 289.

139 *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c Italie)* « Mémoire déposé par la République fédérale d'Allemagne » (12 juin 2009) au para 112 (en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org>>).

soumises à la justice nuiraient « au climat de paix et de bon voisinage qui prévaut en Europe » depuis 1945¹⁴⁰.

Ces arguments nous semblent quelque peu exagérés. Premièrement, une levée de l'immunité ne confère pas automatiquement aux tribunaux internes une compétence dans toutes les causes¹⁴¹. Il faut encore pouvoir prouver un lien territorial entre la cause d'action et l'Etat du for¹⁴². En outre, la doctrine du *forum non conveniens* permet aux tribunaux de suspendre les procédures s'il était plus approprié que la cause soit entendue devant les instances judiciaires d'un autre Etat¹⁴³. Deuxièmement, la possibilité de régler les litiges devant les instances judiciaires nationales est au centre de la règle de l'exigence de l'épuisement des voies de recours, laquelle permet de filtrer un bon nombre des demandes individuelles de réparation qui pourraient se retrouver devant des instances internationales¹⁴⁴. Plusieurs demandeurs se verraient ainsi empêchés de porter leurs causes devant des tribunaux internationaux compétents¹⁴⁵. Troisièmement, dans l'Etat actuel du droit international coutumier, un Etat soumis à la juridiction des tribunaux d'un autre Etat resterait à l'abri des procédures d'exécution forcée. La CIJ a en effet confirmé qu'en l'absence de consentement, le bien de l'Etat sera protégé sauf si celui-ci est utilisé à des fins commerciales ou s'il est spécifiquement affecté à la satisfaction d'une cause¹⁴⁶. Il appert que l'immunité d'exécution demeure un bastion important pour empêcher la déstabilisation de l'ordre international¹⁴⁷.

140 Au para 113.

141 Amnesty International « Germany v Italy: The Right to Deny State Immunity When Victims Have No Other Recourse » (Londres (R-U), 2011) au para 24 [Amnesty International]; et Craig Forceese « De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007) 52 McGill LJ 127 à la p 156.

142 Donald Francis Donovan et Anthea Roberts « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction » (2006) 100 AJIL 142 à la p 155; et Amnesty International, précité note 141, au para 24.

143 Elihu Lauterpacht *Aspects of the Administration of International Justice* (Grotius Publications, Cambridge, 1991) à la p 56; Donovan et Roberts, précité note 142, à la p 155; et Amnesty International, précité note 141, au para 25.

144 McGregor « Immunity », précité note 52, à la p 131.

145 Amnesty International, précité note 141, au para 27.

146 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, aux paras 115-119.

147 Hafner et Lange, précité note 6, à la p 71; et Fox, précité note 4, à la p 56. Voir aussi Convention des Nations Unies, précité note 42, art 19.

B Développements dans l'Ordre Juridique International

Les deux exceptions à l'immunité des Etats proposées par l'Italie permettraient de protéger et de renforcer les droits d'accès à la justice et à un recours effectif¹⁴⁸. Elles permettraient également d'aider à lutter contre l'impunité pour les violations graves de normes de droit international¹⁴⁹.

Les exceptions proposées auraient pour effet d'aligner la règle de l'immunité de l'Etat avec les développements récents en droit international. L'ordre juridique international n'est de nos jours plus fondé sur la seule volonté des Etats. Le simple respect de la souveraineté de l'Etat n'est plus l'unique valeur fondamentale de l'ordre juridique international¹⁵⁰. L'individu y joue maintenant un rôle¹⁵¹. La reconnaissance croissante d'obligations *erga omnes* et de règles de *jus cogens* illustre cette volonté de ne plus permettre que la souveraineté puisse servir de bouclier évitant que ne soit engagée la responsabilité de l'Etat pour des crimes internationaux¹⁵². En 2006, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe avait affirmé :

Ces garanties à la fois classiques et fondamentales sont certes essentielles, mais ne suffisent pas pour éviter le risque de voir des Etats membres du Conseil de l'Europe impliqués dans des activités illégales telles que des détentions et transferts secrets. Il faut prendre des mesures également pour garantir que les pouvoirs publics soient effectivement à même de repérer toute activité de cette nature et d'y réagir d'une façon résolue¹⁵³.

148 McGregor « Immunity », précité note 52, aux pp 132-133. Sur le droit d'accès à la justice, voir, par exemple, Francesco Francioni « The Rights of Access to Justice under Customary International Law » dans Francesco Francioni (dir) *Access to Justice as a Human Right* (Oxford University Press, Oxford, 2007) 47.

149 Redress « Immunity v Accountability: Considering the Relationship between State Immunity and Accountability for Torture and other Serious International Crimes » (The Redress Trust, Londres (R-U), décembre 2005) à la p 4 [Redress]. L'importance pour les victimes d'avoir accès à la justice et de savoir que les violations des règles de droits de l'homme et du droit international humanitaire ne demeurent pas impunies ne devrait jamais être sous-estimée. Voir Alberto Costi « Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-conflict Situations » (2006) 22 NZULR 213 aux pp 215-218.

150 Andrea Bianchi « Immunity versus Human Rights: The *Pinochet* Case » (1999) 10 EJIL 237 à la p 272.

151 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion dissidente du juge Cançado Trindade aux paras 35, 36 et 40.

152 Lorna McGregor « Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty » (2007) 18 EJIL 903 à la p 911 à la p 916 [« Torture »]; et Redress, précité note 149, à la p 49.

153 Conseil de l'Europe, Secrétaire Général, *Rapport du Secrétaire Général, sur l'usage des pouvoirs que lui confère l'article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, à la lumière d'informations selon lesquelles des personnes, notamment certaines soupçonnées d'être impliquées dans des actes terroristes, pourraient avoir été appréhendées et mises en détention, ou transportées*

L'Assemblée générale des Nations Unies est même allée plus loin en demandant aux États de :

Mettre à disposition tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés pour que les victimes puissent exercer leurs droits à un recours en cas de violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou de violation grave du droit international humanitaire.

Par-delà l'accès individuel à la justice, les États devraient s'efforcer de mettre en place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient¹⁵⁴.

Ces exemples ne suffisent peut-être pas à soutenir l'émergence des exceptions à l'immunité des États. Après tout, la CEDH, dans la récente affaire *Jones*, tout en reconnaissant le caractère ignoble des actes de torture perpétrés par des représentants de l'État, n'en a pas moins conclu que la règle de l'immunité de l'État prévaut à l'encontre de tout recours civil par les victimes dans l'état actuel du droit international¹⁵⁵. Toutefois, la CEDH a laissé entendre qu'au vu des développements en cours, cette question appelle à « une surveillance permanente de la part des États contractants »¹⁵⁶. De même, le concept westphalien de la souveraineté s'érode « au fur et à mesure que l'on situe la personne humaine au centre du système juridique international »¹⁵⁷. Il s'ensuit que la portée et l'impact de l'immunité des États devraient être réévalués de façon constante pour tenir compte de cette évolution et de la définition moderne de la souveraineté, étant donné que l'immunité étatique découle de cette définition¹⁵⁸. Comme l'a souligné Maria Gavouneli, l'immunité est

alors qu'elles étaient privées de liberté, soit par des agences relevant d'autres États ou à leur instigation, avec la coopération active ou passive d'États parties à la Convention, soit par des États parties agissant eux-mêmes et de leur propre initiative, sans que de telles privations de liberté aient été reconnues SG/Inf (2006) au para 100 (en ligne : <<https://wcd.coe.int>>).

154 *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* Rés AG 60/147, Doc NU A/RES/60/147 (2005) aux paras 12 d) et 13.

155 *Jones*, précité note 94, au para 214.

156 Au para 215.

157 *Immunités juridictionnelles de l'État*, précité note 1, opinion individuelle du juge Bennouna au para 18.

158 McGregor « Torture », précité note 152, à la p 916; et Redress, précité note 149, aux pp 49-50.

un domaine classique du droit international qui doit s'adapter aux principes contemporains de l'Etat et à la primauté du droit¹⁵⁹.

L'immunité de l'Etat est une doctrine en lente mutation et de nouveaux développements sont possibles¹⁶⁰. Après tout, les tribunaux nationaux ont créé l'exception pour actes *jure gestionis* et ainsi adopté une doctrine restrictive de l'immunité de l'Etat, réévaluant les effets normatifs de la souveraineté étatique afin que soient prises en compte des considérations élémentaires d'égalité des parties dans les transactions commerciales. En principe, rien n'empêcherait une pareille réévaluation dans le but de protéger les victimes de violations graves de normes de *jus cogens* lorsque ces dernières n'ont pas d'autres recours effectifs.¹⁶¹ Il ne faut pas oublier, toutefois, que l'exception pour actes *jure gestionis* est née de la pratique des Etats et non de l'activisme d'un organe judiciaire international. De même, pour créer une exception à l'immunité pour les violations du *jus cogens*, le processus d'évolution devrait passer par la pratique étatique assortie de l'*opinio juris*.

Seul le temps nous dira si les juges à l'avenir s'aligneront avec la majorité des membres de la CIJ ou se rangeront du côté de l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade. Pour l'heure, nous pouvons certainement conclure que le jugement de la CIJ dans cette affaire a le potentiel de freiner l'évolution du droit de l'immunité de l'Etat.

À long terme, une exception à l'immunité de l'Etat lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens de recours pour les victimes de violations graves de normes de *jus cogens* serait souhaitable. Cependant, il est essentiel que pareille exception découle de la pratique étatique plutôt que de l'activisme de juges internationaux afin de lui donner une assise suffisamment convaincante dans son bien-fondé pour en assurer la permanence.

V CONCLUSION

L'immunité de l'Etat demeure un domaine contentieux du droit international. D'une part, ses origines anciennes rendent difficile son évolution. D'autre part, le

159 Maria Gavouneli *State Immunity & the Rule of Law* (Ant N Sakkoulas Publishers, Athènes, 2001) à la p 19.

160 Amnesty International, précité note 141, au para 9.

161 En ce sens, voir *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion individuelle du juge Bennouna au para 18 : « lorsque l'Etat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, ... il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for. Le droit des personnes concernées d'avoir accès à la justice de leur pays s'imposerait alors, faute pour l'Etat en cause de se soumettre aux principes fondamentaux du droit dont il se réclame lui-même par ailleurs ».

droit à l'immunité a sensiblement évolué au cours du dernier siècle¹⁶². Le juge Koroma, dans son opinion individuelle, a déclaré que « rien dans le présent arrêt ne s'oppose ... à la poursuite de l'évolution du droit de l'immunité des Etats »¹⁶³, même s'il partage l'avis de la majorité que le droit international reconnaît « l'immunité souveraine aux Etats en ce qui concerne les actes *jure imperii* commis par leurs forces armées pendant un conflit armé »¹⁶⁴. Toute détermination d'un litige sert d'outil au développement du droit international¹⁶⁵ et en vérité, l'idée même d'évaluer l'état actuel du droit en la matière va inévitablement influencer son avenir¹⁶⁶.

L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Etat est un exemple éloquent d'un principe quasi-immuable du droit international coutumier remis potentiellement en question par une pratique plus récente et encore très limitée, fondée sur le respect de règles de *jus cogens* et le droit des victimes à la réparation. Il s'agit d'une décision importante où la CIJ se vit donner pour la première fois le mandat de statuer sur l'immunité de l'Etat dans le cadre de procédures civiles. En empruntant une interprétation conservatrice et positiviste du droit international, la majorité a jugé que le droit international coutumier continue d'accorder à l'Etat l'immunité juridictionnelle devant les tribunaux nationaux étrangers même si ses forces armées ont commis de graves violations du droit international humanitaire.

L'arrêt est donc susceptible d'influencer les tribunaux nationaux et, par conséquent, de renforcer le *status quo*. Ainsi, il est à prévoir que le développement d'une exception à l'immunité de l'Etat dans les cas de violations de normes de *jus cogens* ne puisse se réaliser, au moins à court terme¹⁶⁷. A moins de changements jurisprudentiels tant à l'échelle nationale que mondiale, l'exception de *jus cogens* à l'immunité de l'Etat restera régie par le droit international coutumier. Pour l'heure, la décision de la CIJ est donc de la plus haute importance et clarifie le droit sur ce point.

162 Fox, précité note 4, à la p vii.

163 *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, précité note 1, opinion individuelle du juge Koroma au para 7.

164 Au para 7.

165 Alan Boyle et Christine Chinkin *The Making of International Law* (Oxford University Press, Oxford, 2007) à la p 270.

166 Markus Krajewski et Christopher Singer « Should Judges Be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights » (2012) 16 Max Planck YB UN Law 1 à la p 28.

167 McGregor « Immunity », précité note 52, à la p 126.