

**Le Principe de L'immunité de
Juridiction des Etats
et Les Violations Graves des
Droits de L'homme**

Par

Dr. Abdulsalam Alanzi
Professeur associé de droit international public
Faculté de droit – Université du Koweït

Le Principe de L'immunité de Jurisdiction des Etats et Les Violations Graves des Droits de L'homme

LISTE DES ABREVIATIONS

AFDI : Annuaire français de droit international

CDI : Commission du droit international

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CIJ : Cour internationale de justice

CPI : Cour pénale internationale

CPJI : Cour permanente de justice internationale

éd. : Éditions

FSIA: Foreign Sovereign Immunities Act

IDI : Institut de droit international

ILA : International law association

Op. cit. : Cité précédemment

RDC : République Démocratique du Congo

Rec. : Recueil

RGDIP : Revue générale de droit international public

SIA : State immunity act

TPIY: Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie

Vol. : Volume

Introduction

L'arrêt sur les immunités rendu par la Cour internationale de justice le 3 février 2013⁽¹⁾ a suscité une vague de commentaires virulents. Pour certains, la Cour aurait « manqué le coche » ou encore « refusé de sauter le pas ». Autant de qualificatifs traduisant la situation incertaine dans laquelle se trouve le privilège d'immunité juridictionnelle dont la validité est remise en cause lorsque les États se rendent coupables de violences graves des droits de l'homme.

Le principe de l'immunité de juridiction des États peut être considéré comme un privilège permettant à l'État de ne pas être jugé par les juridictions d'un autre État. Il doit être distingué de l'immunité d'exécution permettant à un État de s'opposer à ce que ses biens soient saisis par un État tiers suite à une décision de justice. Les règles attachées au principe d'immunité juridictionnelle des États peuvent être résumées par la maxime latine « *Par in parem non habet jurisdictionem* » qui signifie que nul État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État. Les États, par nature égaux en droits, ne peuvent se voir soumis de force aux juridictions

(1) Immunités juridictionnelles de l'État, Allemagne c. Italie, Arrêt, CIJ, 3 Février 2012, Rec. 2012.

de leurs pairs. Le principe d'immunité, lui-même, induit notamment le respect de l'égalité souveraine des Etats ainsi que de la courtoisie internationale. On considère alors que « l'absence de toute hiérarchie entre les Etats exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre État »⁽¹⁾. De ce fait, la règle de l'immunité de juridiction des Etats, en tant que norme réciproquement acceptée par l'ensemble de la communauté internationale, permet à un Etat de se soustraire à la juridiction nationale d'un autre Etat.

L'importance de cette recherche est soulignée par le fait qu'elle ne définit pas de critère pour le droit des États à l'immunité de toute responsabilité judiciaire. La règle internationale stipule que l'État ne peut être jugé devant des tribunaux nationaux internes, mais il existe des cas dans lesquels l'État peut être jugé. devant les tribunaux nationaux ou internationaux, lorsque le comportement de l'État est contraire aux droits de l'homme ou conduit à leur violation. Par conséquent, il est très important dans cette recherche de définir les limites de cette immunité d'une part, et d'autre part, de déterminer quelles sont les violations flagrantes des droits de

(1) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public*, 8ème édition, éd. LGDJ Lexisnso, Paris, 2009, p. 497.

l'homme avec lesquelles tombe le droit de l'État à l'immunité judiciaire, et tout cela est à travers notre analyse de certaines décisions judiciaires internationales et régionales, ainsi que par l'examen des accords internationaux.

Il conviendra d'examiner les concepts juridiques sur lesquels reposaient traditionnellement les immunités de juridiction des États. On constate que la notion de « souveraineté » semble être à l'origine même du principe d'immunité juridictionnelle. En effet, dans la vision classique du droit international public, la communauté internationale est organisée de manière horizontale : il s'agit « d'une communauté d'États souverains et indépendants, dans laquelle toute question de responsabilité internationale doit être envisagée exclusivement au niveau inter-étatique »⁽¹⁾. Cette réalité découle de la nature même des États, reconnu, notamment par la Charte des Nations Unies comme souverainement égaux⁽²⁾. La Cour internationale de justice souligne que le « principe d'égalité souveraine des États qui, ainsi que cela ressort clairement

(1) BIANCHI Andrea, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme ; la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, Vol. 1, 2004, p. 64.

(2) Article 2(1), Charte des Nations Unies, Organisation des Nations Unies, 1945.

du paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, est l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international »⁽¹⁾. Les États, souverains et égaux, ne peuvent se voir soumettre à une juridiction quelconque contre leur gré et ce, qu'elle soit nationale ou internationale. De ce fait, le régime des immunités est « traditionnellement fondé sur le principe d'égalité souveraine des États »⁽²⁾.

Cependant, c'est également de cette souveraineté que découle un pouvoir de juridiction lui aussi souverain, l'immunité apparaît alors comme une limitation, sinon une dérogation, à ce principe. L'immunité de juridiction constitue également « une exception au principe de la souveraineté territoriale [...], une exception d'autant mieux admise qu'elle est réciproque et reçue depuis fort longtemps par le droit international coutumier »⁽³⁾.

A priori, l'État n'a donc d'obligations qu'au regard de la souveraineté des autres États : Intégrité territoriale, respect des

(1) Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant), *op. cit.*, §57, p. 123.

(2) BIANCHI Andrea, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'Homme : la fonction de l'intégrité dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p. 64.

(3) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public*, *op.cit.*, p.497.

intérêts transnationaux etc... L'exercice de sa propre souveraineté ne doit pas être entravé par celui d'une autre entité étatique.

Néanmoins, afin de comprendre le débat que soulève actuellement les immunités, il convient de ne pas négliger la dimension « politique » que revêt la notion de souveraineté. La souveraineté permet à l'État une main mise exclusive, sinon absolue, sur un ensemble d'intérêts et de domaines fondamentaux qui sont à l'origine de l'existence même de l'État (notamment son territoire et sa population). Le tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie énonçait en 1995 que: « It would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice should the concept of state sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights »⁽¹⁾.

Si la souveraineté étatique est l'un des fondements de l'ordre juridique international, elle ne saurait donc être une justification à la violation d'autres normes du droit international ou à la violation des droits d'autres acteurs internationaux. Par ailleurs, grâce à sa souveraineté, l'État peut choisir d'élargir le champ de ses

(1) Proceculor V. Tadic, Decision on Jurisdiction (Appeal Chalbers), TPIY, 2 Octobre 1995.

obligations en se soumettant, par un acte de volonté, à de nouveaux engagements.

Actuellement, la règle de l'immunité de juridiction a une valeur coutumière. La Commission du droit international (CDI), en 1980, a constaté que la règle de l'immunité des États avait « été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des États »⁽¹⁾. La Cour internationale de justice (CIJ), quant à elle, a estimé que cette conclusion de la CDI, qui reposait sur une analyse exhaustive de la pratique des États, a « depuis lors été confirmée par un ensemble de lois nationales, de décisions judiciaires, d'affirmations d'un droit à l'immunité, ainsi que par les commentaires des États sur ce qui allait devenir la convention des Nations Unies [sur les immunités] »⁽²⁾.

Au sein du système juridique international, l'émergence de nouvelles pratiques étatiques, de nouvelles théories et instruments juridiques laisse présager une redéfinition de la règle de

(1) Annuaire de la Commission du droit international, 1980, Vol. 1, deuxième partie, p. 144, par. 26.

(2) Allemagne C. Italie, *op. cit.*, p.123, par. 56.

l'immunité, sinon un affaiblissement de celle-ci au contact de nouveaux impératifs.

Ces nouveaux impératifs concernent majoritairement la protection des individus, par leur État (ratification d'instruments de protection des droits de l'homme), par l'ensemble de la communauté internationale (à travers des normes impératives, par nature *erga omnes* et interrogeables). Ces dernières années, de nombreux instruments de protection internationaux des droits humains ont été créés, par exemple la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, etc... Des instruments régionaux plus contraignants ont également vu le jour, notamment la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

Ces développements sont concomitants au développement de l'importance de l'individu en droit international. Le Professeur Pellet, au sujet de l'ordre juridique international, évoquait « la guerre perdue de l'interétatisme pur »⁽¹⁾. Bien que les États soient à

(1) PELLET Alain, *L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale*, Académie du droit international de la Haye, éd. Martinus Nijhoff, 2007, p. 67.

l'origine du développement du droit international et qu'ils en constituent les sujets principaux, ils ne sont plus désormais les uniques sujets de l'ordre international. Le droit international ne régit plus seulement « les rapports entre les États indépendants »⁽¹⁾. La reconnaissance de la qualité de « sujet » de droits international est particulièrement intéressante puisqu'elle confère à son détenteur des droits et des obligations au regard du droit international. Les individus ont longtemps été considérés comme « de simples faits, des destinataires, des objets du droit international mais non comme des sujets de droit »⁽²⁾. Le Professeur Pellet souligne que les personnes privées auraient, à ce jour, obtenu une « personnalité juridique objective » puisque « certains au moins des droits appartenant aux individus s'imposent aux États même contre leur volonté, en vertu des règles du droit international maintenant bien établies »⁽³⁾. Les immunités de juridiction constitueraient donc une limite importante à cette personnalité juridique objective et ramèneraient les individus à leur statut « d'objet » du droit

(1) Affaire du « Lotus », Arrêt, CPJI, 7 septembre 1927, série A n°10 p. 18.

(2) PELLET Alain, *L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale*, Académie du droit international de la Haye, *op. cit.*, p. 83.

(3) *Ibid.*

international. Cette qualité est d'une importance majeure puisqu'il est considéré que la responsabilité internationale d'un État ne peut être engagée que dans le cas d'un dommage juridiquement causé à un sujet de droit international.

C'est donc par le biais de mécanismes juridictionnels spécifiques qu'un individu pourra agir en justice en cas de violation de ses droits au plan international. Par exemple, les ressortissants d'États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, une fois les voies de recours internes épuisées⁽¹⁾, peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme. L'État pourra alors être condamné sur la base du non respect de son engagement conventionnel international. Plus traditionnellement, un individu peut espérer voir reconnaître son préjudice dit « fiction juridique » qui permet de considérer la victime non plus comme une personne privée mais comme un sujet de droit international, donc victime au sens du droit international.

Afin d'appuyer cette observation, il est notamment intéressant d'étudier le rôle que les individus ont acquis au fil du temps au sein des juridictions pénales. Après la création du tribunal de Nuremberg afin de juger les anciens dignitaires Allemands et

(1) Article 35, Convention européenne des droits de l'homme, 1945.

celui de Tokyo afin de condamner les responsables Japonais pour leurs exactions en 1945, les années 90 ont été marquées par l'essor des tribunaux pénaux spéciaux (Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie⁽¹⁾, Tribunal pénal pour le Rwanda⁽²⁾. Tribunaux pénaux spéciaux pour le Liban⁽³⁾ ou le tribunal pour la Sierra Leone⁽⁴⁾).

Venant consacrer cette mouvance, le statut de Rome, a institué la Cour pénale internationale (CPI) le 17 Juillet 1998. Critiquée pour son manque d'efficacité, la CPI reste pleinement tributaire de la volonté des États souverains qui peuvent décider de ne pas se soumettre à sa compétence et de juger les responsables de crimes internationaux eux-mêmes, au risque d'aboutir à des jugements partiels ou inexistantes. Néanmoins, le statut de Rome établit des catégories et des gradations spécifiques concernant l'implication des responsables étatiques dans les crimes de guerre, conférant ainsi aux traitements des individus un corpus de règles

(1) Résolution 808 du Conseil de Sécurité des Nations Unies le 22 février 1993.

(2) Résolution 955 du Conseil de Sécurité des Nations Unies le 8 novembre 1994.

(3) Résolution 1664 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, en accord avec la République libanaise, le 29 mars 2006.

(4) Résolution 1315 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, en accord avec la République Sierra Léonaise, le 14 août 2000.

internationales claires en cas de violation de normes internationales, notamment en matière de réparation. Bien qu'on puisse remettre en question l'efficience de l'instrument lui-même, on ne peut nier qu'il accorde à l'individu une place nouvelle, réglementée, au sein de l'ordre juridique international. Autre indicateur du rôle croissant que l'individu est autorisé à jouer : il peut désormais saisir lui-même un organe juridictionnel. C'est notamment le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme qui permet, depuis l'entrée en vigueur du protocole 11, à un individu de saisir la Cour directement sans plus passer par une commission européenne des droits de l'homme jugeant de l'opportunité de sa requête.

Si, dans un premier temps, l'individu à travers son statut de dignitaire ou de responsable d'un régime politique d'un Etat a pu être traduit en justice, les juridictions internationales vont désormais plus loin. La cour pénale internationale est elle-même récente et reconnaît l'individu comme potentiellement responsable devant la communauté internationale. Mais il est important de souligner que l'individu peut également être reconnu en tant que victime mais aussi en tant que partie prenante de la procédure dans le cadre d'une juridiction internationale. C'est par exemple le cas dans le cadre des « Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens » : pour la première fois, les victimes peuvent se porter partie civile. Cette particularité a été conçue, non seulement

afin de garantir l'accès aux instances judiciaires mais aussi afin de permettre une réparation « rapide » du préjudice subit.

L'importance croissante de l'individu a donc pour corollaire la place, désormais majeure que les droits de l'homme occupent dans l'ordre juridique international. En devenant sujet de droit, l'individu a désormais la qualité nécessaire pour interagir avec les autres acteurs de la communauté internationale. Si d'importantes différences persistent entre les prérogatives individuelles et étatiques, le droit international semble, dans une certaine mesure, évoluer de manière à apporter de garanties et protections nouvelles aux individus.

Cette place accrue de l'individu et de ses droits dans l'ordre juridique international est cependant à relativiser car son rôle face aux juridictions internationales reste restreint. En effet, si les individus sont libres d'ester en justice en droit interne, le droit international demeure « fondé sur une juxtaposition de sujets souverains, exclusivement compétents pour saisir une instance internationale sur une base consensuelle »⁽¹⁾. Le seul recours de l'individu demeurent les instances internes, elles même soumises au

(1) PELLET Alain, *L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale*, Académie du droit international de la Haye, *op. cit.*, p. 384.

droit international public, notamment par le biais des immunités juridictionnelles lorsque les recours visent des instances étatiques étrangères.

La communauté internationale, à travers la pratique et les instruments juridiques nouveaux semble également reconnaître des règles de droit international, dites impératives, que l'ensemble de la communauté doit respecter. Ces principes, parfois dits « d'humanité », relèvent plus de la morale que du droit et sont considérées pour certaines d'entre elles comme des normes de « *jus cogens* ». Ces dernières peuvent être perçues comme les fondements sur lesquels repose l'ordre social de la communauté internationale. Ces règles ont une qualité *erga omnes*, elles s'appliquent et sont opposables à tous les acteurs du système international⁽¹⁾.

Ces développements récents posent question quant à leur cohabitation avec des normes internationales contraires. Il existe un conflit entre la norme d'immunité juridictionnelle découlant de la

(1) FRANCOIS Mélin, Les États étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion, Dalloz, Edition 14 septembre 2017, Civ. 2e, 12 juill. 2017, FS-P+B, n° 15-29.P.334.

souveraineté étatique et les normes impératives reconnues et imposées par la communauté internationale mais ce n'est pas le seul. Les immunités juridictionnelles des États contreviennent également aux droits de l'homme tels que conçus dans les instruments les plus protecteurs telle que la convention européenne des droits de l'homme : accès à la justice, droit à un procès équitable, droit à réparation etc.... Les détracteurs de l'immunité juridictionnelle des États en toutes circonstances apparaissent également comme les premiers défenseurs de la lutte contre l'impunité.

Les violations graves des droits de l'homme ne peuvent être considérées comme des relevant ni du *jure imperi* ni du *jure gestionis* ; elles sont de ce fait considérées par certains auteurs comme un *tertium genus*⁽¹⁾.

Les évolutions des immunités juridictionnelles, liées aux mutations de l'ordre juridique international, ainsi que le développement récent d'impératifs de respect des droits de l'homme ont fait apparaître des difficultés de conciliations.

Ces difficultés peuvent notamment être étudiées à travers le prisme de la jurisprudence actuelle. Notamment celle de l'arrêt

(1) *Ibid*, p. 73.

Allemagne c. Italie. En effet, cet arrêt traite de l'existence d'une norme nouvelle consacrant une exception d'immunités juridictionnelles en cas de violation grave des droits de l'homme. Si la décision de la Cour a eu un certain retentissement, il convient d'examiner les décisions rendues préalablement par les juridictions italiennes ainsi que l'arrêt grec sur lequel les Cours italiennes se sont elles-mêmes appuyées.

L'ensemble jurisprudentiel qui nous intéresse a débuté avec l'arrêt Ferrini⁽¹⁾, rendu par la Cour de cassation italienne le 11 mars 2004. La Cour y a écarté la règle de l'immunité juridictionnelle au nom du *jus cogens*. Cette décision a été suivie d'un jugement, de 13

(1) Dans l'affaire Ferrini, étaient en cause des actes de déportation, de soumission aux travaux forcés et de massacres commis par l'Allemagne nazie à l'encontre de la population italienne durant la seconde guerre mondiale. Pendant l'occupation allemande de l'Italie, M. Ferrini, ressortissant italien, avait été déporté et détenu dans des camps de travaux forcés allemands. Le requérant a donc introduit une demande en réparation à l'encontre de l'État allemand devant le tribunal de première instance d'Azzero. Ce dernier, invoquant son défaut de compétence, a rejeté. Décision confirmée par la Cour d'appel de Florence. Le requérant a alors saisi la Cour de cassation italienne : celle-ci a cassé, le 11 mars 2004, la décision de la Cour d'appel dans un arrêt écartant la norme coutumière de l'immunité jusqu'ici accordée à l'Allemagne. L'État allemand, en tant que défendeur, a fait valoir en vain son immunité de juridiction devant la Cour Italienne.

ordonnances rendues le 29 mai 2008⁽¹⁾ puis d'un nouveau jugement de la Cour de cassation le 21 octobre 2008⁽²⁾. Dans ces différentes décisions et ordonnances « malgré la diversité des lignes de motivation retenues, ces décisions confirment toutes le tournant que constitue Ferrini en faisant prévaloir sur l'immunité de l'État des normes supérieures relevant du *jus cogens* »⁽³⁾. Par ailleurs, cette approche a été confirmée dans d'autres décisions où, cette fois, la question avait un caractère subsidiaire⁽⁴⁾.

Dans l'arrêt du 29 mai 2008, la Cour suprême italienne a non seulement refusé d'accorder à l'Allemagne l'immunité de

(1) Les ordonnances rendues le 29 mai 2008 concernant des cas similaires : des victimes ou leurs héritiers souhaitaient obtenir réparation pour des actes de déportation et de travaux forcés commis par l'Allemagne. Suite à l'introduction de ces requêtes, l'État allemand avait demandé à la Cour de cassation de rendre une décision préliminaire afin de se prononcer sur la compétence des juridictions de première instance. Ces ordonnances, pour la plupart rejettent l'incompétence des Cours italiennes, notamment en se basant sur le raisonnement développé dans l'arrêt ferrini.

(2) Milde, Corte Suprema di cassazione, sez I penale, 21 Octobre 2008, n°1072.

(3) EL BOUDOUHI Saïda, « La motivation de la jurisprudence récente de la Corte Suprema Di Cassazione italienne sur les immunités juridictionnelles de l'État », *RGDIP*, Vol. 4, 2010, p. 748.

(4) Barri c. République argentine, Suprema Corte di Cassazione, le 27 mai 2005, n°6532.

juridiction mais également l'immunité d'exécution.⁽¹⁾ L'État italien a saisi un centre culturel allemand, la Villa Vigoni, dans le cadre de compensations octroyées par la justice italienne. Cet arrêt se fonde sur une décision rendue par l'Aerios Pagos (Cour suprême grecque) dans l'affaire Préfecture de Vojotia⁽²⁾. Dans le cadre du massacre perpétré par les troupes allemandes à Distomo en Grèce durant la seconde guerre mondiale, la Cour suprême avait condamné l'Etat allemand, rejetant ainsi son immunité juridictionnelle mais respectant son immunité d'exécution. Cependant, une juridiction supérieure, la Haute Cour spécial grecque, avait finalement accordé une immunité absolue à l'Allemagne lors d'une décision du 17 septembre 2002⁽³⁾.

Enfin, il convient de citer l'arrêt Milde, du nom de Joseph Milde ancien membre de l'armée allemande jugé pour le massacre de Civitella commis en 1944. La Cour de cassation italienne a engagé une action en responsabilité solidaire entre l'individu et son Etat. En effet, si Joseph Milde était poursuivi dans le cadre de se

(1) Reppublica federale du Germania c. Amministrazione regionale della Vojotia, Suprema Corte di Cassazione, 29 mai 2008, n°14199.

(2) Préfecture de Vojotia c. République fédérale d'Allemagne, Aerios Pagos, 4 mai 2000, affaire n°11/2000.

(3) République fédérale d'Allemagne C. Miltiadis Margellos, Haute Cour spéciale grecque, 17 Septembre 2002.

responsabilité pénale, la Cour a également engagé une action en responsabilité à l'encontre de l'État allemand. La Cour s'est jugée compétente pour poursuivre un État étranger mais également pour le condamner à payer des dommages et intérêts.

C'est donc dans le cadre de ces condamnations répétées que l'Allemagne a déposé une requête devant la CIJ pour violation de son immunité juridictionnelle étatique en tant que norme du droit international. S'il paraît indispensable d'étudier la décision rendue par la CIJ en 2012⁽¹⁾, il paraîtra intéressant d'appréhender de manière globale ces décisions de la Cour suprême afin de bien saisir la vision du juge italien en matière d'immunités. Celle-ci reflète une tendance du droit international en faveur d'une nouvelle exception à l'immunité de juridiction. Il existe actuellement un conflit entre deux pans du droit international public et celui-ci interroge l'avenir d'une telle opposition. Si l'on admet que la fragmentation du droit international, quand elle ne l'enrichit pas, gangrène sa cohérence et de ce fait sa pérennité, la question des immunités juridictionnelles des États en cas de violation grave des droits de l'homme doit être tranchée.

(1) Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant), *op. cit.*, p. 124.

Afin de déterminer en quoi ces interactions normatives sont conflictuelles, il conviendra de se pencher sur de nombreuses notions du droit international telles que la responsabilité internationale pour fait illicite, le droit à réparation, la pratique étatique en matière d'immunités ou encore le positionnement des juridictions internationales. La problématique de la conciliation entre immunités et violations graves des droits de l'homme est persistante et nombreux sont les consommateurs qui, à la suite de la décision rendue en 2012 par la CIJ, pensent que la Cour, loin d'avoir réglé la situation, n'a que momentanément reporté sa prise de position. Il conviendra, afin de saisir la situation, d'étudier le contexte juridique actuel se rapportant aussi bien aux immunités qu'au respect des normes impératives. Ce n'est qu'à travers ce prisme qu'il sera possible d'entrevoir quels développements futurs la règle de l'immunité juridictionnelle risque de se voir imposer⁽¹⁾.

Au regard des développements contemporains du droit international public, une nouvelle exception à l'immunité de juridiction des États est-elle susceptible d'émerger ?

(1)Nikiforos Diamandouros, "The State, the Law, and the Judiciary: The Greek Experience", Cambridge University Press in 2018.pp.98.

Il conviendra d'examiner si, au regard du droit international contemporain, il se dessine une tendance à l'affaiblissement des immunités juridictionnelles en cas de violations graves des droits de l'homme (Partie I) puis, de relativiser la réalité de cette évolution au travers des récents positionnements de juridictions internationales (Partie II).

Partie I : Les violations graves des droits de l'homme : vers une nouvelle exception aux immunités juridictionnelles des États ?

Chapitre 1 : Le développement d'impératifs « humains » au sein de l'ordre juridique international

Nous examinerons d'abord le développement du droit à réparation à travers la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite (Section 1), puis nous étudierons l'importance de l'accès à la justice en droit international (Section 2).

Section 1 : La reconnaissance de l'importance du droit à réparation à travers la notion de responsabilité étatique

Si le conflit entre droit des immunités et droit de l'homme peut être observé sous bien des angles, l'un des plus pertinent pourrait être celui du « droit à réparation ». Or, si le droit

international a consacré le droit à réparation pour les États, ce droit ne peut, à priori, pas s'exercer à titre individuel. Le régime de responsabilité pour fait internationalement illicite, codifié au sein des travaux de la Commission du droit international (CDI) en 2001 ne comprend pas la question du droit à réparation au bénéfice d'individus ayant subi un préjudice du fait de la violation d'une règle de droit international.

Il conviendra de se pencher sur les mécanismes d'engagement de la responsabilité étatique tant dans une perspective générale qu'au regard des immunités (§1) et ce, afin d'observer dans quelles circonstances le régime de responsabilité actuel est favorable à l'octroi d'une réparation en cas de violation d'une norme impérative du droit international public (§2).

§1 : Le développement d'un impératif d'équité entre les différents acteurs internationaux : la reconnaissance de la responsabilité étatique

L'article premier du statut de la CDI énonce que « la Commission du droit international a pour but de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification ». Le statut précise que la formule de « développement du droit international » désigne « les cas où il s'agit de rédiger des

conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États »⁽¹⁾. Le terme de « codification », quant à lui, couvre « les cas où il s'agit de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales »⁽²⁾. Par sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté les travaux de la CDI sur la responsabilité pour fait illicite.

Si la question de l'engagement de responsabilité étatique ne concerne pas toujours directement ce qu'on qualifierait « d'impératifs humains », ses conséquences ont un impact certain sur l'État de droit au sein de l'ordre juridique international. Nous observerons d'abord dans quelle mesure la responsabilité étatique peut être engagée en cas d'actes illicite (A), puis, dans la perspective des violations graves des droits de l'homme, nous tenterons de déterminer s'il existe des degrés dans l'illicéité

(1) Article 15, Statut de la CDI <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/Français/statut/statute_f.pdf> dernière visite septembre 2022.

(2) *Ibid.*

susceptibles d'avoir un impact sur le régime de la responsabilité (B).

A : La responsabilité étatique reconnue en cas d'actes illicites

1 : Le régime général de la responsabilité internationale pour fait illicite

Les articles sur la responsabilité internationale des États pour faits illicites de la CDI datent de 2001 et ont vocation à « énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »⁽¹⁾. La CDI précise qu'elle est volontairement et essentiellement attachée « aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent »⁽²⁾. Roberto Ago, rapporteur spécial de la CDI jusqu'en 1978, énonçât que « définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les

(1) Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires, CDI, 2001, p. 61.

(2) *Ibid.*

suites de cette violation en est une autre »⁽¹⁾. Les travaux de la CDI ne codifient donc pas le contenu des obligations internationales, considéré comme relevant du droit primaire, mais définissent les conséquences de la violation d'une obligation sur l'engagement de la responsabilité d'un État.

Avant tout, il est utile de souligner que, si la responsabilité d'un État peut être engagée dans le cas de faits illicites, il n'existe pas de régime établi en matière de responsabilité des États pour fait objectif. D'autre part, il pèse sur les États non pas une obligation de résultat mais bien de comportement, cela impliquant certaines mesures positives de prévention⁽²⁾. Le comportement à l'origine de la violation de la norme peut donc être une abstention ou un défaut de prévention.

On parlera plus volontiers de « préjudice » que de « dommage », bien que ce dernier soit courant, la CIJ a précisé qu'il n'était pas un des éléments constitutifs de l'engagement de la responsabilité d'un État⁽³⁾. C'est la commission même d'un acte

(1) Annuaire de la Commission du droit international, 1970, vol. II, par. 66, p.327.

(2) Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Arrêt, CIJ, 26 Février 2007, pars. 429-430.

(3) *Ibid.*

illicite qui lèse les membres de la communauté internationale concernés par la violation d'un élément d'engagement qui peut être bilatéral, mutuel, commun etc.... Dans un État de droit, tout préjudice subi a pour corollaire la naissance d'un droit à réparation de la partie lésée.

2 : L'existence d'une obligation de réparation

A travers ses travaux de 2001, la CDI a donc développé un instrument permettant de lutter contre l'impunité, au sens de l'absence de responsabilité vis-à-vis du préjudice infligé. Si ce raisonnement est communément admis aux regards des États entre eux, il s'agira de déterminer ce qu'il en est vis-à-vis des individus. Le préjudice ou le dommage d'un individu n'engage-t-il pas la responsabilité internationale d'un État si le préjudice résulte d'un acte internationalement illicite ?

L'article premier des travaux de la CDI énonce que « tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité »⁽¹⁾. Cet article semble à la fois codifier une règle déjà établie par la jurisprudence internationale se traduisant par le devoir de réparer tout en innovant en désignant explicitement cette obligation par les

(1) Article 1er, Projet d'article sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, CDI, 2001.

termes de « responsabilité ». En effet, conformément aux dispositions de l'article 38 (1(c)) du statut de la CPIJ avait conféré le statut de « principe général du droit » à l'obligation de réparation. Elle énonçait en 1927 dans l'arrêt Usine de Chorzow que « toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer le préjudice subis »⁽¹⁾. En 1990, cet engagement était désigné sous le terme de « responsabilité » par la Cour qui estimait que « toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet État et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer »⁽²⁾.

3 : La problématique de l'attribution appliquée au régime des immunités

L'article 2 des articles de la CDI sur la responsabilité étatique énonce que : « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État ».

(1) CPJI, Usine de Chorzow, 1927, série A, n°9, p. 21 et 1928, série A. n°17, p. 29.

(2) Rainbow Warrio (Nouvelle-Zélande France), CIJ, 30 avril 1990, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), par. 75, p. 251.

Pour être attribuable à l'État, il doit nécessairement exister un lien de cause à effet entre le fait générateur de la responsabilité et le préjudice subi⁽¹⁾. En vertu du droit positif, l'attribution d'un acte à l'État est très largement admise dès lors que le comportement dénoncé émane de personnes ou d'organes sous son autorité effective⁽²⁾. Par ce biais « le droit international confirme que les habitations juridiques internes ne sont que des faits pour les autres sujets de droit international »⁽³⁾.

L'article 4 des articles de la CDI relatifs à la responsabilité internationale, quant à lui énonce qu'un organe de l'État « comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ». Pour certains auteurs, ce pas de côtés représenterait une volonté de satisfaire à la fois à l'exigence du respect de l'autonomie d'organisation interne qui appartient à tout État et celle du « souci de ne pas permettre à un État d'échapper à

(1) CPJI, *Wimbeldon*, 1923, série A. n°1, p. 47 ; *Usine de Chorzow*, 1928, série A. n°17, p. 56-57.

(2) *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), CIJ, 27 juin 1986, Rec. 1986, par. 100.

(3) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public*, *op. cit.*, p. 862.

sa responsabilité en s'abritant derrière la responsabilité juridique distincte qu'il peut reconnaître à ses démembrements »⁽¹⁾.

C'est cette appartenance de l'organe, résultant d'une création de droit interne ou étant assimilable de fait à l'État, qui forme la distinction entre les organes *de jure et de facto*. Dans le cas des organes dis *de facto*, leur qualité peut être complexe à déterminer. Pourtant la reconnaissance du caractère *de facto* d'un organe a un impact important sur la responsabilité, particulièrement lors de conflits armés, lorsque l'attribution de la responsabilité aux auteurs de violation des droits de l'homme est en jeu. Une fois la qualité d'organe attribuée, il est considéré que « le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État »⁽²⁾ puisque le premier agit au nom du second.

Dans un contexte où la majorité des conflits sont non internationaux, il est parfois difficile de déterminer ce qui relève de l'État lui-même. Les groupements armés recevant parfois une assistance de la part d'un pays tiers tout en mettant des opérations

(1) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public, op. cit.*, p. 863.

(2) Immunité d'un rapporteur spécial de la commission des droits de l'homme, Avis consultatif, CIJ, 1999, Rec. par. 62, p. 87 ; Activités armées sur le territoire du Congo RDC c. Ouganda, CIJ, 2005, Rec. par. 313, p. 242.

sur leur propre territoire, ce qui relève de la dénomination « d'organe » est parfois difficile à établir. La jurisprudence internationale s'est penchée sur cette épineuse question, elle-même reprise par les travaux de la CDI en matière de responsabilité internationale. Les articles 4, 5, 6, et 8 du projet d'article de 2001 de la CDI énoncent quelles sont les personnes, entités ou organes susceptibles d'engager la responsabilité de l'État. La CIJ a cherché à déterminer quel était le « lien » suffisant entre l'organe supposé et l'État. En 1989, dans l'arrêt Nicaragua contre Etats-Unis, la CIJ a établi que l'État, pour être considéré comme responsable de ses organes, devait au moment des faits exercer un contrôle effectif⁽¹⁾.

L'article 8 des travaux de la CDI reprend ces critères de comportement ou d'actes exécutés sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'un État. Notons qu'afin d'engager la responsabilité de l'État plus facilement et de réduire l'impunité, le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie avait tenté d'étendre la responsabilité étatique aux organes sous « contrôle global »⁽²⁾. La CIJ a depuis néanmoins réaffirmé la pertinence du test du contrôle

(1) Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *op. cit.*, par. 115.

(2) Prosecutor v. Tadic, Chambre d'Appel, Arrêt, TPIY, 15 Juillet 1999, par. 137, p. 138.

effectif tout en se référant à l'article 8 des articles sur la responsabilité de la CDI.

Si ces critères sont solidement établis, on peut tout de même questionner leur pertinence ainsi que leur applicabilité en matière d'immunités juridictionnelles. La définition même de « l'État », au sein de la Convention onusienne de 2004 relative aux immunités de juridictions et à leur régime, pose question du point de vu de la responsabilité internationale. En effet, l'article 2 (1, b) de la Convention donne une définition plus complexe de l'État que les articles sur la responsabilité de la CDI. Cette définition a une incidence sur l'attribution du comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique à un État. Cette différence de définition s'explique par le fait que pour les besoins de l'immunité il est nécessaire de prendre en compte le fait que « différents sujets de droit national composent l'État sur le plan du droit international, alors que le régime de la responsabilité internationale vise l'État uniquement comme personnalité juridique sur ce plan international »⁽¹⁾. Il était donc nécessaire de prévoir toutes les configurations dans lesquelles une subdivision de l'État

(1) HAFNER Gehrard & LANGE Leonor, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et leurs biens », Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004, p.54.

pouvait apparaître comme une entité juridique distincte dans l'ordre juridique interne. Les bénéficiaires de l'immunité en cas d'engagement de la responsabilité internationale ont de ce fait été envisagée de manière extensive par la Commission à travers les termes de la Convention.

B : Les différents degrés d'illicéité et leurs impacts sur la responsabilité

Un acte dit « illicite » désigne une « violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit »⁽¹⁾. Néanmoins, toutes les normes ne possèdent pas la même « valeur » au regard de la Communauté internationale. Il convient donc de se questionner sur la définition de la « qualité » de la norme violée ; cette qualité est-elle susceptible d'avoir un impact sur le régime de responsabilité et de la réparation octroyée ? Les termes « valeur » et « qualité », employés ici de manière indifférenciée, ne désignent pas la place qu'une règle occupe dans ce que certains appellent « la hiérarchie des normes » et encore moins la source de la règle invoquée : ces termes font référence aux effets plus ou moins contraignants attachés à la violation d'une règle en fonction de sa

(1) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, Arrêt, CIJ Recueil 1970, par 86, p. 46.

nature. En effet, un accord bilatéral, une Convention internationale, les normes *erga omnes* ou encore celles relevant du *jus cogens* ne font pas peser de contraintes identiques vis-à-vis de l'ensemble de la Communauté internationale.

1 : Qualité de la norme et qualification juridique

La qualité de la norme peut être définie pas sa désignation, par exemple, lorsque la Cour reconnaît la qualité *erga omnes* d'une norme, cela entraîne des conséquences sur les « effets » que celle-ci produira juridiquement. Il s'agit donc, dans la perspective des violations graves des droits de l'homme et des normes impératives, de déterminer si l'illicéité constitue une notion unique ou est, au contraire, susceptible de degrés.

Concernant la qualification des actes illicites, on remarque que si le projet d'articles de la CDI avait initialement créé une distinction entre « délit » et « crime » international, cette version de 1996 donnait une liste non exhaustive de ce que constituaient des « crimes internationaux » reconnus comme tels par l'ensemble de la Communauté internationale. La version de 2001 se contente d'énoncer à l'article 40 de la seconde partie, consacrée au contenu de la responsabilité internationale de l'État, qu'il existe un régime de responsabilité applicable aux « violations graves d'obligations

découlant de normes impératives du droit international général »⁽¹⁾. Néanmoins, le second alinéa de l'article 40 spécifie que ce qui confère le caractère « grave » à la violation est un « manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation »⁽²⁾. Dans le texte, la gravité ne semble donc pas découler explicitement de la qualité « impérative » de la norme mais bien de la nature du manquement : nécessairement flagrante ou grave. Aucune hiérarchie dans l'illicéité liée à la qualité de la norme violée ne transparait plus.

La CDI semble avoir abandonné une première forme de gradation en refusant de différencier les actes pouvant être qualifiés de crimes et ceux pouvant l'être de délits.

2 : Qualité de la norme violée et statut « d'État lésé »

La CDI a finalement opté pour une vision plus restrictive de la définition de « l'État lésé », influençant ainsi le régime de responsabilité pour « violations graves » du droit international. L'auteur se réfère dans un premier temps à l'article 40 du projet de 1996 adopté en 1985 sur la base du cinquième rapport du

(1) Article 40(1), Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, CDI, 2001.

(2) *Ibid.*

professeur Riphagen : le paragraphe 3 de l'article 3 dispose que « l'expression « État lésé » désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international [...], tous les autres Etats ». L'intérêt d'établir une quelconque gradation de l'illicéité résiderait donc dans ses implications au regard de l'engagement de la responsabilité vis-à-vis d'un plus ou moins grand nombre d'États. La possibilité, ainsi étendue à tout État lésé, d'invoquer la responsabilité « impliquait que n'importe quel État subit un préjudice du fait de n'importe quelle violation d'un droit qui lui est reconnu par le droit international et, notamment, qu'en cas de crime, tout État peut exiger une réparation »⁽¹⁾.

Cette approche, en créant un intérêt juridique à agir pour un grand nombre d'États en raison de la nature de l'acte illicite fait référence aux règles dites « *erga omnes* ». La qualité *erga omnes* est attribuée à un certain nombre de règles générales (par exemple relatives aux voies de communications internationales, au régime juridique de l'Antarctique ou de la lune et des corps célestes). Celle-ci sont à la fois opposables à tous et invocables par tous. Cette qualité est attribuée à des règles revêtant une importance

(1) PELLET Alain, « Les articles sur la responsabilité internationale pour fait illicite. Suite et fin ? » Annuaire français de droit international, éd., CNRS, Vol, 48, Paris, 2002, p. 9.

majeure pour l'ensemble de la Communauté internationale. De ce fait, leur violation est réputée porter préjudice à tous. La CIJ énonçait à ce sujet que « vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »⁽¹⁾. Cette importante peut être pratique ou morale. Elle intéresse tout particulièrement le cas des violations graves des droits de l'homme puisque les règles de *jus cogens* possèdent cette qualité *erga omnes*. Ces normes particulières expriment le fait que, en droit international, la violation d'une règle peut entraîner la responsabilité d'un État vis-à-vis de l'ensemble de la communauté (c'est ce que souligne l'article 48 du projet). Et ce, que l'État ait consenti ou non à cette règle de manière conventionnelle, explicite ou implicite etc...

La version du projet 1996 a pourtant été abandonnée. Sans doute trop lourde de conséquences pour l'engagement de la responsabilité étatique, cette approche ne tenait pas compte du fait « qu'en cas de crime les États étaient « différemment lésés » : le génocide commis en Bosnie-Herzégovine ne « lèse » sûrement pas la France ou le Népal de la manière que la Bosnie-Herzégovine

(1) Barcelona Traction Lights and Power Cy, CIJ, 1970, Rec., par 33 p.22.

elle-même »⁽¹⁾. Dans sa version finale, la CDI ne distingue donc pas les violations d'une norme de *jus cogens* (qui ont « remplacé » les violations de normes constitutives d'un crime international) des autres violations de normes dues à un groupe d'Etats »⁽²⁾.

3 : Une gradation sinon inexistante ineffective

Cependant la réelle problématique se situe au niveau des conséquences concrètes qu'impliquerait la reconnaissance d'une forme de gradation dans l'illicéité. Elles sont actuellement limitées mais posent les jalons d'une forme de « responsabilité aggravée »⁽³⁾ en cas de violations du droit pouvant être associées à des crimes internationaux. Si certaines conséquences sont identiques aux autres formes de violations (obligation de cesser le comportement illicite, réparer les conséquences et donner si nécessaires des garanties de non répétition⁽⁴⁾), la CDI a mis en place des dispositifs

(1) PELLET Alain, « Les articles sur la responsabilité internationale pour fait illicite. Suite et fin ? », *op. cit.*, p. 9.

(2) STERN Brigitte, « Et si un on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats », *AFDI.*, CNRS, vol. 47, 2001, Paris, p. 27.

(3) Expression consacrée par le CIDH, notamment en matière de terrorisme-Goibutu et as. c. Paraguay, CIDH, 22 Sept, 2006, v. not. §66 : Prison Miguel Castro Castro c. Pérou, DIDH, 25 nov. 2006, par. 313.

(4) Article 41§3, projet d'articles sur la responsabilité internationale pour fait illicite, CDI, 2001.

plus audacieux. En effet, les deux premiers paragraphes de l'article 41 spécifient que « les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40 » mais aussi que « aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grâce au sens de l'article 40, ni prêter assistance au maintien de cette situation »⁽¹⁾. Bien que traduisant la frilosité inhérente à tout sujet connexe de la souveraineté étatique, ces dispositions sont « moins anodines qu'il n'y paraît »⁽²⁾ et permettent de renforcer une solidarité internationale tout en marginalisant les actes contraires au *jus cogens*.

Il ne peut être nié que théoriquement, en distinguant les violations des normes impératives des autres, la CDI a semblé vouloir établir une forme de degrés dans l'illicite. Cependant, dans les faits, cette distinction est dénuée de réels effets et pourrait donc être qualifiée d'inopérante.

(1) Article 40 par 1 et par 2, projet d'articles sur la responsabilité internationale pour fait illicite, CDI, 2001.

(2) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public*, op. cit., p. 896.

Le professeur Brigitte Stern a déclaré au sujet de la distinction entre les violations du droit impératif et celles relevant du droit « commun » que :

« L'existence d'une norme de *jus cogens* -tout comme l'existence d'une autre norme multilatérale établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif- a donc pour conséquence l'affirmation d'un élargissement du cercle des Etats pouvant demander le respect du droit, mais sans que ce droit d'agir soit explicité dans le cadre de la théorie de la responsabilité internationale. Par ailleurs, les conséquences supplémentaires, qui apparaissaient anciennement en cas de commission d'une obligation découlant de normes impératives du droit international général, sont totalement dérisoires et ne justifient pas que l'on en ait fait, dans l'état actuel de ses conséquences, une catégorie à part »⁽¹⁾.

(1) STERN Brigitte, « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats ». *op. cit.*, p. 27.

§2 : Vers la reconnaissance de l'opportunité d'obtenir réparation à titre individuel dans certaines circonstances

C'est dans la perspective de permettre une réparation à titre individuel pour les victimes de crimes de guerre que se place la Cour de Cassation italienne dans l'arrêt Femini. Si les individus sont des acteurs internationaux reconnus, ne peuvent-ils pas bénéficier des mécanismes du droit à réparation ? Plus particulièrement dans le cas de violation de normes du droit impératif ?

La question des immunités juridictionnelles, à l'aube d'une ère dans laquelle les droits de l'homme devraient avoir une importance prépondérante, est depuis longtemps discutée, sinon controversée. Si les nombreux praticiens du droit et auteurs se sont enquis de cette problématique, les États eux-mêmes ont tenté de circonscrire le régime des immunités depuis plus d'un siècle. En témoigne l'existence de plusieurs instruments conventionnels en la matière⁽¹⁾. Pourtant aucun d'entre eux n'est réellement éclairant en matière de réparation. En persistant à nier le droit à réparation inhérent à tout préjudice, « le caractère « légitime » de l'octroi de

(1) Par exemple la Convention Européenne sur les immunités des Etats du Conseil de l'Europe datant du 16 mai 1972.

l'immunité est tout sauf évident, notamment si l'on se place sous l'angle de la personne privée que, par essence, il conduit à ignorer »⁽¹⁾.

Selon le professeur Tomuschat « ceux qui plaident pour une dérogation massive à la notion traditionnelle d'immunité juridictionnelle de l'État, postulent normalement en même temps que l'individu devrait disposer d'un droit matériel à réparation »⁽²⁾. En effet, l'impossibilité pour un État de faire valoir son immunité juridictionnelle dans le cas de violations graves et massives des droits de l'homme pourrait reposer sur « la reconnaissance » d'un droit à réparation détenu par chaque individu dont les intérêts ont été lésés par un État.

A : Le développement d'un droit à réparation à titre individuel découlant de la responsabilité étatique

(1) PINGEL Isabella, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour des Strasbourg persiste », *RGDIP*, Vol. 4, 2002, p. 893.

(2) TOMUSCHAT Christian, « L'immunité des Etats en cas de violation graves des droits de l'homme », *RGDIP*, vol.1, 2005, p. 21.

1 : L'existence d'un droit à réparation à être individuel

Seule la reconnaissance de la responsabilité permet de définir, puis d'accorder, une réparation, sinon proportionnelle, appropriée au dommage subi par la victime⁽¹⁾.

Comme nous l'avions précédemment relevé, la reconnaissance de la responsabilité étatique semble induire l'existence d'un « droit à réparation » en droit international. Ce droit apparaît comme une nécessité pour le système juridique international : privé du recours à la force (norme impérative⁽²⁾ prohibée à l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies de 1945), limités dans l'emploi de mesures unilatérales en cas de menace à la paix⁽³⁾ et désormais incapables de se faire justice eux-mêmes sans violer la loi, les États ont besoin de garanties. Le droit à réparation joue ce rôle. Les États semblent donc prêts à se soumettre à la loi lorsque celle-ci leur fournit des garanties probantes au regard de leurs intérêts.

Pourtant quand ce même droit à réparation, cette même garantie, sont fournies à d'autres acteurs de la Communauté

(1) TOMUSCHAT Christian, « L'immunité des Etats en cas de violation graves des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 10.

(2) Activités militaires au Nicaragua, CIJ, *op. cit.*, par. 100.

(3) Articles 41 et 42, Charte des Nations Unies, Organisation des Nations Unies, 1945.

internationale tels que les individus, les États semblent moins enclins à le reconnaître. Il n'existe pas de procédure civile permettant d'obliger un État à réparer directement les torts qu'il a commis vis-à-vis d'individus, qu'il s'agisse de ses propres ressortissants ou de ressortissants étrangers. Si le dommage est le fait d'un État tiers, le seul moyen pour un individu lésé de faire entendre sa cause serait que son propre État entame lui-même une procédure civile à l'encontre de l'État responsable : c'est ce qu'a semblé faire la Cour de Cassation Italienne à travers l'arrêt Milde⁽¹⁾ en refusant d'appliquer l'immunité de juridiction à l'égard de l'Allemagne, coupable de violations graves des droits de l'homme. Notons que la Cour Italienne est allée plus loin en refusant également d'accorder l'immunité d'exécution, confirmant ainsi sa volonté d'obtenir réparation.

Si les individus ne peuvent saisir la CIJ⁽²⁾, ils peuvent être contraints de se tourner vers leur propre État, dans les cas d'exactions commises par un État tiers ou vers un État tiers dans le cas d'exactions commises à leur encontre par leur propre État.

(1) Midle, Corte Suprema di cassazione, sez I penale, 21 octobre 2008, n° 1072.

(2) Article 34(1), Statut de la Cour internationale de justice.

Dans le cas spécifique d'un droit des réparations pour violation des droits de l'homme, ce dernier semble connaître un développement à l'échelle du droit international. En témoigne plusieurs textes internationaux tels que, par exemple, le Pacte civil et politique des Nations Unis (article 9(4)) de 1966 ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme (article 63(1)). Dans la jurisprudence *Velasquez Rodriguez c. Honduras* de 1988, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a ouvert la voie aux réparations pécuniaires accompagnées de garanties de non répétition. Il s'agissait en l'espace de cas de disparitions forcées tolérées par l'Etat de 1981 à 1984. Si la Cour reconnaît le droit à tous garantissant, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée, la Cour énonce que : « In the instant case the Court cannot order that the victim be guaranteed the enjoyment of the rights or freedoms violated. The Court, however, can rule the consequences of the breach of the rights be remedied and that just compensation be paid »⁽¹⁾.

(1) *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 29 juillet 1988, par. 189.

Le rôle de la Cour interaméricaine n'est pas de punir les coupables des violations des droits de l'homme, les États ne sauraient être sujets d'action pénale, mais de protéger les victimes de ces violations et de tenter d'obtenir une réparation équitable.

2 : Le rejet d'une approche punitive de la réparation à titre individuel

De manière générale, la CIJ emploie le terme relativement flou de « réparation dans une forme adéquate »⁽¹⁾. Cela dépend vraisemblablement des circonstances spécifiques de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice. La CIJ a précisé que « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁽²⁾.

Si le préjudice est immatériel ou plus difficilement quantifiable, c'est notamment le cas avec les violations des droits de l'homme, lorsque la violation du droit a entraîné des conséquences diverses n'ayant pas de valeur pécuniaire préétablie, alors l'État responsable devra compenser de manière appropriée. Si l'État à l'origine du préjudice ne veut ou ne peut s'acquitter de la

(1) Usine de Chorzow, compétence, 1927, CPJI série A n° 9 p. 21.

(2) Usine de Chorzow, fond, 1928, CPJI, série A n°1, p. 47.

réparation alors il engagera sa responsabilité internationale, donnant à l'État victime la possibilité de prendre des mesures visant à obtenir gain de cause (rétorsions, pressions, appel aux juridictions internationales etc...).

Conformément au droit international général qui ne prévoit pas l'allocation de dommages et intérêts « punitifs », les mécanismes de réparation individuelle actuels visent uniquement à réparer le préjudice subit via une *restitutio in integrum*. Ici encore, il ne semble pas exister de gradation de l'illicéité et il n'existe pas de forme de « pénalisation » de l'État dans sa responsabilité. La Cour interaméricaine « selon une formule qu'elle reprend de manière systématique, [...] a pour but de parvenir à la réparation intégrale des préjudices subis et ne doit, en aucun cas, entraîner l'appauvrissement ni l'enrichissement des victimes des violations constatées »⁽¹⁾.

Contrairement à l'approche plutôt de type « civil » retenue dans l'ensemble jurisprudentiel Ferrini par la Cour suprême

(1) Opinion du juge Cançado Trindade (p. 16) et opinion du juge Garcia Ramiez (p. 13) sous l'arrêt du 25 novembre 2003, *Myma Mack Chang c. Guatemala* in HELENE TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de l'humanisation du droit international public », Ed., CNRS, Annuaire français de droit international, vol. 52, 2006, Paris, p. 636.

italienne, la Cour interaméricaine semble adopter une vision « pénale » dans laquelle la priorité n'est pas pécuniaire mais repose sur des mesures de satisfactions ainsi que des garanties de non répétition.

3 : Responsabilité et « intérêt juridique »

La survenance d'un fait internationalement illicite a pour effet de créer une nouvelle relation juridique entre l'État auteur de ce fait et un ou plusieurs autres sujets de droit international. Au sujet de ce mécanisme général de responsabilité, les auteurs Patrick Dailler, Mathias et Alain Pellet ont souligné que : « Toute règle de droit se décompose en une obligation majeure, qui est de la respecter, et une obligation mineure, consistant à corriger les effets de son non respect. Tel est le contenu même de la responsabilité dans tout système juridique »⁽¹⁾.

De ce fait, il est logique que soit reconnu aux individus un droit à réparation en droit international mais la question de l'engagement de la procédure juridictionnelle perdure. Un État serait-il susceptible de traduire en justice un autre. Mais en raison du préjudice dont serait victime un individu ? La notion « d'intérêt

(1) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public*, op. cit., p. 879.

juridique », nécessairement liée à celle de « préjudice juridique » peut être considérée comme une catégorie autonome s'éloignant du paradigme traditionnel droit/obligation. L'État est ici lésé en tant que membre de la Communauté internationale dont « l'ordre juridique » est violé.

Dans le cadre de la « compétence universelle », un État peut exercer une « compétence extraterritoriale ». Ce mécanisme constitue un moyen de lutter contre le déni de justice et semble accepté par la Communauté internationale. Actuellement, pour illustration, le Sénégal a décidé de poursuivre un ressortissant de la République démocratique du Congo sur la base de sa compétence universelle. L'individu poursuivi, Paul Mwillambwe, est un ancien policier soupçonné d'être impliqué dans le meurtre et la disparition des défenseurs des droits de l'homme Floribert Chebeya et Fidèle Bazana. Resté impuni dans le pays où le crime a eu lieu, il est actuellement poursuivi par le Sénégal.

Si les individus peuvent être poursuivis sur la base de la compétence universelle, qui d'un État concernant des actes de violations ayant un impact sur la communauté internationale ses valeurs communes et constituant pour lui un intérêt à agir ? Puisque certaines règles de droit international, telles que les normes impératives, s'adressent aussi bien aux États qu'aux individus et

constituent un enjeu majeur pour la communauté internationale, comment peut-on envisager un traitement différencié selon les auteurs du crime ?

Il pourrait être objecté que les États et les individus ne sauraient avoir les mêmes prérogatives et qu'il en va de survie même de l'ordre juridique international. L'État a vocation à protéger sa population ainsi que ses intérêts ; comment une nation entière pourrait-elle alors assumer la responsabilité, notamment en subissant les conséquences pécuniaires des sanctions attribuées par le tribunal d'un État tiers, des agissements d'une élite décisionnelle. Si la population est un élément constitutif de l'État, qu'il s'agit d'une fiction juridique, leurs intérêts restent indissociables et sanctionner un État revient à sanctionner une population. Les immunités juridictionnelles constituent, de ce point de vue, un rempart nécessaire.

B : De l'opportunité d'obtenir réparation en cas de crimes de guerre et violations graves des droits de l'homme

1 : Les conséquences de l'immunité sur le droit à réparation

Nul doute que l'interdiction des crimes de guerre est considérée comme une norme internationale. En effet, cette interdiction est inhérente au droit international humanitaire, régit

par de nombreux textes internationaux, telles que les Conventions de Genève de 1949 et 1977 par exemple, et confirmé par les juridictions internationales compétentes⁽¹⁾. Parmi les actes relevant de la qualification de « crime de guerre », on retrouve des notions relevant également du *jus cogens*, c'est par exemple le cas du génocide. Inutile cependant d'examiner plus en détails les critères attachés à la qualification des actes relevant de la « violations graves des droits de l'homme » puisque ce n'est pas leur qualité qui est actuellement contestée dans le contentieux les opposant aux immunités juridictionnelles mais bien leurs potentiels « effets ». L'immunité fait obstacle à ce que le fond du contentieux soit examiné. De ce fait, la responsabilité étatique ne peut ainsi être mise en jeu puisque l'immunité empêche qu'une violation soit constatée devant une juridiction. Les immunités juridictionnelles, en empêchant l'exercice de la responsabilité empêchent donc toute réparation potentielle des victimes.

La CIJ en 2012 a souligné, en matière d'immunités de juridiction, l'existence de « la question cruciale de l'absence de réparation adéquate »⁽²⁾. Comme nous l'avons précédemment

(1) Par exemple la Cour pénale internationale ou les tribunaux *ad hoc* tels que le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

(2) Allemagne c. Italie, *op. cit.*, par. 47, p. 120.

évoqué, cette question est d'autant plus problématique dans la perspective des récents développements du droit international tels que l'émergence de la reconnaissance de l'individu en tant que sujet de droit et la cristallisation des mécanismes de responsabilité étatique. Dans l'arrêt *Allemagne c. Italie* de 2012, la CIJ soulignait que : « L'absence d'exécution complète par un État d'une obligation de réparation qui lui incomberait est susceptible d'avoir une incidence, en droit, sur l'existence et la portée de l'immunité de juridiction de cet État devant les tribunaux d'un autre État »⁽¹⁾.

Si cette affirmation n'est pas nécessairement justifiée en droit, elle met en lumière l'absence de réparation et ses possibles conséquences. La Cour n'a cependant pas jugé s'il s'agissait d'un motif suffisant pour écarter l'immunité de l'État allemand. En effet, la CIJ n'a pas statué sur l'obligation de l'Allemagne en matière de réparation et d'indemnisation des victimes de la seconde guerre mondiale. Pour ce faire, elle a invoqué une clause de limitation *ratione temporis* établit à l'article 27 de la Convention Européenne pour le règlement pacifique des différends⁽²⁾. L'absence de réparation en tant que motif suffisant de limitation des immunités

(1) *Allemagne c. Italie, op. cit.*, p. 2.

(2) Convention Européenne pour le règlement pacifique des différends, Conseil de l'Europe, 1957.

n'a donc pas été affirmée ni infirmée et reste une question en suspens.

2 : Le raisonnement des Cours italiennes en matière de réparation

Bien que la CIJ ne se soit pas prononcée directement sur « l'argument des réparations » avancé par l'Italie et précédemment évoqué, ce dernier est au cœur du raisonnement des Cours nationales italiennes depuis le début de la saga jurisprudentielle et mérite d'être examiné.

Si la Cour suprême italienne reconnaît l'existence d'un droit général à réparation, elle conçoit le droit des victimes de crimes de guerre à une réparation comme une norme impérative « par ricochet ». Selon ce raisonnement, étant rattaché à une norme de *jus cogens*, le droit à réparation acquiert à un rang équivalent. Pour rappel, l'arrêt Milde, rendu par la chambre criminelle de la Cour suprême italienne le 13 octobre 2008, confirme la jurisprudence Ferrini qui établissait une exception à l'immunité juridictionnelle en cas de violation massives des droits de l'homme.

Dans cet arrêt, dans un premier temps, la Cour italienne établit un raisonnement selon lequel la violation des règles coutumières en matière de droits humains rend les immunités inapplicables. Son

présupposé initial semble être que tout le droit coutumier des droits humains constitue des normes de *jus cogens*. La Cour a clairement exprimé sa volonté de ne pas « créer de nouvelles normes (ou de nouvelles exceptions) en matière d'immunité des États mais plutôt de savoir comment aménager la portée d'application respective des normes existantes »⁽¹⁾. Bien entendu, on peut objecter que cette conception du principe de *jus cogens* est trop large pour être effective. Elle va jusqu'à inclure le « droit d'accès à la justice » en tant que norme impérative et le droit à réparation en tant que norme impérative par ricochet. La Cour semble alors mettre de côté le fait que « l'antinomie entre la protection substantielle des droits humains et la règle procédurale de l'immunité des Etats » ne peut exister en raison de la nature procédurale de cette dernière⁽²⁾.

A travers ce raisonnement, la Cour suprême italienne affiche sa volonté de permettre à tout prix la réparation du préjudice dans le cas de violations des droits humains.

La Cour italienne, au travers des différentes décisions qu'elle a rendu en matière d'immunité, n'a pas adopté un raisonnement

(1) PAVONI Ricardo & Stéphane, « L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international », étude croisée Italie/Canada, Revue Juridique Thémis, n° 43, 2009, p. 514.

(2) *Ibid.*

uniforme. Néanmoins, l'objectif visé est resté immuable : permettre aux victimes d'obtenir réparation. La Cour semble vouloir établir une conception nouvelle selon laquelle « en droit international contemporain, un État ne peut jouir de son immunité [...] dans le cas de compensation d'un préjudice créé par une violation grave des droits de l'homme »⁽¹⁾.

Section 2 : L'émergence d'une « marginalisation » du déni de justice

On peut considérer qu'il existe « un déni de justice du moins partiel dès lors que l'on barre au demandeur l'accès au tribunal compétent par la nature des choses »⁽²⁾. Dans certains cas, le déni de justice est considéré comme un acte juridictionnel internationalement illicite. C'est notamment le cas lorsqu'un ressortissant étranger est victime d'un déni de justice de la part d'un État étranger. Ce déni peut se traduire par une privation faite au ressortissant étranger d'une protection juridictionnelle adéquate⁽³⁾. Nous verrons que si l'accès aux tribunaux est primordial, il existe

(1) *Ibid*, p. 499.

(2) VON BAR, Annuaire de l'institut de droit international 1889-1892, p. 408.

(3) Barcelona Traction, arrêt du 5 février 1970, Rec. 1970 page 1 : Victor Pey Casado c. Chili, CIRDI, 8 mai 2008, par. 650-674.

également des exigences quant au déroulement de la procédure juridictionnelle.

Dans la perspective des immunités juridictionnelles, nier à l'individu sa qualité de sujet de droit dont le préjudice n'est pas susceptible d'engager la responsabilité étatique et s'en remettre au bon vouloir des États, notamment via la protection diplomatique, semble induire d'importants risques de déni de justice.

Si le droit international contemporain fourni des garanties nouvelles aux individus, l'exercice des immunités juridictionnelles continue d'induire des cas de déni de justice et de compromettre l'accès à un procès équitable.

§1 : Droit d'accès aux tribunaux et procès équitable

Parmi les régimes les plus favorables de protection des droits de l'homme, certains traités consacrent le droit à un recours effectif ainsi que le droit à un procès équitable. C'est par exemple le cas de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce à l'article 6 que : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ces droits et obligations du caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière

pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

Ce droit au procès équitable, notamment au travers sa condition première d'accès aux tribunaux, présente indéniablement des incompatibilités majeures avec le régime des immunités étatiques puisque ces dernières entravent l'accès des victimes aux tribunaux. Il s'agira ici d'examiner en quoi consiste les garanties prévues à l'article 6§1 et en quoi, celles-ci, sont difficilement conciliables avec les immunités juridictionnelles. L'approche retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, sera analysée plus en détails dans la seconde partie.

L'un des buts originaires des organes de protection des droits de l'homme était justement de garantir aux individus que leur cause puisse être entendue devant un tribunal. Dans le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci ne peut être saisie

qu'après épuisement des voies de recours internes⁽¹⁾. Le mécanisme de protection ne se substitue donc pas aux juridictions internes mais tend à exercer une forme de « relais ». Il empêche qu'un État refuse aux individus l'accès aux tribunaux ; quelle que soit sa décision, la Cour permet d'abord à une cause d'être entendue. Or, le principe des immunités de juridictions rend impossible tout examen au fond d'une affaire, privant ainsi le requérant de tout réel accès à la justice.

L'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme constitue pour les États signataires une obligation positive, celle de fournir au requérant un accès aux tribunaux. Dans la jurisprudence Al-Adsani, le requérant, ayant subi des tortures de la part de l'État Koweïtien, soutenant que le Royaume Uni avait l'obligation de lui fournir un accès aux instances judiciaires. Par la combinaison de l'article 1(3) et 13, l'Etat britannique aurait eu l'obligation de fournir une voie de recours civile à son ressortissant.

Si la Cour n'a pas contesté le raisonnement consacrant l'existence d'« une obligation positive » incombant à l'État en vertu de la Charte, elle a néanmoins souligné que ce droit d'accès aux tribunaux était limité aux « mauvais traitements dont il est prétendu

(1) Article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme.

qu'ils ont été commis dans la juridiction de l'État »⁽¹⁾. L'obligation positive d'accès à un recours effectif n'est donc attribuable qu'à un État ayant commis lui-même des actes de tortures à l'encontre du requérant. Un État tiers n'a donc pas à garantir l'accès à un tribunal et ce, peu importe si le requérant possède ou non une autre voie de recours.

§2 : La nécessaire proportionnalité entre intérêts de l'États et intérêts individuels

Si l'immunité de juridiction prive de recours un individu dont les droits ont été lésés par les agissements d'un État souverain, c'est aux fins de protéger les intérêts de ce dernier. Il est alors opportun de s'interroger sur la nécessaire proportionnalité entre la protection des intérêts de l'État et celle des intérêts des individus.

La Cour européenne des droits de l'homme invoque la proportionnalité dans plusieurs arrêts traitant des immunités et du respect des droits de l'homme⁽²⁾. Elle énonce que les limitations au droit d'accès aux tribunaux garanti à l'article 6§1, doivent satisfaire

(1) Al Adsani c. Royaume Uni, CEDH, 21 novembre 2001, in European Human Rights Reports, vol. 34/11, 2002 par. 38.

(2) Al Adsani c. Royaume Uni ; Fogarly c. Royaume Uni ; McEthinney c. Irlande, CEDH, 21 novembre 2001

une exigence de « proportionnalité ». Classiquement entendu eu sens d'un « rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé »⁽¹⁾. Le raisonnement de la Cour en matière de proportionnalité semble suivre un développement bien établi et accepté.

La Cour a souligné la nécessité d'interpréter la Convention au regard du droit international général. Conformément à la Convention de Vienne, se rapportant au droit des traités de 1969, la Cour doit tenir compte de « toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties »⁽²⁾. De ce fait, le comportement d'un État sera considéré comme proportionné s'il reflète les « règles du droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États »⁽³⁾. La question de la qualité de « norme généralement admise » de l'immunité juridictionnelle refait alors surface. Les immunités ne sont elles pas en train de s'affaiblir, la pratique n'est elle pas en train d'évoluer et la règle est-elle encore intangible dans des circonstances de violation grave des droits de l'homme ?

(1) Al-adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 53.

(2) Art.31 §3 c) Convention de Vienne relative au droit des traités, 1969.

(3) Al-adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 56.

Ce « critère de proportionnalité » a été d'abord appliqué à l'égard de problématiques liées aux immunités des organisations internationales. Dans les affaires Wait et Kennedy c. Allemagne ainsi que Beer et Reage c. Allemagne de 1999⁽¹⁾, la Cour devait statuer sur la validité des immunités des organisations internationales en cas de violation des droits de l'homme. Il s'agissait spécifiquement de l'Agence spatiale européenne ; la Cour a estimé qu'elle poursuivait « le but légitime d'assurer son bon fonctionnement » et que ce but n'était pas « disproportionné au point de compromettre le droit d'accès à un tribunal »⁽²⁾. De plus, la Cour a relevé que les individus bénéficiaient des recours alternatifs les prémunissant contre une privatisation de leur droit d'accès à un tribunal garanti à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme. La Cour, dans les cas des organisations internationales a donc retenu deux critères : le premier, exigeant que l'immunité soit une limitation fonctionnelle poursuivant un but légitime et le second, nécessitant que les victimes aient accès à des recours alternatifs.

(1) Waite & Kennedy c. Allemagne, CEDH, 18 février 1989-Ber & Reagan c. Allemagne, CEDH, 18 février 1989.

(2) *Ibid.*, par. 65.

La CEDH, dans un arrêt Al-Adsani du 21 novembre 2001, a adopté une approche tout à fait différente concernant les immunités juridictionnelles étatiques dans le cas d'actes de torture. Dans cet arrêt, la Cour énonce que le critère de proportionnalité est satisfait puisque l'octroi de l'immunité est accordé sur le fondement d'un principe de droit généralement admis : l'immunité juridictionnelle. Cependant, cette décision n'a pas fait l'unanimité. Parmi les opinions dissidentes, le juge Loucaides soulignait que toute application systématique des immunités juridictionnelles constituait une violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme⁽¹⁾. Toujours selon le juge Loucaides, écarter l'étude des différents intérêts ceux de l'État souhaitant bénéficier de son immunité et l'individu dont le droit est violé, sur le fondement d'une immunité générale communément admise, constitue une violation disproportionnée à l'article 6§1 qui est, de ce fait, enfreint⁽²⁾.

(1) Al-adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 56.

(2) Al-adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 56.

Chapitre 2 : L'émergence de pratiques étatiques nouvelles en matière d'immunités juridictionnelles

Nous verrons en quoi le régime des immunités a été façonné par la pratique étatique (Section 1) ainsi que par les conventions internationales et les travaux de la Commission du droit international (Section 2).

Section 1 : L'influence constante de la pratique Étatique sur la règle de l'immunité juridictionnelle

S'il n'est désormais plus contesté que les immunités juridictionnelles sont relatives, les bases sur lesquelles reposent cette affirmation sont encore débattues. Nous verrons que différentes théories viennent justifier une exception aux immunités juridictionnelles en cas de violations de normes impératives (§1), puis nous intéresserons au rôle prépondérant que jouent les juridictions nationales dans l'évolution de la règle de l'immunité (§2).

§1 : Théories de la « renonciation implicite » et théories de la « hiérarchie des normes » : deux approches pour une même inflexion à la règle de l'immunité

Aux fins d'observer de quelle manière les États apportent des inflexions à la règles de l'immunité, nous étudierons

successivement l'approche américaine dite de la « réconciliation implicite » au privilège d'immunité (A), puis nous envisagerons l'approche de la hiérarchie des normes, notamment défendue par les juridictions italiennes (B).

A :La théorie de la « renonciation implicite » à travers l'exemple américain

1 : Législation américaine et limitation aux immunités juridictionnelles

Parmi les pratiques nationales contrevenant au régime classique des immunités, on peut citer l'exemple souvent repris du « Foreign Sovereignty Immunity Act » (FSIA) américain de 1976. Celui-ci semble poser les bases d'une conception du privilège d'immunité qui sera dénommée « théorie de la renonciation implicite ». La section 1605 du FSIA énonce que : « A foreign state not be immune from the jurisdiction of court of the United States or of the State in any case [...] in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect, except in accordance with the terms of the waiver» ⁽¹⁾.

(1) Foreign Sovereignty Immunity Act, section 1605 1) a). 1976.

La renonciation implicite repose sur le présuppose selon lequel, « en » cas de violation d'une norme impérative de droit international, le responsable ne peut se prévaloir du privilège d'immunité. Cette approche voudrait qu'un État ne respectant pas les normes fondamentales du droit international ai renoncé implicitement aux garanties fournies par ce même droit.

Cette approche s'est illustrée à travers plusieurs arrêtes rendus par des Cours américaines. Dans l'arrêt Von Dardal⁽¹⁾, la Cour fédéral du District de Columbia a invoqué une « exception implicite » rendant incompatibles immunités juridictionnelles et violations du droit international conventionnel. Dans son raisonnement, la Cour considère comme indissociables l'interprétation faire du FSIA et l'état global du droit international : le premier devant être interprété à la lumière du second.

C'est non sans heurts que la Cour suprême américaine est revenue sur cette approche au travers de l'arrêt Amerada Hess v. Argentina República⁽²⁾ se cantonnant à une lecture stricte du FSIA. Ce revirement traduisant les hésitations des juridictions américaines

(1) Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republic, Federal District Court of Columbia, 1985.

(2) Hamerada Hess v. Argentine Republic, American Supreme Court, 1989.

à utiliser « the implied waiver exception » mentionnée par le FSIA aux fins d'une restriction de l'emploi de l'immunité.

Cependant, dès 1994, à travers l'affaire Hugo Princz⁽¹⁾, la théorie de la renonciation implicite a connu un nouvel élan. En l'espèce, le requérant de nationalité américaine avait été victime de déportation et de travaux forcés sur le sol allemand durant la seconde guerre mondiale. La Cour de première instance avait rejeté l'immunité allemande, considérant que l'État s'était conduit en violation des règles les plus élémentaires d'humanité, violant ainsi le *jus cogens*. La Cour Suprême a finalement rejeté la présomption d'une renonciation implicite de l'État allemand à son immunité juridictionnelle.

Dans le cas de l'arrêt Préfecture de Viotia⁽²⁾, la juridiction de première instance avait estimé que puisque l'Allemagne avait enfreint une règle impérative du droit international, elle avait également renoncé de manière implicite à faire valoir son droit à l'immunité. L'Areios Pagos, Cour suprême grecque avait réfuté ce raisonnement et rejeté la théorie de la renonciation implicite.

(1) Hugo Princz v. Federal Republic of Germany, United States Courts of Appeals, District of Columbia Circuit, 1994.

(2) Préfecture Viotia c. Allemagne, Cour suprême grecque (Areios Pagos), 2000.

2 : L'aspect politique et opportuniste de telles limitations

Une autre illustration des limitations apportées au régime classique des immunités réside dans les « Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state ». Selon la législation américaine, un État étranger complice d'activités terrorises pourra être poursuivi devant les juridictions américaines si la plainte émane d'un individu ayant la nationalité américaine ou employé au service des États Unis. Cette initiative américaine traduit le fait que les États, individuellement, peuvent choisir d'apporter des restrictions à la mise en œuvre et à l'exercice par les États tiers de l'immunité de juridiction. Ces restrictions peuvent manifestement aller bien au-delà de la conception classique en matière d'actes de *jure gestionis*. Elles s'appuient nécessairement sur des règles internes, telles que « the Alien Tort Act » ou encore « the Torture Victime Protection Act ».

Les États Unis ne sont pas les seuls à avoir mis en œuvre ce genre de restrictions, c'est également le cas de nombreux pays de tradition common law tels que le Royaume Uni ou l'Afrique du Sud. Il convient de souligner que ce sont des impératifs avant tout sécuritaires qui sont invoqués afin de justifier ces limitations faites à la règle de l'immunité juridictionnelle. Ces États entendent agir aux fins de préserver leur propre souveraineté, notamment

territoriale. Le refus d'accorder une immunité de juridiction n'a jamais été édicté par une loi interne dans un but de protection des droits de l'homme en tant que tel. Néanmoins, force est de constater que certaines normes existantes offrent des garanties aux individus en leur permettant d'accéder aux juridictions internes en cas de blessures, décès ou actes de tortures commis par un État tiers⁽¹⁾.

Afin d'illustrer ces propos, il paraît opportun de mentionner que ce sont les États Unis qui, les premiers ont permis qu'un individu étranger puisse introduire une action en responsabilité civile devant les juridictions fédérales américaines dans les cas de violation du droit international commises par les agents d'un État étranger. Dans l'affaire *Filartiga v. Pena-Irala*⁽²⁾, les proches du Docteur Filartiga, d'origine Paraguayenne et résidents sur le sol américain en tant que réfugiés politiques, ont saisi les juridictions

(1) U.S Code § 1606A-Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state : "A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the united states or of the states in any case not otherwise covered by this chapter in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial Killing [etc]".

(2) *Filartiga v. Pena-Irala*, United State Court of Appeal, second circuit, 1979- Disponible <http://hrp.law.harvard.edu/wp.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf> dernière visite septembre 2014.

américaines après que la victime, opposant au régime de la République du Paraguay ait été kidnappé puis torturé à mort par la police d'État. Autre affaire, l'arrêt Letelier, mettant en cause l'État Chilien et fondée sur le Tort Exception prévue par le FSIA. Les juridictions américaines ont mis en cause des agents de la dictature du général Pinochet. Cependant, la Cour suprême a confirmé l'aspect opportuniste et politique des limitations reconnues aux immunités au travers de l'arrêt Nelson v. Saudi Arabia en 1993. En effet, la juridiction a reconnu l'immunité de juridiction de l'Arabie Saoudite concernant des actes de torture perpétrés à l'encontre d'un ressortissant américain.

Si la loi dénommée « Antiterrorism and Effective Death Penalty Act » promulguée en 1996, pourrait apparaître comme s'inscrivant dans une mouvance d'affaiblissement des immunités juridictionnelles, il convient de considérer l'opportunité politique de tels instruments juridiques. Cet affaiblissement au cas par cas semble revêtir un aspect plus politique que juridique : il n'est nullement dicté par les évolutions du droit international en matière des droits de l'homme. Si les États Unis peuvent donc apparaître, de prime abord, comme des précurseurs en matière de conciliation entre règle sur les immunités et respect américaines sont cependant

éloignées des considérations liées au droit international et ses évolutions.

3 : La faible résonance de la théorie de la renonciation sur le plan international

Si la théorie de la « renonciation implicite » peut apparaître de prime abord comme un moyen de limiter les situations dans lesquelles les États usent de leur privilège d'immunité pour échapper à leur responsabilité dans le cadre de violations du *jus cogens*, la portée d'un tel raisonnement demeure limitée. D'abord en raison du faible impact d'une théorie dont la pratique exclusivement américaine. En effet, la pratique, loin d'être généralisée, reste aux cantonnées aux juridictions internes des États Unis qui semblent en faire un usage inconstant. Ensuite, du fait des bases juridiques fragiles sur lesquelles elle repose : nulle règle de droit international ne prône la soumission d'un État souverain aux juridictions internes d'un autre État et ce, quelles qu'en soient les justifications. Les travaux de la CDI relatifs à l'immunité peuvent d'ailleurs être éclairant à ce sujet, celle-ci reprend dans son préambule la conception selon laquelle « les immunités des États sont un principe du droit international coutumier qui connaît

certaines exceptions établies avec le consentement des États »⁽¹⁾. Il semblerait donc que la codification aille dans le sens d'un consentement des États demeurant primordial et ce, même dans une conception particulièrement restreinte des immunités juridictionnelles. Bien que le vison de la CDI ait évolué, rien n'est venu démentir en droit positif la nécessité du consentement étatique.

B : La théorie de la « hiérarchie des normes » employée par la Cour suprême italienne

1 : La nécessaire primauté des normes de *jus cogens*

L'affirmation d'une primauté des normes dites de *jus cogens* sur les immunités trouve son origine dans la Convention de Vienne relative au droit des traités de 1969. Celle-ci énonce à l'article 53, relatif aux « Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) », que : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est

(1) Rapport de la commission sur les travaux de la quarante-troisième session, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs bien », ACIDI, 1991, vol. II, Deuxième partie, p. 34.

une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États 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 ».

L'article 64 ajoute que « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

Si ces dispositions étaient, à l'origine, valables uniquement dans le cadre de relations conventionnelles, la catégorie des normes relevant du *jus cogens* est depuis lors autonome. Cette catégorie établit les obligations que les États ont envers la communauté internationale dans son ensemble et comprend « la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁽¹⁾. Si ces interdictions ont une origine conventionnelle, elles sont désormais invocables par tout État membre de la communauté internationale.

(1) Barcelona Traction, CIJ, 1970, Rec., 1970, §32.

Selon ce raisonnement, les immunités juridictionnelles ne peuvent être valides si elles contreviennent à une norme de *jus cogens*. En réalité, ce n'est pas l'exercice de l'immunité lui-même qui peut être contraire à une norme impérative mais il empêche l'État responsable d'une telle violation de répondre de ses actes devant la communauté internationale. Le mécanisme de l'immunité entrave le déploiement des conséquences de la violation d'une norme de *jus cogens* (même si l'on peut douter de l'existence réelles de conséquences particulières).

2 : L'émergence d'une exception en voie de formation en cas de violation du *jus cogens*

Afin de parvenir à écarter l'immunité de juridiction dans l'arrêt Ferrini, la Cour suprême italienne défend l'existence d'une exception coutumière en voie de formation. Si cette exception n'a pas d'existence dans la pratique étatique, elle trouve néanmoins des justifications dans la doctrine. Certain auteurs affirment notamment que « [i] here is a strong support for the approach that the *jus cogens* trumps state immunity before national courts, and this has been the case throughout the whole period in which this issue has

been arising in practice »⁽¹⁾. Le raisonnement de la Cour suprême italienne veut que, en cas de conflit entre deux normes contradictoires, la norme de rang supérieur prévale sur l'autre. Le prisme de la « théorie des normes » implique que l'on considère le « rang » des normes contraires, c'est-à-dire que l'on détermine si l'une est susceptible de prévaloir sur l'autre. Dans la perspective de l'ensemble jurisprudentiel Ferrini, cette approche questionne la valeur accordée à la règle de l'immunité ainsi que cette octroyée à la prohibition des crimes de guerre et de toute violation grave des droits de l'homme.

La CIJ enjoint les États au respect de la règle de l'immunité aux fins « d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États »⁽²⁾. La justification du principe d'immunité peut paraître flou sans pour autant remettre en question sa réalité ni son effectivité. Comme nous l'avons précédemment souligné, le droit international dans les faits « ne pose que très peu de règles en matière d'immunité, se contentant le

(1) A. Orakhelashvili, « State immunity and Hierarchy of Norms », RDHI, 2003, p. 208.

(2) Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), *op. cit.*, par. 69.

plus souvent d'autoriser sans prescrire »⁽¹⁾. Il s'agit d'une règle coutumière dont ni l'existence ni la qualité ne sont contestées. Quant aux violations graves des droits de l'homme, la Cour dans l'arrêt Ferrini leur reconnaît une valeur fondamentale et déduit que, relevant du *jus cogens*, l'interdiction des violations graves des droits de l'homme prévaut sur toute autre norme. De cette distinction entre les normes « classiques » et les normes « fondamentales », les partisans de la hiérarchie des normes détruisent une supériorité. La Cour prétend donc agir, de ce point de vue, en accord avec le droit international⁽²⁾.

Pour certains auteurs plus critiques, qualifier le respect des droits humains de « principe fondamental » n'est pas un critère suffisant pour établir leur supériorité : « il y a des principes considérés comme « fondamentaux » en droit international, bien que personne ne les considère « de rang supérieur », comme par exemple les normes sur les immunités diplomatiques »⁽³⁾. Selon le

(1) PINGEL Isabella, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour des Strasbourg persiste » *op. cit.*, p. 897.

(2) JOHN Ferejohn and LARRY Kramer, *Judicial Power, the Rule of Law, and the Limits of Legalism*, Harvard University Press in 2020.PP.111.

(3) FOCARELLI Carlo, « Immunité des Etats et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de

Professeur Focarelli, la « valeur » reconnue au respect des droits humains n'est pas un critère suffisant pour écarter la règle de l'immunité.

Bien que cela ne relève pas de la pratique étatique, il est important de relever que certaines opinions dissidentes issues de la jurisprudence Al-Addsanvi viennent corroborer l'approche de la Cour Italienne. Dans cet arrêt, certains juges ne sont montrés favorables à la hiérarchie des normes. Les opinions dissidentes, notamment celles des juges Rozakis et Calfish, développent l'idée selon laquelle, en cas de violation d'une norme de *jus cogens* (en l'espèce l'interdiction de la torture), l'Etat responsable « ne peut exiger de règles de rang inférieur (en l'occurrence celle relatives l'immunité des États) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions »⁽¹⁾.

Enfin, il peut être souligné que cette application de la « hiérarchie des normes » à la question des immunités juridictionnelles dénote une évolution des bases sur lesquelles se construirait une nouvelle exception en faveur de la protection des

=
changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers », Ed. Pedone, *RGDIP*, Paris, Vol. 4, 2006, p. 770.

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, 2001, opinion dissidente.

droits humains. Sa non applicabilité en droit international n'a pas été attestée, cette théorie semble bénéficier d'un large soutien doctrinal.

§2 : Le rôle prépondérant des juridictions nationales vis-à-vis des évolutions de la règle de l'immunité

Dans le débat relatif à la validité des immunités juridictionnelles dans les circonstances particulières de violations graves des droits de l'homme, certaines juridictions nationales et une partie de la doctrine semblent en contradiction avec la *lex lata*. Bien entendu, « le droit international en vigueur est fait par la majorité des États, et pas par ce que les juges internes d'un État pensent être le meilleur droit international possible »⁽¹⁾. Néanmoins il serait réducteur et inexacte de nier que ceux-ci participent à la formation du droit international. L'article 38(1) du statut de la CIJ énonce notamment que : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : [...] les décisions judiciaires et la doctrine des

(1) FOCARELLI Carlo, « Immunité des Etats et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers », *op. cit.*, p. 772.

publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Il conviendra de s'interroger plus précisément sur le rôle des juridictions internes dans le développement contemporain de la règle de l'immunité.

A : L'autonomie du juge interne en matière d'immunités

Dans l'arrêt Ferrini précédemment évoqué, la Cour de cassation italienne affirme que le principe d'immunité des États pour les actes de *jure imperii* et le principe du respect de la dignité et de la liberté humaine en tant que valeur fondamentale de l'ordre international sont inconciliables. Néanmoins, la Cour ne nie pas l'inexistence d'une norme coutumière en faveur du refus de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme. La Cour ne s'appuie sur aucune norme définie et explicite allant en ce sens. Néanmoins, si la jurisprudence antérieure n'a pas développé une telle pratique, la Cour suprême italienne voit dans le refus d'accorder l'immunité en cas de crimes internationaux une norme en voie de formation.

Cette approche est rendue possible si on tend à considérer la règle des immunités comme non-absolue et mouvante par nature. Si le principe de l'immunité est pleinement accepté et reconnu par

l'ensemble de la Communauté internationale, il doit être souligné que, d'une manière générale, ce sont les États eux même qui ont façonné et conféré son statut de règle du droit international aux immunités juridictionnelles. La Cour de Cassation française, dans l'arrêt Lambège et Pujol de 1849, reconnaissait, sur la base de l'indépendance réciproque des États en tant que principe universellement reconnu du droit des gens, qu'un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État⁽¹⁾. Ou bien par le biais de législations internes telles que le « Foreign Sovereign Immunities Act » (FSIA) de 1976 aux États Unis, le « State Immunity Act » de 1978 au Royaume Uni ou encore ceux d'autres pays tels que le Singapour, l'Afrique du Sud ou le Canada.

Il apparaît alors que « quel que soit sa justification théorique, la relative incertitude qui règne quant au régime des immunités des États en particulier en matière de violation des droits de l'homme est sans nul doute liée aux effets de codifications internes »⁽²⁾. Ces codifications ont eu pour effet de cristalliser le régime international

(1) Gouvernement espagnol c. Lambège et Pujol, Cour de Cassation, 22 janvier 1949.

(2) BLANCHI Andreas, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p. 71.

de l'immunité restreinte ou relative⁽¹⁾. Les États ayant fait le choix d'une codification en droit interne n'ont pas manqué de mettre en place plusieurs types d'exceptions, érigeant ainsi « la règle de l'immunité en une règle résiduelle d'application générale »⁽²⁾.

Néanmoins, le Professeur Blanchi relève que ces dispositions législatives internes ont eu un impact important sur la jurisprudence en « limitant la marge d'interprétation du juge » et en rendant le droit interne moins perméable aux évolutions et exigences de l'ordre juridique international⁽³⁾. C'est cependant dans une perspective de conformité avec les exigences internationales de protection des droits de l'homme que certaines juridictions nationales semblent tenter d'évoluer.

La question de l'évolution du régime des immunités juridictionnelles des États est-elle alors confirmée par l'interprétation du juge interne ? Les immunités peuvent-elles être réformées uniquement grâce à l'ordre juridique interne des

(1) *Ibid.*

(2) Sucharikul, « Development and Prospects of the Doctrine of State Immunity, Some aspects of the Law of Codification and Progressive Development », *Neth, Y.I.L.L.* 1982, p. 252 et s.

(3) BLANCHI Andreas, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p. 71.

membres de la Communauté internationale ? Le rôle d'interprète du juge semble en tous cas être déterminant en présence de deux visions juridiques différentes menant à des solutions opposées. Le pouvoir discrétionnaire du juge permet en effet d'influencer le droit dans une direction ou une autre, vers un maintien des immunités juridictionnelles ou vers un affaiblissement de celle-ci au contrat de nouvelles exceptions. S'il ne semble pas exister de voie toute tracée en matière d'immunité, le juge semble avoir encouragé une forme de cohérence et de cohésion au sein de l'ordre international public.

B : Pratique étatique et contribution à la formation de la règle de l'immunité

Le juge interne ne peut pas s'affranchir totalement du droit international lors d'un projet de réforme globale de la législation américaine⁽¹⁾. L'American Bar Association a estimé au sujet des immunités juridictionnelles en cas de violation graves des droits de l'homme qu'une « reconsidération en la matière irait au-delà de son mandat »⁽²⁾. Le fait est que droit interne et droit international

(1) Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act, Report by the working Group of the American Bar Association, Columbia Journal of Transnational Law, 2002, p. 489 et s.

(2) Dellapenna, 25th Anniversary of the Foreign Sovereignty Immunities Act; Refining the foreign immunities Act", Willamette Journal Of international

=

semblent interdépendants en matière d'immunité. Afin d'illustrer une telle affirmation, il peut être évoqué l'utilisation faite pour la CEDH de la loi américaine de 1976, le « Foreign Sovereignty Immunities Act », dans l'arrêt Al-Adsani. La Cour a en effet utilisé l'amendement fait au FSIA en 1996, qui rejetait explicitement l'exclusion de l'immunité dans le cas d'une demande d'indemnité pour préjudice corporel ou mort découlant d'actes de torture, pour affirmer « la persistance de la règle générale du droit international selon laquelle l'immunité entre en jeu même en cas de plaintes pour actes de torture perpétrés par des agents de l'Etat »⁽¹⁾.

De manière générale, la problématique contemporaine des immunités juridictionnelles interroge le processus de formation et la reconnaissance de « règles nouvelles » au sein de l'ordre juridique international. La coutume internationale, façonnée par *l'opinio juris* et la pratique étatique, est une source de droit fondée notamment sur la conduite des États les uns vis-à-vis des autres. Si l'État ne peut s'affranchir du droit international, il peut néanmoins

Law and Dispute Resolution, 2001, p. 154. in BLANCHI Andreas, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p. 72.

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par, 64.

créer de nouvelles pratiques et interprétations à partir de celui-ci. Et ce, particulièrement dans le cas où deux normes internationalement reconnues sont susceptibles d'être en contradiction. Au sein de l'ordre juridique international, fondé sur une communauté d'États souverains possédant des ordres juridiques propres, l'interdépendance entre droit interne et droit international ou communautaire reste prépondérante. Bien que cette interdépendance puisse être dysfonctionnelle, notamment en matière d'interprétation, le rôle de l'État et de sa pratique interne ne doivent pas être négligés.

En effet, la prise de position unilatérale de plusieurs États peut avoir pour conséquences de promouvoir une nouvelle tendance et de contribuer à la formation du droit coutumier. Or, il convient de nuancer cette contribution au regard de l'écrasant critère de la « majorité » dans la formation d'une norme internationale. Il semblerait donc que si des exceptions consacrées en matière d'immunité existent déjà, les nouvelles restrictions peinent à émerger, notamment en vertu de leurs bases plus morales que juridiques. La *lex feranda*, au sens de « ce qui devrait être la loi », au regard des droits de l'homme et des immunités semble alors une valeur juridique restreinte.

Dans de pareilles situations, on pourrait considérer que le positionnement « dissident » des Cours internes ont surtout vocation à « promouvoir » un droit international meilleurs et plus respectueux des droits humains. Ces prises de position des tribunaux internes peuvent être qualifiées de « point d'équilibre » du droit international positif, ne pouvant être justifiées en termes juridiques, que « dans un sens promotionnel, en tant que contribution unilatérale à la formation d'un nouveau droit international coutumier »⁽¹⁾.

Section 2 : Le rôle des instruments conventionnels et instruments internationaux dans l'évolution du régime des immunités

Il existe plusieurs Conventions relatives aux régimes des immunités et si certaines ne sont à l'origine que de timides avancées, d'autres ont permis de confirmer une tendance à la conciliation entre immunités juridictionnelles et les impératifs humains (§1). La Commission du droit international quant à elle est

(1) FOCARELLI Carlo, « Immunité des Etats et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers », *op. cit.*, p. 773.

à l'origine d'un projet d'articles portant sur l'immunité, notamment au regard des normes impératives (§2).

§1 : La timide contribution des Conventions internationales

En suivant une approche chronologique, nous nous intéresserons dans un premier temps à la Convention de Bruxelles de 1926 (A), puis à la Convention européenne de 1972 afin de déterminer si ces dernières ont eu un impact sur la relation entre immunités juridictionnelles et violation de normes impératives (B).

A : La Convention de Bruxelles du 10 avril 1926

Il s'agit de la première convention multilatérale à avoir codifié un régime des immunités concernant les navires d'État. Elle compte à ce jour 35 États parties. Cette convention avait déjà pour but d'établir un régime relatif des immunités et ce, en affaiblissant les prérogatives attribuées aux navires d'États dans le cadre d'une utilisation à ces fins commerciales. L'article 1^{er} établissait que les navires d'États, ainsi que leurs cargaisons, seraient désormais soumis au même régime de responsabilité que les navires privés. Seuls les navires de guerre, médicaux ou utilisés comme un vecteur de la puissance publique étatique conservait leur immunité. En effet, ce type d'utilisation relève d'acte de *jure imperii* et les navires sont de ce fait considérés comme des organes étatiques à

part entière, bénéficiant alors de certaines prérogatives propres à la souveraineté. Soulignons l'existence d'un protocole additionnel, datant de 1934, venant préciser la nature des navires bénéficiant de l'immunité comme « exploités » par l'État.

B : Convention européenne sur les immunités des États et leurs biens de 1972

Aussi dénommée « Convention de Bâle », celle-ci n'énonce pas clairement de règle en matière de violation d'une norme impérative telle que la prohibition des violations graves des droits de l'homme. La question des immunités est essentiellement abordée d'un point de vue « privé ». En effet, l'ensemble des Conventions relatives aux immunités avaient vocation à régir les relations commerciales entre les États et les individus. Historiquement, la Convention européenne sur les immunités juridictionnelles avait pour but de protéger les droits des individus dans les activités économiques entreprises avec des acteurs étatiques. Les opinions étatiques étaient d'ailleurs disparates et la méthode de la Harvard school, distinguant entre immunités absolues et immunités relatives, mal acceptée par certains États. Parmi les États membres du Conseil de l'Europe : « Certains demeuraient attachés au principe de l'immunité absolue en vertu duquel aucun État ne peut revendiquer un droit de juridiction sur un autre État à moins que

celui-ci n'accepte volontairement la compétence du tribunal saisi d'un recours contre lui [...] tandis que d'autres États appliquaient la doctrine de l'immunité restreinte fondée sur la distinction des actes de *jure imperii* et des actes de *jure gestionis* »⁽¹⁾.

En dépit des divers systèmes juridiques, la Convention a finalement opté pour une version restreinte des immunités juridictionnelles qui s'est mise en place dans les domaines économiques. La Convention protégeait ainsi l'individu des agissements de l'État et des déséquilibres induits.

Malgré le faible nombre de ratification de cette Convention européenne, la CEDH a semblé lui donner une certaine importance, notamment lors des affaires *Forgarty c. Royaume Uni* et *Mac Ehinney c. Irlande* précédemment citées. Dans la deuxième affaire, en se référant à la Convention de Bâle et aux travaux de la CDI sur les immunités des États et leurs biens, la Cour énonce « qu'il semble exister en droit international une tendance à limiter l'immunité des États en cas de dommages corporels dus à un acte ou à une omission survenue dans l'État du for, mais que cette

(1) WIEDERKEHR Marie Odile, « La Convention européenne sur les immunités des États du 16 mai 1972 », éd. CNRS, *AFDI*, vol. 20, 1974, p. 925.

tendance n'est nullement universelle»⁽¹⁾. Dans les faits, cette limitation de l'immunité est d'une ampleur minimale puisqu'elle concerne les dommages causés par des accidents de la circulation. L'affaiblissement des immunités apparaît donc comme « une tendance » que, visiblement, les États demeurent encore libres de suivre ou non. Cela amène néanmoins à s'interroger sur l'obligation d'un État d'accorder l'immunité juridictionnelle à un autre État lorsque des agents de ce dernier ont commis des actes dommageables.

§2 : La difficile codification du régime des immunités juridictionnelles

A : La tentative d'uniformisation du droit

Les travaux de la CDI, relatifs à la codification du régime des immunités juridictionnelles des États et de leurs propriétés ont débutés dès 1949. Un premier projet d'article a été soumis à l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1991. La principale difficulté dans la tâche de la CDI a sans doute été de concilier des visions parfois antagonistes en la matière. Parmi les ressources susceptibles d'apporter un éclairage sur les immunités

(1) *McEhioney c. Irlande*, CEDH, 2001, §38.

juridictionnelles, on peut citer les nombreux travaux de l'institut de droit international (IDI) ou de the international Law Association (ILA).⁽¹⁾ Notons que le projet d'article de 1991 a finalement été rejeté, notamment en raison de la définition même du terme « d'État », primordiale pour déterminer la nature « commerciale » de certaines activités. Ce débat opposait les partisans du critère de la nature de l'acte à ceux défendant celui du but de l'acte⁽²⁾.

Initialement, le projet d'article de la CDI de 1991 ne se prononce pas clairement sur la question de la validité des immunités en cas de violation grave des droits de l'homme. Si la CDI a pris en compte la problématique des immunités dans les situations où une norme relevant du droit impératif est violée, la Commission avait étudié la question encore considérée comme trop peu aboutie. En 1996, l'Assemblée Générale des Nations Unies a

(1) Par exemple la résolution de l'IDI relative à l'immunité de juridiction et d'exécution forcées des Etats étrangers, de 1954 ou concernant Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats de 1991 : ou encore the Finale report on Developments in the Field of State Immunity and Proposal for a revised draft convention on state immunity the 1994.

(2) HAFNER Gehrard & LANGE Leonor, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et leurs biens », *AFDI*, Vol. 50, 2004, p. 48.

mis en place le comité spécial de la sixième commission sous la direction du rapporteur spécial chusei Yamada.

Ce comité devait permettre à la CDI d'analyser les évolutions survenues en matière d'immunités depuis 1991 et suggérer des amendements. Un groupe de travail, sous la présidence de Gerhard Hafner, fut chargé d'élaborer un projet concernant cinq questions restées en suspens à l'issue des précédents travaux de la CDI. Un appendice fut annexé au rapport de la CDI sur les travaux de la cinquante et unième session de 1999 ; celui-ci, attirant l'attention de la commission sur les évolutions récentes de la pratique des États, énonçait que :

« L'argumentation, soutenue de plus en plus fréquemment, selon laquelle l'immunité ne devrait pas être accordée dans le cas d'actions au civil concernant des décès ou blessures résultant d'actes étatiques violant gravement les droits fondamentaux de l'homme ayant un caractère de *jus cogens*, en particulier en ce qui concerne l'interdiction de la torture »⁽¹⁾.

Ces travaux sont longtemps demeurés à l'état de projet. Ce qui n'a pas empêché la CEDH, comme nous l'avons précédemment

(1) *Ibid.*, p. 49.

énoncé, de s'appuyer sur les projets d'articles afin de rendre des décisions en matière d'immunité, conférant ainsi aux articles une relative valeur juridique. Suite aux travaux de différents groupes de travail, l'Assemblée Générale des Nations Unies a finalement adopté sans vote une convention relative au régime des immunités, ouverts à la signature des États en janvier 2005.

B : La Convention des Nations Unies sur les Immunités

Concernant la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004, en matière de protection des individus, l'article 12 est sans doute le plus pertinent et le plus éclairant. Il concerne les « atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens ». Celui-ci énonce que : « A 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 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'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État 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 ».

Selon Gerhard Hafner, dans les faits, cette exception à l'immunité visait principalement les affaires liées aux accidents de la circulation mais « elle a été formulé dans des termes suffisamment larges pour comprendre également tout dommage intentionnel, voire même l'assassinat politique »⁽¹⁾. La condition principale demeurant une atteinte corporelle à l'individu.

Deux conditions viennent limiter la portée de cet article. D'abord, il requière un lien très étroit entre l'objet de l'action et l'État du for. L'article 12 énonce en effet que l'acte doit s'être produit sur l'État du for et que l'auteur doit avoir été présent sur le territoire de l'État du for au moment de l'acte ou de l'omission. Des violations des droits de l'homme commises en dehors de l'État du for ne sauraient donc soulever l'exception d'immunité. C'est d'ailleurs tout objet de la jurisprudence Al-Adsani à travers les arrêts de 1994 et de 2001 : les actes de torture avaient été commis en dehors du territoire du Royaume Uni, permettent ainsi aux juridictions britanniques d'accorder l'immunité à l'État Koweïtien.

Enfin, il peut être souligné, dans la perspective de l'arrêt rendu par la CIJ en 2012 au sujet des immunités, l'article 12 ne

(1) HAFNER Gehrard & LANGE Leonor, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et leurs biens », *op. cit.*, p. 66.

s'applique pas à des situations de conflit armé. Les deux États, l'Allemagne et l'Italie, s'étaient accordés sur l'inapplicabilité de l'article 12 dans le cadre de conflits armés. La question des immunités en cas de crimes de guerre ou de génocide, majoritairement commis dans le cadre de conflits armés, demeure donc entière.

La convention n'est, à ce jour, pas encore entrée en vigueur et les effets de ses dispositions, en vertu du principe de l'effet relatif des traités, demeureront limitées à ses signataires.

La multiplication des instruments, ainsi que des travaux en matière d'immunités juridictionnelles, semblent traduire les difficultés quant à l'établissement d'un régime consensuel et stable des immunités. Ces constantes évolutions et le manque de consensus souligne l'aspect mouvant de la règle de l'immunité qui mérité visiblement d'être examinée en fonction des circonstances⁽¹⁾.

Partie II : Le rejet institutionnel de l'affaiblissement de la règle de l'immunité

Dans cette seconde partie, nous observerons que si les juridictions internationales réfutent l'affaiblissement de la règle de

(1) DAVID Nelken "The Limits of the Legal Process: A Study of Landlords, Law, and Crime", Cambridge University Press, 2019.PP.341.

l'immunité face aux considérations actuelles de protection des droits de l'homme (Chapitre 1), malgré des critiques justifiées, une évolution du régime des immunités juridictionnelles apparaît comme inéluctable au regard de l'état actuel du droit international public (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le rejet par les juridictions internationales d'une nouvelle exception d'immunité

Dans ce chapitre, il conviendra d'examiner le positionnement, ainsi que le raisonnement de deux juridictions internationales majeures telles que la CEDH (section 1) et la CIJ (section 2). Ces deux institutions, susceptibles d'avoir une influence prépondérante sur le droit international public, se sont prononcées sur les immunités juridictionnelles et leur conciliation avec le respect des droits de l'homme en tant que normes impératives.

Section 1 : Le rejet par la CEDH des bases juridiques justifiant l'affaiblissement des immunités

Le Conseil de l'Europe a adopté la Convention européenne des droits de l'homme le 4 novembre 1950 à Rome. La CEDH est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, après que dix États l'aient ratifiée. A ce jour, 47 États sont parties à la Convention et 14

protocoles additionnels ont été adoptées. La Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction du Conseil de l'Europe, elle a pour mission de veiller au respect de la convention européenne des droits de l'homme par les États parties. Le régime de protection des droits de l'homme garanti par la CEDH est l'un des plus protecteur de l'ordre juridique international.

Par le passé, la Cour a déjà été amenée à trancher en faveur d'une comptabilité entre le droit d'accès aux tribunaux, garanti à l'article 6§1 de la Convention, et les exceptions d'immunités. La Cour a réitéré à travers trois arrêts successifs de Grande Chambre : Fogarty c. Royaume Uni, Mac Ehinney c. Irlande et Al Adsani c. Royaume Uni (§1). Afin de parvenir à ce résultat, elle a strictement observé l'état actuel du droit positif (§2).

§1 : Le rejet par la CEDH de la théorie de la « hiérarchie des normes »

Si la Cour semble confirmer sa position antérieure quant à la conciliation de la convention européenne des droits de l'homme et la règle de l'immunité (A), son raisonnement dans l'arrêt Al-Adsani a été particulièrement contesté en raison du caractère grave des violations commises par l'État défendeur (B).

A : La confirmation de la position antérieure de la Cour

La position de la Cour au regard des immunités n'est pas nouvelle. En effet, elle avait jugé dès 1999 que l'immunité des organisations internationales ne violait par les dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽¹⁾. Elle semble avoir retenu une approche similaire dans l'affaires Fogarty, Mac Ehinney c. Irlande et Adsani c. Royaume Uni rendues le 21 novembre 2001.

Dans les deux premières affaires présentées devant la Cour, les requérants se sont vu refuser l'accès à un tribunal. Cependant, ces deux cas ne concernaient pas des cas de violations graves de droits de l'homme.

La première affaire concerne une ressortissante Irlandaise, Mme Forgarty, ayant été licenciée par l'ambassade des États Unis pour laquelle elle travaillait au Royaume Uni. A la suite de son licenciement, la requérante avait obtenu gain de cause après avoir engagé une action à l'encontre des États Unis pour discriminations sexuelles. A la suite du refus de deux candidatures visant à réintégrer, à des postes différents, l'ambassade des États Unis,

(1) Wafè et Kennedy c. Allemagne : Beer et Regan c. Allemagne, CEDH, 18 février 1989.

Mme Fogarty avait de nouveau saisi les juridictions britanniques faisant valoir que la raison de ces refus était directement liée aux démêlés judiciaires précédemment évoqués. Les États-Unis ont alors fait valoir leur immunité de juridiction, privant ainsi la requérante de voie de recours effective.

Dans le second cas, le requérant, M. Mac Ehinney, ressortissant Irlandais, avait été mis en joue par un soldat britannique après avoir trainé ce dernier derrière son véhicule à la suite d'un accident à un poste de contrôle de frontière. Le soldat, après immobilisation du véhicule, avait tenté de tirer sur le requérant avant que son arme ne s'enraye. M. Mac Ehinney, à la suite de cet incident, avait assigné en réparation le soldat britannique pour violences et brutalités illégales. Les diverses juridictions irlandaises avaient alors refusé de faire droit à la demande du requérant en invoquant l'immunité de l'État britannique.

La troisième affaire, quant à elle, questionnait directement l'éventuelle inapplicabilité des immunités juridictionnelles en cas de violation de normes de *jus cogens*. En l'espèce, le demandeur avait introduit une demande en réparation pour des actes de torture devant les tribunaux du Royaume Uni. La Cour devait déterminer si

les tribunaux nationaux pouvaient accorder l'immunité à l'État responsable sans violer l'article 6§1 de la Convention.

Dans les faits, le requérant, citoyen britannique ayant une double nationalité Koweïtienne, avait été torturé par les autorités du Koweït après avoir été enlevé alors qu'il séjournait au Koweït. A son retour sur le sol britannique. M. Al-Adsani demande de saisir la High Court Britannique⁽¹⁾, puis la Cour d'appel⁽²⁾, sa demande a été rejetée sur la base du « United Kingdom State Immunity Act » (SIA) de 1978. La High Court a finalement décidé d'octroyer l'immunité de juridiction à l'État Koweïtien.

Il convient de souligner qu'un débat a eu lieu quant à la méthode d'interprétation appropriée pour traiter l'affaire. En effet, « il s'agissait d'établir si les dispositions de la loi anglaise sur l'immunité étaient suffisamment claires pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à la règle d'interprétation du droit interne »⁽³⁾. La Cour n'a finalement pas eu recours à l'interprétation

(1) Al-Adsani v. Government of Kuwait and Other, England High Court, Queen's Bench Division, 15 March 1995.

(2) *Ibid.*

(3) BLANCHI Andreas, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'Homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p.77.

du Parlement, estimant que le SIA, supposé mettre en œuvre le régime international à une échelle interne au moment de sa promulgation, était assez explicite sur la question de la violation des droits de l'homme.

Le plaignant, après le refus de son appel devant la « English House of Lords » avait alors saisi la Cour Européenne des droits de l'homme au motif que l'État britannique n'avait pas protégé son droit à ne pas être torturer et ne lui avait pas permis d'avoir accès à la justice.

Afin de justifier la constance, parfois déconcertante, dont elle fait preuve en matière d'immunité, la Cour fait valoir que « l'immunité ne doit pas être considérée comme un tempérament à un droit matériel mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit »⁽¹⁾. La Cour ne conteste donc pas le fait qu'il émane des demandeurs « une contestation réelle et sérieuse sur des droits de caractère civil et que l'article 6§1 trouve donc à s'appliquer »⁽²⁾, mais reconnaît tout de même l'applicabilité des immunités dans de telles circonstances. Cette approche n'a été adoptée par les juges

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni CEDH, *op. cit.*, par. 48.

(2) *Ibid.*, par. 49.

que d'une courte majorité, livrant ainsi le raisonnement de la Cour à de vives critiques.

B : Le raisonnement contesté de la Cour européenne des droits de l'homme

Selon le Professeur Isabelle Pingel, dans le cadre des trois affaires précédemment évoquées, la Cour a développé un raisonnement similaire. D'abord, la Cour rappelle l'importance du droit d'accès à un tribunal en tant que prérequis au respect des garanties procédurales de l'article 6§1.⁽¹⁾ Néanmoins, la juridiction souligne que ce droit d'accès ne saurait être considéré comme absolu en vertu de la distinction entre droits intangibles et droits conditionnels au sein de la Convention européenne des droits de l'homme. Ensuite, la Cour énonce que l'État dispose d'une « certaine marge d'appréciation » et qu'il peut en vertu de ses prérogatives mettre en œuvre des limitations « implicitement admises »⁽²⁾. Et ce, à condition que ces limitations ne portent pas atteinte au droit « dans sa substance même ». La Cour, à l'issue de ce raisonnement, détermine si les immunités sont compatibles avec l'article 6§1. Les immunités, pour ne pas violer le droit d'accès aux

(1) *Golder c. Royaume-Uni*, CEDH, 21 février 1995, par. 28-36.

(2) *Al-Adsani c. Royaume Uni*, CEDH, *op. cit.*, par. 53.

tribunaux, doivent tendre vers « un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé »⁽¹⁾.

Au sein de ce raisonnement, le dernier argument, portant sur les conditions de cette limitation, a fait l'objet de commentaires et contestations. La Cour n'a en effet pas précisé, au regard des faits, ce que représentait « les limitations implicitement admises » ni ce que constituait une atteinte non substantielle au regard du droit d'accès au tribunal. Certains auteurs, se fondant notamment sur les opinions dissidentes du juge Loucaides, ont estimé que « la question de savoir si l'octroi de l'immunité, qui par définition aboutit à un déni de justice, n'atteint pas nécessairement le droit de l'individu à ce que sa cause soit entendue « dans sa substance même » aurait mérité d'être discutée, de même que les conditions dans lesquelles cette règle doit fléchir »⁽²⁾.

La Cour s'est contentée d'énoncer que les immunités juridictionnelles poursuivaient effectivement un but légitime, celui « d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États »⁽³⁾. Cette justification de la

(1) *Ibid.*

(2) PINGEL Isabella, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour des Strasbourg persiste » *op. cit.*, p. 896.

(3) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 54.

restriction du droit d'accès aux tribunaux peut sembler assez laconique et questionne ce que revêt « le droit international » mentionné par la Cour.

§2 : La stricte observation de la *lex lata* par la Cour

Si la décision de la Cour a été parfois jugée trop prudente en raison de son statut particulier de juridiction d'un régime de protection des droits de l'homme (A), elle semble néanmoins avoir agi en conformité avec le droit positif (B).

A : Une décision jugée trop prudente

Lorsque les commentateurs ont exprimé leur déception face à la décision Al-Adsani, ils ont parfois souligné un manque d'audace. Cette critique peut être considérée comme pertinente puisque la Cour reconnaît que, au regard du droit international, l'interdiction de la torture est devenue une norme impérative. En effet, la prohibition de la torture a valeur de norme impérative, notamment en vertu de l'arrêt Furundzija rendu par la chambre de première instance du TPIY en 1998⁽¹⁾. Néanmoins, elle relativise l'exclusion de l'immunité au motif qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'engager la responsabilité pénale d'un individu mais bien d'une

(1)Furundzja, Ch. Première Instance, TPIY, 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, s 151-157 ; Affaire Pinochet, Ch. Lords, 24 mars 1999.

« action civile en dommages-intérêts pour actes de torture »⁽¹⁾. A l'encontre de ce raisonnement, certains juges dissidents ont fait valoir que : « Ce n'est pas la nature de la procédure, mais la valeur de norme impérative de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle de droit international »⁽²⁾.

De nombreux juges ont semblé se rallier à la théorie de « hiérarchie des normes ». C'est notamment le cas des juges ChristosRozakis, Lucius Caflisch, LuziusWildhaber, Jean Paul Costa, Ireneu Cabral Barreto et Nina Vajic qui ont souligné que la reconnaissance de l'interdiction de la torture en tant que norme de *jus cogens* empêcherait un État d'invoquer une norme d'un rang inférieur afin de se soustraire aux conséquences de l'inégalité de ses actes. Or si la Cour, a reconnu la valeur particulière de l'interdiction de la torture, elle a refusé de consacrer le raisonnement selon lequel la violation de cette prohibition entraînerait systématiquement la non-validité d'une immunité juridictionnelle⁽³⁾.

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, *op. cit.*, par. 61.

(2) *Ibid.*, par. 4.

(3) Helene Ruiz, "State Immunity and Human Rights", Fabri, Oxford University Press in 2020.PP.211.

Ainsi, la Cour s'écarte d'une conception induisant une hiérarchie des normes. Pourtant, cette dernière peut être perçue comme un moyen direct d'éviter ce type de décisions perçues comme normalement « injustes »⁽¹⁾. Selon cette théorie, les immunités juridictionnelles ne pourraient pas être invoquées en cas de violations massives des droits de l'homme. Les immunités de juridiction des États, normes de « rang inférieur », ne sauraient prévaloir lorsque la violation de normes relevant du *jus cogens* est en jeu. Ce raisonnement permettrait d'annihiler ce qui constitue un des obstacles les plus importants à la réparation des violations des droits de l'homme⁽²⁾.

B : Le respect du droit positif par la Cour

D'abord, on peut considérer que la Cour a agi en conformité avec le droit positif. En effet, cette dernière a relevé que la pratique internationale « ne fournissait pas de base solide permettant de conclure que les États ne jouissent plus de l'immunité *rationae*

(1) M. KAPLAN Lee, « States Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A critic of the normative hierarchy theory », The American Journal of international law, Vol .97, No. 4, Octobre 2003, p. 741.

(2) *Ibid.*, p. 742.

personae en cas d'action civile pour acte de torture »⁽¹⁾. Si certaines juridictions nationales, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt Boueiri⁽²⁾ ont confirmé l'inexistence d'une telle règle, d'autres décisions infirment néanmoins cette approche. C'est notamment le cas des juridictions italiennes dans les jurisprudences Ferrini, manifestement incompatibles avec l'arrêt Al-Adsani⁽³⁾. Quant à savoir si l'arrêt Ferrini vient remettre en question la jurisprudence Al-Adsani, il n'est pas raisonnable de considérer qu'elles ont la même portée sur le droit international. Cependant, comme nous l'avons précédemment évoqué, l'absence de pratique généralisée ne permet pas de conclure à l'existence d'une norme nouvelle sur laquelle la Cour pourrait s'appuyer.

La décision de la Cour, perçue par de nombreux auteurs comme « prudente et conservatrice », apparaît pour d'autres « conforme aux législations internes des signataires de la Convention européenne des droits de l'homme »⁽⁴⁾ et donc,

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, 21 novembre 2001 in European Human Rights Reports, vol. 34/11, 2002, par. 63.

(2) Bouzari c. République Islamique d'Iran, Cour d'appel de l'Ontario, 2004.

(3) PAVONI R. & BEAULAC S., « L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international », *op. cit.*, p. 512.

(4) *Ibid.*

conforme à la volonté des États signataires, à l'économie générale du traité et au droit international positif.

Section 2 : L'inflexibilité de la Cour internationale de justice

Dans l'arrêt opposant l'Italie à l'Allemagne du 3 Février 2012, la CIJ a été confrontée à la question de la conciliation entre l'immunité juridictionnelle et violation graves des droits de l'homme. Nous nous intéressons dans ce développement à la posture adoptée par la Cour. Afin de pouvoir mettre en perspective la décision de 2012, il conviendra d'observer la jurisprudence de la Cour sur le sujet des immunités.

§ 1 : Le maintien de la validité des immunités en cas de violations graves des droits de l'homme

Si en 2002, la position de la CIJ pouvait être qualifiée de prudente (A), on peut s'interroger sur la pertinence de la stagnation de son raisonnement dans un contexte où la pratique étatique semble avoir évolué (B)

A : La prudence de la Cour dans l'arrêt Yerodia de 2002

Ce n'est que rarement que la CIJ a été saisie d'affaires relevant de l'octroi d'une immunité en cas de violations graves des

droits de l'homme. L'affaire Yerodia, opposant la République Démocratique du Congo (RDC) à la Belgique⁽¹⁾, bien qu'elle ne concerne pas spécifiquement les immunités « juridictionnelles », mérite cependant d'être étudiée comme un précédent pertinent.

A l'origine de cette affaire, le 11 Avril 2000, un mandat d'arrêt international a été émis par la Belgique à l'encontre du Ministre des affaires étrangères de la République Démocratique du Congo M. Abdoulaye Yerodia Ndombsi. Ce dernier était accusé de crime contre l'humanité et de crime constituant des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949. La RDC a estimé qu'en diffusant internationalement le mandat d'arrêt, la Belgique avait voté la norme coutumière relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolue des ministres des affaires étrangères en fonction de ce fait, avait porté atteinte au principe de l'égalité souveraine entre les États.

La Belgique avait fait valoir que l'immunité d'un premier ministre ne saurait être recevable lorsque celui-ci est soupçonné d'avoir commis crime de guerre et crimes contre l'Humanité. Appelée à se prononcer sur l'exception d'immunité en cas de

(1) Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. Belgique, CIJ, 14 février, Rec. 2002.

violations graves des droits de l'homme, la Cour a répondu par la négative. En effet, elle a conclu que rien ne lui permettait d'attester de l'existence d'une telle exception en droit international coutumier et que, de ce fait : « La Cour a examiné avec soin la pratique des États, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par des hautes juridictions nationales, telle la Chambre des lords ou la Cour de cassation française. Elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et d'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité »⁽¹⁾.

Le juge Van den Wyngaert avait objecté dans son opinion dissidente que : « en jugeant que le ministre des affaires étrangères en exercice bénéficie d'une immunité totale de juridiction pénale (par. 54 de l'arrêt), la Cour est parvenue à une conclusion dépourvue de fondement en droit international positif. Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer qu'il existait un *usus* et une *opinio juris* établissant une coutume internationale en la matière. Il n'existe ni *usus* ni *opinio juris* établissant

(1) *Ibid.*, par. 54.

l'existence d'une coutume internationale en ce sens, il n'existe aucun traité sur ce point et la doctrine juridique ne semble pas étayer cette thèse. La conclusion de la Cour ne tient pas compte de la tendance générale de restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'État), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial qui limitent de plus en plus le principe, autrefois sacro saint mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international »⁽¹⁾.

Si la décision de la Cour avait fait l'objet de critiques, il est nécessaire de souligner que le contexte était différent. Depuis lors, les impératifs de respect des droits humains se sont considérablement établis et la doctrine s'est emparée de cette question. Néanmoins, il est intéressant de constater qu'une « tendance » du droit international en faveur de la restriction des immunités était déjà invoquée devant la CIJ.

(1) Opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert dans l'affaire Yerodia du 14 février 2002, par. 23.

B : La témérité de la Cour dans l'arrêt Allemagne c. Italie de 2012

Le 23 décembre 2008, l'Allemagne, estimant que l'Italie a manqué à ses obligations internationales en refusant de lui accorder l'immunité juridictionnelle, a introduit une demande devant la Cour internationale de justice. Puisque qu'un large aperçu des faits a été dispensé lors de l'introduction, il s'agit à présent d'examiner sur quels fondements la Cour a rejeté l'exécution d'immunité dans le cas de violation de normes de jus cogens⁽¹⁾.

Afin d'évincer l'argument, reposant sur la théorie de la hiérarchie des normes, selon lequel les normes impératives l'emportent nécessairement sur tout autre type de norme, la Cour va rappeler la distinction entre règle procédurale et interdiction de fond. La CIJ énonce que les immunités juridictionnelles ont une nature procédurale : accorder ou refuser d'accorder l'immunité revient à reconnaître ou non la compétence d'un tribunal pour juger des actes d'un autre État. En tout hypothèse, un État peut choisir de se soumettre à la juridiction d'un autre État s'il la reconnaît comme compétente mais il ne peut être contraint de s'y soumettre. C'est à

(1) LOUIS J. Kotzé, "The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives", Edward Elgar, 2016. PP.94.

l'État mis en cause de juger de la compétence des juridictions de l'État tiers et non l'inverse.

Cette appréciation de la compétence ne repose en rien sur la licéité supposée ou non des actes reprochés à l'État. Le caractère essentiellement procédural du droit de l'immunité de juridiction avait déjà été explicité dans l'arrêt Yerodia⁽¹⁾. La Cour réaffirme que l'applicabilité de l'immunité ne « détermine en rien la licéité de l'acte au regard du droit international public »⁽²⁾. La cour insiste que : « L'immunité juridictionnelle régit l'exercice du pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement donné et est ainsi totalement distincte du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non »⁽³⁾.

La qualité supposée de « crime » ou de « violation grave » des actes commis ne saurait avoir l'impact sur l'immunité puisque le mécanisme de celle-ci empêche la juridiction de trancher l'affaire au fond. Cette implacable démonstration peut apparaître cynique lorsque la Cour affirme que : « Les actes perpétrés par l'Allemagne

(1) Affaire du mandate d'arrêt, République démocratique du Congo c. Belgique, CIJ, 11 avril 2000, Recueil 2002, par. 60, p. 25.

(2) Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (international), arrêt, CIJ, Rec. 2012, par. 59 p.124.

(3) *Ibid.*, par. 58, p. 124.

l'ont été au mépris des « considérations les plus élémentaires d'humanité »⁽¹⁾ avant de conclure que « la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de savoir si ces actes étaient illicites, point qui n'est pas contesté »⁽²⁾. Rappelons que ces actes, commis par les forces allemandes, consistaient en des représailles militaires sur des civils, des actes de déportation de civils dans des camps de travail, le refus d'accorder le statut de prisonniers de guerre aux membres des forces italiennes vaincues ainsi que leur soumission au travail forcé. La gradation dans la gravité de la violation reste donc sans influence sur l'attribution de l'immunité aux yeux de la Cour. La qualité de *jus cogens* accordée à l'interdiction de tels actes reste donc sans influence sur le raisonnement de la Cour qui n'est appelée à se prononcer que sur l'applicabilité du principe d'immunité juridictionnelle en l'espèce. En effet, il incombait à la Cour de déterminer « si, dans le cadre des actions en réparation engagées sur le fondement de ces actes, la justice italienne était tenue d'accorder l'immunité de l'Allemagne »⁽³⁾.

(1) *Ibid.*, par. 58, p. 121.

(2) *Ibid.*, par. 58, p. 122.

(3) *Ibid.*, par. 58, p. 122.

Si la règle procédurale de l'immunité ne peut « faire écran » en toute circonstances, par exemple dans le cas d'actes relevant du *jure gestionis*, la Cour n'est pas disposée à étudier l'émergence de nouvelles exceptions. Elle se déclare par ailleurs incompétente pour déterminer s'il existe, ou non, une « exception territoriale » applicable à l'immunité des États en matière d'actes de *jure imperii*.

§ 2 : L'absence de pratiques généralisées entravant l'émergence d'une règle nouvelle

La CIJ, à travers cet arrêt, a manifesté sa volonté de ne pas anticiper une exception nouvelle à la règle de l'immunité encore mal établie dans la pratique étatique (A) ; la problématique de conciliation du *jus cogens* et les immunités demeure donc en suspend (B).

A : La volonté de la Cour de ne pas anticiper les évolutions du régime des immunités

La Cour s'est néanmoins prononcée sur la question de l'existence d'une pratique coutumière venant infléchir la règle de l'immunité en cas de violations du droit impératif. Il n'est pas contesté que, conformément à l'article 38§1 du statut de la Cour, la « règle de l'immunité juridictionnelle » a valeur coutumière : c'est

une norme reconnue comme contraignante et faisant l'objet d'une réelle pratique étatique. La Cour souligne d'ailleurs que les deux parties considèrent que « l'immunité est régie par le droit international et ne relève pas simplement de la courtoisie »⁽¹⁾. Néanmoins, dans le cadre du second argument énoncé par l'Italie, la Cour a dû « rechercher si le droit international coutumier a évolué au point d'interdire à un État de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés »⁽²⁾. En l'espèce, cette question épineuse découle directement d'une situation dans laquelle des Cours nationales ont amorcé une nouvelle conduite, est-ce suffisant pour parler d'une exception ayant valeur coutumière ?

Dans ce cas spécifique d'une nouvelle « norme » au regard de violations graves des droits de l'homme, la Cour a estimé que la pratique contredisait son émergence réelle⁽³⁾. Afin d'arriver à cette conclusion, la Cour évoque les affaires *Distomo & Margellos* ainsi que d'autres décisions nationales dont les conclusions restent marginales au regard de la pratique des autres États en matière

(1) Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), *op. cit.*, par. 58, p. 122.

(2) *Ibid.*, par. 83.

(3) *Ibid.*

d'immunité de juridiction. Il apparaît donc que, hormis les décisions récentes des juridictions italiennes, il n'existe pas de pratique généralisée sur laquelle la CIJ aurait pu s'appuyer afin de conclure à l'émergence d'une règle coutumière.

B : La persistance de la problématique des immunités face au *jus cogens*

Si la CIJ a assuré la continuité de ses décisions, elle a manifestement échoué à trancher la question de l'évolution des immunités juridictionnelles au regard de pratiques étatiques nouvelles. Le droit international ne saurait rester figé et, bien que la CIJ ait pour l'instant décidé de maintenir un statut quo en matière d'immunités, les interrogations demeurent et les critiques perdurent.

L'Italie, dans un second argument, avait affirmé que c'était « en raison de l'effet cumulé de la gravité des violations, du statut des règles violées et de l'absence d'autres voies effectives de réparation que la décision des tribunaux italiens de dénier à l'Allemagne l'immunité était justifiée »⁽¹⁾. Cette dimension « cumulative » illustre que la problématique des immunités face

(1) *Ibid.*, par. 105.

aux violations des droits de l'homme cumule actuellement de nombreux arguments en défaveur du maintien du privilège. La cour ne saurait durablement se cantonner à des conclusions partiellement déconnectées de la réalité du droit international contemporain.

Cette apparente frilosité pourrait être requalifiée de « prudence » puisque la Cour a démontré par le passé sa volonté de ne pas anticiper ce que la communauté internationale ne serait de toute façon pas prête à accepter. Le développement du concept de *jus cogens* illustre bien la lenteur qui peut caractériser les avancées de la Cour : mentionné pour la première fois aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne de 1969, le concept n'a été consacré qu'en 2002 par la CIJ⁽¹⁾. Il serait raisonnable d'ajouter que le processus de formation des normes impératives et de leurs conséquences en tant que telles n'est pas achevé. Les problématiques contemporaines du droit international sont susceptibles d'entraver la conception classique de la souveraineté étatique. La CIJ de ce point de vue, fait donc peut être preuve plus de prudence que de sagesse.

(1) L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo C. Rwanda).

Chapitre 2 : L'avenir incertain des immunités juridictionnelles**Section 1 : Le conflit persistant entre immunités juridictionnelles et *jus cogens*.**

A l'échelle de l'existence du droit international, la notion de *jus cogens* est extrêmement récente et toujours en cours de développement. Deux caractéristiques utilisées par certains de ses détracteurs pour affirmer qu'elle n'a pas d'existence réelle au sein de l'ordre juridique international⁽¹⁾. S'il est vrai que, à ce jour, les effets juridiques d'une telle notion sont restreints, notamment vis à vis de la responsabilité internationale ou des normes contraires, elle n'en demeure pas moins un instrument potentiellement prometteur. Il apparaît que « le débat doctrinal sur le *jus cogens* ressemble souvent à une dispute théorique entre militants et négateurs, où les premiers défendent ce qui devrait se produire dans un monde supposé plus juste [...] et les seconds se concentrent sur ce qu'ils voient comme le monde tel qu'il est »⁽²⁾. Ce débat fait écho à celui

(1) KOLB, Robert, « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, vol. 4, 2009.

(2) FOCARELLI Carlo, « Immunité des Etats et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers », *op. cit.*, p. 773.

qui anime les partisans d'une nouvelle exception de l'immunité juridictionnelle et ceux qui y sont opposés.

Il ne s'agira pas de s'intéresser ici aux effets du *jus cogens*, point déjà largement abordé dans la première partie consacrée à la responsabilité étatique et défini à travers la théorie de la hiérarchie des normes, mais bien de s'intéresser au poids reconnu à la notion.

A travers l'examen de ce qu'est et de ce que n'est pas le *jus cogens*, nous allons tenter de déterminer s'il s'agit de l'instrument le plus approprié pour permettre l'infléchissement de la règle de l'immunité dans les cas où celle-ci empêche les victimes de violations graves de droits de l'homme d'obtenir réparation (§1). Puis, nous verrons que ses détracteurs le considèrent comme une simple technique juridique incapable d'infléchir la règle des immunités juridictionnelles (§2).

§1 : La nécessaire influence de la reconnaissance du *jus cogens* sur les normes internationales préexistantes

Nous verrons que si le *jus cogens* a acquis une reconnaissance au niveau de juridiction internationale (A), son utilisation dans la pratique dans les relations inter-étatiques n'en est qu'à ses balbutiements (B).

A : Le développement progressif du *jus cogens*

Invoquée aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne consacrée aux traités de 1969, la portée du *jus cogens* devait initialement se cantonner au respect, par tout acte conventionnel, de certaines règles du droit international préétablies. Désormais, la conception de « norme impérative » semble dépasser le simple cadre conventionnel afin de s'inscrire dans un cadre plus large. La CIJ parle notamment « d'obligations des États envers la Communauté internationale dans son ensemble » et de droit dont l'importance est telle que « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »⁽¹⁾.

Selon les Professeur Daillier, Forteau et Pellet, ces articles « établissent une véritable hiérarchie entre les normes impératives et les autres [mais] en aucune manière ils n'instituent une nouvelle catégorie de sources formelles du droit international »⁽²⁾. Les normes de *jus cogens* ne sont donc pas primaires par nature, cette qualité ne leur est pas attribué ex-nihilo ; il s'agit d'un « statut »

(1) Obiter dictum, Barcelona Traction, Arrêt, CIJ, 5 février 1970.

(2) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public, op. cit.*, par. 125, p. 222.

conféré à certaines normes par l'ensemble de la Communauté internationale. La qualité « impérative » n'est donc pas conférée à une norme par une source ou un mode de création spécifique mais bien par la valeur que lui accorde et reconnaît l'ensemble de la Communauté internationale. Ces normes peuvent être issues de différentes sources, leur caractère impératif découlant de leur acceptation et reconnaissance par l'ensemble des États. Il conviendra donc de s'interroger sur la manière dont les normes du *jus cogens* acquièrent ce statut et non sur la manière dont elles se forment : elles peuvent potentiellement être issues de tout type de sources du droit international public.

Le *jus cogens* a connu un développement progressif, dès 1998, dans l'arrêt Furundzija⁽¹⁾, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie va qualifier la prohibition de la torture de *jus cogens*. Dans le sillage de cette qualification, le tribunal va établir trois conséquences possibles en cas de violation d'une telle norme : d'abord, la responsabilité individuelle de son auteur est engagée, permettent ainsi aux États d'engager des poursuites à son encontre sur le fondement de leur compétence universelle ; ensuite,

(1)Prosecutor v. AntoFurundzija, Trial Chamber of the ICTY, 10 décembre 1998.

l'injonction faite aux États tiers de ne pas reconnaître de tels actes ; enfin, le droit de toute victime de saisir un tribunal interne ou international capable de condamner les actes violant la norme impérative⁽¹⁾.

La CIJ n'a consacré les termes de « *jus cogens* » qu'en 2006 dans l'arrêt Activités armées sur le territoire du Congo⁽²⁾ en même temps que la Cour conférait cette nature à l'interdiction du génocide.⁽³⁾ Deux limitations ont été apportées à cette « reconnaissance officielle » : le consentement des parties est toujours nécessaire afin d'instituer la compétence de la Cour⁽⁴⁾ et la violation d'une norme impérative, même dans le cas d'un génocide, ne revêt pas pour autant une norme pénale⁽⁵⁾.

(1) Prosecutor v. Anto Furundzija, Trial Chamber of the ICTY, *op. cit.*, par. 155-156.

(2) Activités armées sur le territoire du Congo, Congo v. Rwanda, 3 février 2006, par. 64.

(3) DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias & PELLET Alain, *Droit international Public, op. cit.*, p. 224.

(4) Activités armées sur le territoire du Congo, Congo v. Rwanda, 3 février 2006, pars. 64, 69 et 125.

(5) *Ibid.*, par. 167.

B : L'utilisation nouvelle faite du jus cogens

Si les juridictions internationales ne sont pas encore prononcées sur la compatibilité entre immunités juridictionnelles et violations du *jus cogens*, arguant que la nature procédurale des immunités empêche cette confrontation, il est peu probable que cette situation perdure indéfiniment. La reconnaissance de normes impératives est un développement récent du droit international public aux contours encore flous ce qui explique que sa conciliation avec des normes préexistantes ne soit pas toujours aisée. Les juridictions internationales auront nécessairement à se prononcer un jour sur la conciliation entre développements récents du droit international et droit positif antérieur si la norme ancienne ne parvient pas à extinction elle-même.

Si la notion de *jus cogens* « est de plus en plus reconnue par les juridictions nationales et internationales, elle n'a jamais été véritablement opératoire dans la pratique interétatique »⁽¹⁾. La jurisprudence italienne est venue démentir cette affirmation en faisant un emploi audacieux de cette notion. C'est en effet au nom

(1) EL BOUDOUHI Saïda, « La motivation de la jurisprudence récente de la Corte Suprema Di Cassazione Italienne sur les immunités juridictionnelles de l'Etat », *op. cit.*, p. 747.

de *jus cogens* que la Corte Suprema di Cassazione, dans l'arrêt Ferrini⁽¹⁾, a écarté la règle de l'immunité juridictionnelle. Afin que le *jus cogens* se développe de manière raisonnée et harmonieuse, les juridictions internationales seront nécessairement amenées à se prononcer sur la problématique des immunités.

§1 : L'emploi erroné du *jus cogens* par les partisans d'un affaiblissement de l'immunité

A : Le *jus cogens* appréhendé en tant que simple technique juridique par ses détracteurs

Le professeur Kolb pense que le *jus cogens*, en tant que simple technique juridique n'est d'aucune aide dans la problématique des immunités. Selon lui, la solution ne saurait résider dans une conception relevant de la hiérarchie des normes mais doit être envisagée du point de vue de l'émergence d'une règle nouvelle. Le professeur Kolb a étudié plusieurs alternatives sur l'immunité de juridiction des États (règle numéro 1) et une nouvelle norme coutumière d'accès des victimes de crimes de guerre à la justice à des fins de réparation (règle numéro 2)⁽²⁾. Dans

(1) Femini c. Allemagne. Corte Suprema di Cassazione, 11 mars 2004.

(2) KOLB Robert, « La détermination du concept de *jus cogens* », *RGDIP*, Vol. 1, 2014, p. 20.

l'hypothèse où la règle numéro 2 serait reconnue comme « impérative », l'auteur imagine plusieurs cas pour l'ordre juridique international. Soit la règle numéro 2 a porté à extinction, c'est-à-dire qu'il existe une pratique effective en ce sens. Soit la norme numéro 2 a modifié la norme numéro 1 en faisant désormais figure d'exception ; la première norme est alors tempérée par la seconde.

L'auteur rejette l'idée selon laquelle le *jus cogens* constituerait un outil implacable qui, confronté à une norme non impérative, prendrait immédiatement le dessus⁽¹⁾. En rejetant l'approche fondée sur un « conflit de normes », la CIJ, à travers l'arrêt Allemagne c. Italie de 2012, semble favorable à cette approche qui semble laisser le temps à une norme nouvelle d'émerger ou à une norme ancienne de s'éteindre.

B : La sanction et la réparation en tant que normes secondaires

Enfin, c'est l'interdiction de la violation d'une norme impérative qui revêt un caractère de norme primaire alors que la sanction et la réparation de cette violation ne sont considérées que comme des normes secondaires. Pour pouvoir considérer à juste titre que les immunités juridictionnelles entravent une norme

(1)*Ibid.*

impérative, il faudrait que le droit à réparation lui-même qualité or il ne s'agit que d'une obligation internationale secondaire⁽¹⁾.

Il convient de distinguer « entre les règles primaires, celles qui ont une certaine force juridique hiérarchiquement supérieure aux règles « ordinaires », et les conséquences qui peuvent en découler et qui se trouvent régies par des règles secondaires »⁽²⁾. Selon le professeur Tomuschat, le *jus cogens* cherche à réprimer une conduite factuelle déterminée, par exemple le recours à la force, l'emploi de la torture ou du génocide. Le régime des réactions s'attachent à une infraction ne saurait être englobé dans l'interdiction primaire. Par exemple, l'interdiction de la torture ne dit rien sur la question de savoir si les victimes doivent disposer d'un droit de recours pour l'obtention d'une compensation financière contre l'État prétendument responsable.

(1) MARK Gibney "The Right to Access to Justice and the Duty of States to Provide Legal Assistance" , Routledge, 2021.PP.212.

(2) TOMUSCHAT Christian, « L'immunité des Etats en cas de violation graves des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 67.

Section 2 : La nature diplomatique et politique de la norme internationale des immunités de juridiction

Si on a constaté l'affaiblissement des fondements juridiques des immunités en cas de violation graves des droits de l'homme en raison des développements récents du droit international et de considérations nouvelles en matière de droits humains, il ne faut pas négliger le rôle joué par les considérations diplomatiques et politiques dans le maintien de la régie.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Al-Adsani rendu le 21 novembre 2001, énonçait que « l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »⁽¹⁾. Les immunités juridictionnelles sont effectivement une règle du droit internationale mais ce qui les empêche de céder face aux violations graves des droits de l'homme relève en grande partie de la diplomatie entre les États.

Dans l'affaire Pincz c. Federal Republic Of Germany, la Cour d'appel allemande a rejeté l'interprétation d'une loi qui

(1)Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, 21 novembre 2001, par. 34.

l'aurait conduite à refuser l'immunité à un État mis en cause pour violations de droits de l'homme. L'un des juges avait déclaré au sujet de refus de l'immunité que : « Such an expensive reading [Would place an enormous strain] upon our country's diplomatic relations with a number of foreign nations »⁽¹⁾.

On peut alors se demander si la courtoisie est encore un élément essentiel de l'ordre juridique international ? Si elle fut une pierre angulaire de la construction du droit international public, au cours de ses développements et de ses réalisations ne s'est il pas affranchi du politique ?

Du point de vue politique, des « considérations réalistes » ont été invoquées par différents juges, notamment dans l'affaire Al-Adsani. Ceux-ci soulignaient que ne pas permettre l'immunité dans des cas similaires à celui du demandeur pourrait avoir pour conséquence pour les États libéraux dans l'accueil des réfugiés et demandeurs d'asile de se voir « imposer la charge supplémentaire de garantir l'accès aux tribunaux à peut être des centaines de réfugiés afin qu'ils obtiennent une décision sur leurs actions civiles

(1) *Prinz c. Federal Republic Of Germany*, 26F.3d 1166 (DC cir 1994) reprod in 33ILM 1483 (1994) p. 1493.

en réparation des tortures qu'ils allégueraient»⁽¹⁾. Ce type d'argument aussi peu convaincant et peu fondé semble ignorer le droit d'accès aux tribunaux ainsi que le droit à réparation pour se fonder sur des arguments purement pratiques. Le professeur Pingel, souligne justement que ce type d'argument ne tient pas compte de la différence qu'il existe entre immunité juridictionnelle et immunité d'exécution⁽²⁾. Même si, en effet, remettre en cause les immunités de juridiction conduirait logiquement à questionner les immunités d'exécution. Ainsi, les biens des États, notamment les ressources provenant des comptes publics serait à la merci des juridictions étrangères⁽³⁾. Cela constitue un élément important dans la mesure où l'indemnisation des victimes de violations graves des droits de l'homme est l'une des principales motivations pour infléchir la règle de l'immunité.

Au-delà des affirmations péremptoires, on constate que la diplomatie, les intérêts politiques et stratégiques jouent toujours un

(1) Al-Adsani c. Royaume Uni, CEDH, 21 novembre 2001, opinion Dissidentes Pellompà et Bratza.

(2) PINGEL Isabella, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour des Strasbourg persiste », *op. cit.*, p. 898.

(3) M. KAPLAN Lee, States Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critic of the normative hierarchy theory, *The American Journal of international law*, *op. cit.*, p. 743.

rôle majeur au sein de la communauté internationale. Si les États consentent à la reconnaissance de normes audacieuses reposant sur des fondements moraux consensuels, la réalité des intérêts éloigne la pratique du théorique. Reconnaître deux règles difficilement conciliables revient à se laisser un choix relevant de la pure opportunité.

Si, comme nous l'avons précédemment examiné, les arguments juridiques en faveur d'une nouvelle exception de l'immunité juridictionnelle ne semble pas totalement aboutis, force est de constater que des motifs politiques et pratiques ont certainement influencé les tribunaux dans leur décision et ce, en dépit du droit international public.

Conclusion

Le professeur Bianchi soulignait à juste titre que l'état de confusion générale de la doctrine de l'immunité, s'illustrant par des pratiques disparates, peut être analysé comme un désaveu des États eux même qui estimerait qu'il ne « s'agit plus d'un instrument équitable de protection de la souveraineté de l'État étranger »⁽¹⁾.

(1) BIANCHI Andrea, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme ; la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *op. cit.*, p. 72.

Si le privilège d'immunité juridictionnelle ne semble pas, en l'état actuel des choses, prêt à disparaître, la formation d'une nouvelle pratique coutumière en faveur d'une exception en cas de violation graves de droits de l'homme semble inéluctable. S'il est seulement question d'une « tendance » pour l'instant, si celle-ci persiste, il est possible de présumer que la règle de l'immunité juridictionnelle sera nécessairement remise en question.

Dans l'hypothèse d'une multiplication du contentieux relatif aux immunités confrontées aux droit de l'homme, les juridictions devraient avoir, à terme, à se prononcer sur l'état du droit positif en la matière.

Si au regard de l'état actuel du droit international le privilège demeure, il est raisonnable d'envisager sa disparition future dans certaines circonstances. Notamment parce qu'il n'existe pas d'alternatives convaincantes et concrètes à la levée des immunités juridictionnelles des États. Cela pourra néanmoins être le cas dans l'hypothèse de la mise en place de modes de règlements inter-étatiques alternatifs ou de procédures nationales spécifiques permettant aux individus lésés par la violation d'une norme impérative de droit international d'obtenir réparation sur ce fondement.

La question de l'immunité des États et des violations flagrantes des droits de l'homme est une question sensible et complexe. Pour cela, je recommande ce qui suit :

- 1- Éviter les préjugés lors de l'examen d'une affaire : Les faits et les preuves doivent être recherchés avec précision, franchise et sans préjugés lors de l'étude d'une affaire liée à des violations des droits de l'homme et à l'immunité judiciaire de l'État.
- 2- Engagement envers les normes internationales : Les normes internationales relatives aux droits de l'homme et à l'immunité des États, qui comprennent la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'homme et les traités relatifs aux droits de l'homme, doivent être respectées.
- 3- Travailler pour améliorer la transparence : La transparence doit être renforcée dans le travail gouvernemental et judiciaire, et assurer la disponibilité des informations nécessaires pour évaluer la situation et intervenir en cas de violations.
- 4- Renforcement de la gouvernance et de la démocratie : Nous devons renforcer la gouvernance et la démocratie et parvenir

à la justice sociale et économique, en offrant l'égalité des chances à tous et en garantissant les droits de l'homme.

- 5- Travailler pour renforcer la responsabilité : la responsabilité doit être renforcée et les responsables de violations doivent être tenus responsables, en fournissant des mécanismes efficaces d'enquête, de jugement et de sanction.
- 6- Coopération internationale : Il y a un besoin de coopération internationale dans le domaine des droits de l'homme et de l'immunité judiciaire de l'État, et un travail sur l'échange d'expertise, d'informations et d'expériences réussies dans ce domaine.

Bibliographie

I : Ouvrages

a) Ouvrages Françaises

Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. 11, deuxième partie.

DAILLIER P., PORTEAU M. & PELLET A., *Droit international Public*, 8ème edition, éd. LGDJ, Lextenso, Paris, 2009.

b) Ouvrages Engalais

BROHMER J., *State Immunity and the violation of Human Rights*, éd. Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1997.

CASSESE A., *Realizing Utopia, The future of international Law*, éd. Oxford University Press, 2012.

CROWFORD J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition, éd. Oxford University Press, Oxford, 2008.

Helene Ruiz, "State Immunity and Human Rights", Fabri, Oxford University Press in 2020.

JOHN Ferejohn and LARRY Kramer, *Judicial Power, the Rule of Law, and the Limits of Legalism*", Harvard University Press in 2020.

MARK Gibney "The Right to Access to Justice and the Duty of States to Provide Legal Assistance" , Routledge, 2021.

II : ARTICLES

a) Articles Françaises

BIANCHI A., « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international, éd. A. Pedone, Paris, RGDIP, Vol. 1, 2004.

CIAMPI A., « L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes ». AFDI, Ed. CNRS, Paris, Vol. 56, 2008.

EL BOUDOUHI S., « La motivation de la jurisprudence récente de la Corte Suprema Di Cassazione Italienne sur les immunités juridictionnelles de l'État », éd. A. Pedone, Paris, RGDIP, Vol. 4, 2010.

FOCARELLI C., « Immunité des États et *jus cogens* : la dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangères », éd. A. Pedone, RGDIP, Vol. 4, 2008.

FRANCOIS Mélin, Les États étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion, Dalloz, Edition 14 septembre 2017, Civ. 2e, 12 juill. 2017, FS-P+B, n° 15-29.

HAFNER G. & LANGE L., « La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens », *AFDI*, éd. CNRS, Paris, Vol. 50, 2004.

KOLB R., « Nulité, inapplicabilité ou inexistence d'une norme coutumière contraire au *jus cogens* universel », éd. A. Pedone, Paris, *RGDIP*, Vol. 2, 2013.

KOLB R., « Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens* », éd. A. Pedone, Paris, *RGDIP*, Vol.4, 2009.

KOLB R., « *Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation « positive » et « négative » », *RGDIP*, Vol. 2, 2005.

PAVONI R. & BEAULAC S., « L'immunité des États et le *jus cogens* en droit international », étude croisée Italie/Canada, *Revue Juridique Thémis*, 43, 2009.

PELLET A., « Les articles sur les responsabilités internationales pour fait illicite, Suite et fin ? », *AFDI*, 2007.

PINGEL I., « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : La Cour des Strasbourg persiste, éd. A. Pedone, Paris, *RGDIP*, Vol.4, 2002.

STERN B., « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDL sur la responsabilité des États », *AFDI*, Vol. 47,2001, Paris.

TIGROUDJA H., « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de l'humanisation du droit international public », *AFDI*, vol. 52, 2006, pp. 617-640.

TOMUSCHAT C., « L'immunité des États en cas de violation graves des droits de l'homme », éd. A. Pedone, Paris, *RGDIP*, vol. 1, 2005.

WEDERKEHR M., « La Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972 », *AFDI*, Vol. 20, 1974.

b) Articles Anglais

KAPLAN M. L., « State Immunity, Human Rights and Jus Cogens : A critic of the normative hierarchy theory », *The American Journal of International Law*, Vol. 97, N°4, (Oct, 2003).

KOLB R. « La détermination du concept de jus cogens », éd. Pedone, Paris, RGDIP, Vol. 1, 2014.

LOUIS J. Kotzé, "The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives", Edward Elgar, 2016. PP.94.

NIKIFOROS Diamandouros, "The State, the Law, and the Judiciary: The Greek Experience", Cambridge University Press, 2018.

DAVID Nelken "The Limits of the Legal Process: A Study of Landlords, Law, and Crime", Cambridge University Press, 2019.

III : jurisprudence

Golder c. Royaume Uni, CEDH, 21 février 1995, série A N°18.

Beer et Regan c. Allemagne, CEDH, 18 février 1999, [GC], N°28934/95.

Walte et Kennedy c. Allemagne, CEDH, 18 février 1999, [GC], N°26083/94.

Forgaty c. RU, 21 Novembre 2001, CEDH, [GC210] N°37112/97.

Mc Ehinney c. Irlande, 21 Novembre 2001, CEDH, [GC], N° 31253/96.

Al Adsani c. RU, 21 Novembre 2001, [GC], CEDH, N°35763/97.

Al Adsani c. RU, 21 Novembre 2001, CEDH, opinion dissidente commune.

Velasquez Rodriguez c. Honduras, Cour interaméricaine des droits de l’homme, 29 Juillet 1988.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Arrêt, CIJ, Rec. 1970.

Activités militaires au Nicaragua, Arrêt, CIJ, 27 juin 1986, Rec. 1986.

Rainbow Warrior, Nouvelle Zélande c. France, Sentence arbitrale, CIJ, 30 avril 1990.

République démocratique du Congo c. Belgique, Arrêt, CIJ, 14 février 2002, Rec, 2002.

Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro, Arrêt, CIJ, 26 février 2007, Rec. 2007.

Immunités juridictionnelles de l’Etat, Allemagne c. Italie, Arrêt, CIJ, 3 Février 2012, Rec, 2002.

Usine de Charzow, CPJI, 1927, série n°9, p.21 et 1928, série A n°17, p.29.

Prosecutor v. Tadic, Decision on Jurisdiction (Appeal Chamber),
TPIY, 2 octobre 1995.

Furundzija, Ch, Première instance, TPIY, 10 décembre 1998.

The schooner exchange v. MFaddon & others, American
Supreme Court, 1812.

Filartiga v. Pena-Irala, United State Court of Appeal, second
circuit, 1979.

Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republic, Federal
District Court of Columbia, 1985.

Hamerada Hess v. Argentine Republic, American Supreme
Court, 1989.

Princz v. Federal Republic of Germany, US Court of appeals of
the district of Columbia, circuit, S. Wald dissenting opinion,
1994.

Ferrini c. Allemagne, Cour Suprême italienne, 2004.

Borri c. République argentine, Suprema Corte di Cassazione,
2005, n°6532.

Milde, Corte Suprema di cassazione, sez, I penale, 2008,
n°1072.

Préfecture fédéral d'Allemagne c. Miltiadls Margellos, Haute Cour spécial grecque, 2002.

Republica federal du Germania c. Amministrazione regionale della Vojotia, Suprema Corte di Cassazione, sez un., 2008, n°14199.

Affaire Pinochet, Ch, Lord, 1999.

Bouzari c. Rep. Islamique d'Iran, Cour d'appel de l'Ontario, 2004.

IV : Textes juridiques

Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, 29 avril 1957.

Convention européenne sur l'immunité des États, 16 mai 1972.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradant, Assemblée Générale des Nations Unies, 10 décembre 1984.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, 2004.

Résolution de l'institut de Droit international, Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans

les procès contre les États, souverains ou chefs d'État étrangers, Hambourg, 1891.

Résolution de l'Institut de Droit international, L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des États étrangers, Aix en Provence, 1954.

Résolution de l'Institut de Droit international, les aspects récents de l'immunité de juridiction et l'exécution des États, 199.

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 40/34, 29, 1985.

Charte des Nations Unies, Organisation des Nations Unies, 1945.

American Foreign Sovereignty Immunity Act, 1976.

Canadian Sovereignty immunity Act, 1982.

Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act, Report by the Working Group of the American Bar Association, Columbia Journal of Transnational Law, 2002.

TABLES DES MATIERES

Introduction

Partie I : Les violations graves des droits de l'homme : vers une nouvelle exception aux immunités juridictionnelles des États

Chapitre 1 : Le développement d'impératifs « humains » au sein de l'ordre juridique international

Section 1 : La reconnaissance de l'importance du droit à réparation à travers la notion de responsabilité étatique

Section 2 : L'émergence d'une « marginalisation » du déni de justice

Chapitre 2 : L'émergence de pratiques étatiques nouvelles en matière d'immunités juridictionnelles

Section 1 : L'influence constante de la pratique étatique sur la règle de l'immunité juridictionnelle

Section 2 : Le rôle des instruments conventionnels et instruments internationaux dans l'évolution du régime des immunités

Partie II : Le rejet institutionnel de l'affaiblissement de la règle de l'immunité .

Chapitre 1 : Le rejet par les juridictions internationales d'une nouvelle exception d'immunité

Section 1 : Le rejet par la CEDH des bases juridiques justifiant l'affaiblissement des immunités

Section 2 : L'inflexibilité de la Cour internationale de justice

Chapitre 2 : L'avenir incertain des immunités juridictionnelles

Section 1 : Le conflit persistant entre immunités juridictionnelles et jus cogens

Section 2 : La nature diplomatique et politique de la norme internationale des immunités de juridiction