

# SZIER

Schweizerische Zeitschrift  
für internationales  
und europäisches Recht

# RSDIE

Revue suisse  
de droit international  
et européen

24. Jahrgang

4/2014

24<sup>e</sup> année

## Die Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen

DANIEL GIRSBERGER

## L'immunité de l'Etat confronté à ses crimes

ANDREAS BUCHER

## La comparaison judiciaire – Légitime, utile, praticable ?

THOMAS KADNER GRAZIANO

## Le droit international privé russe revisité

BERNARD DUTOIT

## Praxisberichte / Chroniques

Droit européen: Suisse – Union européenne

Europarecht: Schweiz – Europäische Union (KADDOUS/TOBLER)

Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2013) (KILLIAS)

Swiss Review  
of International  
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera  
di diritto internazionale  
e europeo

**SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht**

**RSDIE – Revue suisse de droit international et européen**

**RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo**

**SRIEL – Swiss Review of International and European Law**

[www.szier.ch](http://www.szier.ch) / [www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch)

**Herausgegeben von / Édité par:**

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: [www.svir-ssdi.ch](http://www.svir-ssdi.ch)

**Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften**

**Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales**

**Redaktionskomitee / Comité de rédaction:**

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Université de Genève (Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)

**Managing Editor:**

Dr. Lorenz Langer, Universität Zürich

**Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:**

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani,

Prof. Dr. Thomas Cottier et al., Prof. Dr. Sabine Gless, Dr. Xavier Favre-Bulle,

Prof. Dr. Michel Hottelier, Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. Robert Kolb,

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Ivo Schwander, Prof. Dr. Christa Tobler

**Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:**

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

[Lorenz.Langer@szier.ch](mailto:Lorenz.Langer@szier.ch)

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter [www.szier.ch](http://www.szier.ch) abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse [www.rsdie.ch](http://www.rsdie.ch).

**Verlag und Abonnementsverwaltung /**

**Edition et administration**

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: [zs.verlag@schulthess.com](mailto:zs.verlag@schulthess.com)

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich / Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–

ISSN 1019-0406

---

## Inhaltsübersicht/ Table des matières

**Tagungen/Workshops** ..... 544

### **Aktuell/Actualité**

DANIEL GIRSBERGER

Die Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen  
kommerziellen Verträgen ..... 545

### **Debatte/Débat**

ANDREAS BUCHER

L'immunité de l'Etat confronté à ses crimes ..... 553

### **Artikel/Article**

THOMAS KADNER GRAZIANO

La comparaison judiciaire – Légitime, utile, praticable? ..... 579

BERNARD DUTOIT

Le droit international privé russe revisité..... 619

### **Praxis/Chronique**

CHRISTINE KADDOUS/CHRISTA TOBLER

Droit européen : Suisse – Union européenne

Europarecht: Schweiz – Europäische Union ..... 643

LAURENT KILLIAS

Rechtsprechung

zum Lugano-Übereinkommen (2013) ..... 689

---

# L'immunité de l'Etat confronté à ses crimes

par **Andreas Bucher**<sup>1</sup>

*Based on the judgment rendered by the International Court of Justice in the case of Jurisdictional Immunities of the State on the 3rd February 2012, it would seem that state immunity constitutes an absolute bar to access to justice before a foreign court even when international crimes are at stake. While the judgment appears as a piece of logic and strong legal reasoning, it provides little focus on the relation between state immunity and the fundamental right of reparation of the victims of the most horrible crimes that are hurting today's sense of humanity. Too much has been said about a purported priority of rules of a jus cogens nature over state immunity. What is critical in this debate and has received little attention by the Court is the crucial question whether the state's protection of its immunity can go so far as to deprive the victims of any access to justice, as this was the case for the Italian forced labor workers and their descendants, as well as for the victims of the massacre committed by German army forces in the village of Distomo in Greece.*

## Tables des matières

- I. L'aperçu d'une jurisprudence rigoureuse
- II. L'arrêt Immunités juridictionnelles de l'Etat
  - A. L'immunité de l'Etat non affectée par les crimes de guerre
  - B. Le débat sur la supériorité du jus cogens
  - C. L'immunité de l'Etat jusqu'à ne laisser aux victimes aucun accès à la justice ?
    - 1. Le principe
    - 2. L'application pratique
    - 3. Les victimes déstabiliseraient la paix ?
    - 4. L'enjeu d'une négociation
    - 5. Est-ce impossible de redresser une injustice de masse ?
- III. Quel avenir pour l'immunité de l'Etat confronté à ses crimes ?

L'idée de cet article m'est venue au terme de la lecture d'une récente contribution dans cette *Revue*,<sup>2</sup> s'agissant de l'arrêt rendu le 3 février 2012 par la Cour

<sup>1</sup> Professeur honoraire, Université de Genève, Membre de l'Institut de droit international.

<sup>2</sup> ROBERT KOLB et THIAGO BRAZ JARDIM OLIVEIRA, « Le droit des immunités juridictionnelles étatiques et l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire italo-allemande », *RSDIE* 23 (2013) p. 243–264. Cette contribution est complémentaire à celle de KOLB, *Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2012*, *RSDIE* 22 (2013) p. 151–198 (160–172), dans laquelle l'auteur rappelle qu'il était conseil pour l'Allemagne devant la Cour et qu'il ne saurait dès lors revendiquer le statut d'un commentateur objectif. Il semble logique que ce manque d'objectivité est ainsi également avoué par rapport à l'article subséquent dans le n° 2 de la *RSDIE* 2013.

internationale de la Justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*.<sup>3</sup> Cet arrêt animera encore pour longtemps les controverses, tant l'enjeu dont la Cour était saisie bouleverse profondément ceux sensibles aux souffrances des millions de victimes de la Seconde Guerre mondiale. A travers le sort qui leur est réservé, la place des droits de l'homme dans les relations internationales est au centre d'un débat qui n'est pas près d'être clos.

L'une des ouvertures pour rendre justice – modestement – pourrait consister à citer l'Etat responsable devant les tribunaux de l'Etat des victimes. L'arrêt de la Cour ferme cette porte. A suivre la rigueur d'un droit qui ne connaît pas d'état d'âme, il faudrait en rester là et accepter comme seule issue une négociation, qu'elle soit réelle ou virtuelle. Les lecteurs de la *Revue* méritent qu'un autre regard leur soit présenté, et avec lui des valeurs d'humanité soutenant que l'aspiration à la dignité humaine des victimes de génocides, de massacres, de tortures ou d'autres atrocités mérite un meilleur respect à travers le droit international.<sup>4</sup> Pour y parvenir, il convient d'approfondir les concepts de base, tels que présentés par la Cour, puis d'élargir l'observation aux conditions de leur application et de leur relation avec les principes tout aussi ancrés en droit international que sont le droit de réparation et d'accès à la justice des victimes de crimes graves de droit international.

## I. L'aperçu d'une jurisprudence rigoureuse

L'actualité de la question de l'immunité des Etats tient à plusieurs arrêts rendus récemment dans un sens restrictif, voire exclusif, à l'égard d'une exception à l'immunité pour des actes commis *jure imperii* lorsqu'une violation grave des droits humains est en cause (*human rights exception*). Il n'est pas certain que tous les *dicta* de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)* du 14 février 2002<sup>5</sup> et dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012 vont représenter pour longtemps l'état du droit international coutumier. Il n'en demeure pas moins que ces arrêts ont empêché des arrêts remarquables, tels

<sup>3</sup> *C.I.J. Recueil*, 2012, p. 99 ss, par. 80–97, *ILM* 2012 p. 569, également reproduit in RUTH STEGER, *Staatenimmunität und Kriegsverbrechen*, Frankfurt a.M. 2013, p. 154 ss.

<sup>4</sup> Pour les auteurs cités, *RSDIE* 2013 p. 255, il faut «résister à la tentation de faire simplement «primer» les droits de l'homme» et de faire comme si le droit international était «une espèce de bac de sable» dans lequel on construirait des «châteaux éphémères» (fondés, rappelons-le, sur les droits de l'homme!), au point qu'«aucun système juridique ne pourrait résister à l'ébranlement d'un tel subjectivisme remuant». Le lecteur de la *Revue* jugera du sérieux de ce qui lui est ainsi présenté.

<sup>5</sup> *C.I.J. Recueil* 2002 p. 3 ss, § 58–61.

ceux rendus par la House of Lords dans le cas *Pinochet*<sup>6</sup> et par la Cour de cassation italienne dans le cas *Ferrini*<sup>7</sup>, de servir de levier vers un affaiblissement de l'immunité de juridiction des Etats. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas ouvert de nouvelles perspectives dans son arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001.<sup>8</sup> Elle a observé, toutefois, dans deux décisions rendues, respectivement, dans l'affaire *Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne* le 12 décembre 2002<sup>9</sup> et dans le cas *Grosz c. France* le 16 juin 2009,<sup>10</sup> que cette jurisprudence était fondée sur «la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani* précitée, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur». Une telle perspective semble cependant s'éloigner à en croire l'arrêt rendu le 14 janvier 2014 dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*,<sup>11</sup> qui confirme l'arrêt *Al-Adsani*. Il y est noté qu'il existe un soutien émergeant en faveur d'une exception en cas de demandes civiles fondées sur des actes de torture, qui pourrait déboucher sur des développements (par. 213) que les Etats contractants sont invités à observer (par. 215). Cependant, le prononcé hostile à toute mise en cause de l'immunité des officiels ayant agis au nom de l'Etat ne laisse rien entrevoir d'une telle évolution, ce d'autant que la Cour européenne s'en remet sans réserve à l'arrêt du 3 février 2012 de la Cour internationale de Justice. Elle en a fait de même dans la décision du 11 juin 2013, déclarant irrecevable la requête des «Mères de Srebrenica» dirigée contre les Pays-Bas, auxquels il était reproché d'avoir accordé l'immunité aux Nations Unies.<sup>12</sup> Paradoxalement, alors que l'on a évoqué des développements futurs, la jurisprudence ayant l'arrêt de la Cour internationale de Justice pour pilier aboutit à donner encore plus de poids aux solutions héritées d'une tradition fixant la souveraineté des Etats comme une priorité absolue.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Chambre des Lords, *Regina c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, (2000) Appeal Cases 147.

<sup>7</sup> Arrêt du 11 mars 2004, *RDI* 87 (2004) p. 539, *ILR* 128 p. 658.

<sup>8</sup> N° 35763/97, *CEDH Recueil* 2001-XI, p. 79 ss, par. 54–67.

<sup>9</sup> N° 59021/00, *CEDH Recueil* 2002-X, p. 389, *ILR*, 129, p. 537.

<sup>10</sup> N° 14717/06.

<sup>11</sup> N° 34356/06.

<sup>12</sup> N° 65542/12, par. 158, 164.

<sup>13</sup> Cf. MARKUS KRAJEWSKI et CHRISTOPHER SINGER, «Should Judges be Front-Runners?, The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights», *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 16 (2012) p. 1–34 (29). Pour KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *RSDIE* 2013 p. 255, l'arrêt de la Cour internationale de Justice «n'a pas pour ambition de geler l'évolution du droit des immunités juridictionnelles», mais le premier auteur observe néanmoins que «ce jugement marque pour un temps certain un coup d'arrêt dans l'évolution possible du droit relatif aux immunités à travers des jugements internes ou des actes étatiques isolés» (*RSDIE* 2013 p. 171).

## II. L'arrêt Immunités juridictionnelles de l'Etat

Les commentateurs ont été nombreux à remarquer la rigueur de l'analyse de l'arrêt, qu'on veuille la qualifier de logique, syllogique, formelle ou juridique.<sup>14</sup> Cependant, à y regarder de plus près, cette rigueur n'est qu'apparente.<sup>15</sup> D'autres solutions que celle de l'arrêt pourraient se présenter avec leur propre rigueur. Les points essentiels se trouvent là où la justice a fait ses choix – sans égard au formalisme de la présentation.

### A. L'immunité de l'Etat non affectée par les crimes de guerre

L'idée d'effacer l'immunité de l'Etat lorsque celui-ci doit faire face aux conséquences de ses crimes en droit international pose à la Cour tout d'abord un « problème de logique » (par. 82). Il ne peut exister, dans cette « logique », un traitement de l'immunité qui serait autre que « préliminaire », étant donné que cette immunité « permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (par. 82). Si l'idée avancée par l'Italie était juste, il faudrait d'abord se livrer à un examen de fond pour savoir si l'on est en présence de violations graves du droit international, avant de trancher la question de l'immunité ; le procès au fond aurait lieu avant de juger de son « préalable ». En l'espèce, l'argument semble vide de sens, étant donné que ce point de fond était admis d'emblée par toutes les parties et rappelé par la Cour (par. 52, 94). Si, néanmoins, cette logique était ce qu'on en dit, il ne devrait jamais exis-

<sup>14</sup> Cf., notamment, HORATIA MUIR WATT, « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev.crit.* 101 (2012) p. 539–552 ; ANNALISA CIAMPI, « The International Court of Justice Between <Reason of State> and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes », *RDI* 95 (2012) p. 374–398 ; GIUSEPPE SERRANÒ, « Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alla immunità giurisdizionale dello stato », *RDIPP* 48 (2012) p. 617–646 ; NERINA BOSCHIERO, « Jurisdictional Immunities of the State and Exequatur of Foreign Judgments: A Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in Germany v. Italy », *International Courts and the Development of International Law, Essays in Honor of Tullio Treves*, La Haye 2013, p. 781–824 ; CARLOS ESPÓSITO, « Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States », *JIDS*, 4, 2013, p. 439–456.

<sup>15</sup> On a aussi parlé de « l'illusion de neutralité » entretenue par la Cour (PIERRE-FRANÇOIS LAVAL, « L'arrêt de la Cour internationale de justice sur les immunités juridictionnelles de l'Etat », *AJIL* 58 (2012) p. 147–180 (148) et d'un « déni de l'indétermination de la norme » (MUIR WATT, *op.cit.*, *Rev.crit.* 2012 p. 549 s.) et dit que « The decision may be shown to be less comprehensive than a first reading might suggest. » (HAZEL FOX et PHILIPPA WEBB, *The Law of State Immunity*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2013, p. 475.

ter de situation dans laquelle le tribunal examine le fond avant de trancher la question de l'immunité.

La réalité judiciaire ne se présente pas en ces termes. En effet, dans des hypothèses touchant à une compétence *ratione materiae*, le juge appelé à statuer préalablement sur sa compétence doit se convaincre que la demande présente – pour le moins *prima facie* – les caractéristiques de la matière qui relève d'une telle compétence.<sup>16</sup> Il en va de même dans les cas dans lesquels l'immunité de l'Etat, condition de juridiction *ratione personae*, est à son tour assortie d'une délimitation définie *ratione materiae*.<sup>17</sup> Ainsi, lorsque l'immunité doit s'effacer dans certains litiges portant sur des contrats de travail (tels les cas de l'art. 11 de la Convention de 2004 des Nations Unies), le tribunal saisi, avant de trancher l'exception d'immunité, doit d'abord considérer le fond pour s'assurer qu'il est bien en présence d'une demande portée contre l'Etat employeur justifiant une dérogation à son immunité. C'est encore la *nature* du rapport de droit litigieux, question directement liée au fond, qui détermine, de l'avis quasi-unanime, si, en l'espèce, l'acte allégué relève du domaine du *jure gestionis* ou non.<sup>18</sup> Le « problème de logique » ne se pose donc pas dans les termes présentés par l'arrêt.<sup>19</sup> De toute manière, la Cour ne semble pas en être entièrement convaincue non plus, puisqu'elle enchaîne en disant qu'elle « doit néanmoins rechercher si le droit international coutumier a évolué au point d'interdire à un Etat de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés » (par. 83). La conclusion de cette analyse, on le sait, est catégoriquement négative (par. 91).

Lorsque l'on observe les précédents et les instruments de droit international examinés par la Cour, on peut hésiter. En effet, parmi les jurisprudences citées, à l'exception d'un arrêt canadien et d'un autre de la Nouvelle Zélande, toutes sont d'origine européenne (par. 85).<sup>20</sup> Le fait qu'aucune limitation, du genre de

<sup>16</sup> La détermination de l'objet du différend peut conduire la Cour à un examen préalable de la même nature, lorsqu'il s'agit de savoir si les parties ont consenti mutuellement à la compétence de la Cour, ainsi dans l'arrêt relatif à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, du 4 juin 2008, *C.I.J. Recueil* 2008 p. 177 ss, par. 67–95.

<sup>17</sup> Cf. BENEDETTO CONFORTI, « The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity », *Italian Yearbook of International Law* 21 (2011) p. 135–142 (138).

<sup>18</sup> Cf., également, LAVAL, *op.cit.*, *AFDI* 2012 p. 157, 168, estimant que la présentation de la Cour s'accommode mal avec la doctrine de l'immunité relative; de même, CIAMPI, *op.cit.*, *RDI* 2012 p. 385.

<sup>19</sup> Cf., par ailleurs, sur le problème général de l'exercice de cette compétence de la compétence, l'opinion individuelle de la Juge Higgins dans l'arrêt rendu le 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil* 2003 p. 161 ss, par. 27–36.

<sup>20</sup> La décision rendue au Royaume-Uni dans l'affaire *Pinochet* n'est pas jugée pertinente (par. 87).

celles invoquées par l'Italie, n'ait été retenue dans la Convention des Nations Unies a sans doute pesé lourd dans la balance (par. 89). En revanche, il n'est pas mentionné que l'immunité de l'Etat et de ses agents ne peut être invoquée devant les juridictions pénales internationales. Cela semble s'expliquer par l'observation faite dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* que ces solutions ne révéleraient pas l'existence, en droit international coutumier, d'une exception similaire en ce qui concerne les juridictions nationales (par. 58). Toutefois, cela resterait à vérifier.<sup>21</sup> Car il semble peu cohérent, voire contradictoire, de constater la volonté des Etats de soutenir la répression des crimes aux droits de l'homme devant les tribunaux pénaux internationaux et d'affirmer que cette volonté politique ne révélerait aucune intention de préserver les mêmes valeurs devant les juridictions nationales<sup>22</sup>. Toutes les initiatives se développant en faveur de mécanismes de responsabilité directement accessibles aux victimes de violations de droit international ne seraient pas l'expression d'une pratique des Etats et d'une *opinio juris* également répercutée au sein des Etats individuellement?<sup>23</sup> Lorsque le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie explique, dans son arrêt *Furundzija*,<sup>24</sup> que les dispositions de son statut (art. 7) sont « indisputably declaratory of customary international law », il s'agirait d'un droit international coutumier sans impact à l'égard de chaque Etat ?

## B. Le débat sur la supériorité du jus cogens

Quasiment les mêmes jurisprudences, surtout européennes, soutiennent le rejet de l'argument qu'il existerait une supériorité normative de la prohibition des crimes graves en droit international, fondée sur sa qualité de *jus cogens*, qui tiendrait l'immunité des Etats en échec (par. 96). La Cour aurait pu en rester là. Elle a préféré s'engager dans une analyse normative des principes en jeu, certes

<sup>21</sup> On relèvera, en effet, que l'arrêt (par. 55) cite l'arrêt *Plateau continental (Jamahiriya Arabe Libyenne c. Malte)* du 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil* 1985 p. 13 ss, constatant que pour rechercher la substance du droit international coutumier, « les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant » (par. 27).

<sup>22</sup> Par ailleurs, une distinction selon le caractère pénal ou civil de la procédure ne serait pas décisive, étant donné que plusieurs des tribunaux internationaux et notamment la Cour pénale internationale disposent d'une compétence comprenant la réparation due aux victimes (art. 75 du Statut de Rome).

<sup>23</sup> Cf. MUIR WATT, *op.cit.*, *Rev.crit.* 2012 p. 551 ; ALBERTO L. ZUPPI, « Immunities of state officials as a non-exculpatory defense in international criminal law », *Europäische Integration und Globalisierung*, Baden-Baden 2011, p. 653–669 (658–660).

<sup>24</sup> *Prosecutor v. Anto Furundzija*, affaire IT-95-17/1-T (1998), n° 140, *ILM* 1999 p. 317.

rigoureuse et cohérente en elle-même, mais sans adresser directement la question essentielle de l'accès des victimes à la justice.

En effet, les deux corps de règles en jeu, celles relatives au *jus cogens* et celles sur l'immunité, appartiennent à des catégories juridiques différentes qui n'ont aucun rapport entre elles. Dès lors, il ne peut exister un conflit entre elles. L'idée d'une éventuelle supériorité de l'une de ces catégories de règles sur l'autre est dépourvue de toute pertinence. Encore faut-il cependant que soit défini le critère de délimitation entre ces deux catégories, critère qui confère à celles-ci leur autonomie par rapport à chacune d'elles. La Cour le trouve dans la « nature procédurale » des règles régissant l'immunité de l'Etat ; ces règles « se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite » (par. 58, 93). La notion de procédure sert ici de véhicule pour un raisonnement dont la justification n'est pas énoncée. En effet, cette notion n'a pas un contenu déterminé en droit international coutumier ; elle est tributaire des droits nationaux, dont on sait bien qu'ils sont très variés à cet égard. Elle est utilisée pour se démarquer du *jus cogens* qui, lui, comporterait uniquement des « règles de nature matérielle » (par. 95), telles les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé (par. 93).

En apparence, l'argument ne manque pas de force. Il sert cependant uniquement à isoler les règles du *jus cogens* par rapport à celles sur l'immunité de l'Etat. La Cour constate ainsi que l'argument tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats a été écarté par les tribunaux de plusieurs Etats et par la Cour européenne des droits de l'homme (par. 96). En réalité, c'est un faux débat, car l'immunité restreint, certes, l'accès des justiciables aux tribunaux,<sup>25</sup> mais cet accès ne relève pas du *jus cogens*.<sup>26</sup> Inutile d'insister pour faire dire à une notion ce qu'elle n'est pas censée dire.<sup>27</sup>

L'arrêt fait implicitement allusion au vrai problème, cependant sans poursuivre une analyse qui reste cantonnée à la prétendue supériorité du *jus cogens*. Il est dit, en effet, qu'il n'existerait aucun conflit non plus si les règles de l'im-

<sup>25</sup> Comme l'arrêt le remarque par ailleurs, l'immunité « permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (par. 82).

<sup>26</sup> Cf. PIERRE D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles 2002, p. 801 ; BRIGITTE STERN, « Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des Etats et des chefs d'Etat en cas de crime de droit international ? », *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, p. 511–548 (544–546).

<sup>27</sup> Comme le fait CARLOS ESPÓSITO, « Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: «A Conflict Does Exist» », *Italian Yearbook of International Law* 21 (2011) p. 161–174.

munité de l'Etat étaient comparées, non aux règles sur le fait illicite initial, mais à l'obligation de réparation. Car cette obligation serait indépendante – dit l'arrêt – des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet. Elle est donc également indépendante du droit de l'immunité de l'Etat qui ne concerne que les secondes (par. 94). L'arrêt ajoute une comparaison avec une pratique séculaire des traités de paix et de règlements d'après guerre qui soit n'exigent pas le versement d'indemnités, soit se contentent du versement d'une somme forfaitaire. On ne saurait donc voir apparaître une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes à laquelle il serait interdit de déroger (par. 94 *in fine*). Or, si l'argument est correct, il n'est pas pertinent pour définir la place du *jus cogens*, qui ne connaît précisément pas une telle obligation de réparation en tant que norme impérative de droit international.

Le rapport entre l'obligation de réparer le préjudice subi par les victimes et l'immunité de l'Etat responsable des atrocités commises est en effet un problème à part, qu'il aurait fallu examiner pour lui-même, indépendamment de la place réservée au *jus cogens*. Car l'interdiction de commettre des crimes graves de droit international fait encore partie du droit international général ou coutumier, sans égard à sa qualité de *jus cogens*. Elle est complétée par une obligation de l'Etat responsable de réparer le préjudice subi par les victimes.<sup>28</sup> A cette obligation est associée celle de mettre des moyens à disposition afin de rendre cette réparation effective. Or, dans certains cas, seul l'accès individuel de la victime à une juridiction compétente permet d'assurer l'octroi effectif d'un tel droit.

Dans une telle hypothèse, comment articuler ce droit par rapport à l'immunité de l'Etat dont la responsabilité est en cause? Car le conflit se présente bel et bien, entre le droit matériel de la victime à une réparation et l'immunité réclamée par l'Etat défendeur. On peut certes faire valoir que la question de l'immunité, relevant de la «procédure», serait à trancher préalablement, avant le fond (par. 82). Il est tout aussi certain, cependant, qu'au cas où l'immunité est accordée, il n'y a pas de juridiction à laquelle la victime puisse accéder pour faire valoir son droit, sauf dans l'hypothèse, illusoire en l'espèce, d'un for disponible dans l'Etat responsable des crimes commis ou d'un règlement global convenu entre les Etats concernés. Le conflit entre le refus d'accéder au tribunal pour cause d'immunité et l'accès à la justice afin d'obtenir son droit est direct, les deux positions étant clairement antinomiques. L'arrêt de la Cour n'y répond pas : il constate que l'immunité de l'Etat n'affecte pas le *jus cogens* et règle ainsi

<sup>28</sup> Cf., en dernier lieu, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, C.I.J. Recueil 2010 p. 639 ss, par. 160 et 161); de même, l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le 12 mai 2014, dans l'affaire *Chypre c. Turquie* (n° 25781/94, par. 46).

un conflit dont il est dit qu'il n'existerait pas, mais il ne règle pas le conflit qui se présente, à niveau égal, entre le droit d'accès des victimes à la justice pour faire répondre l'Etat de ces crimes de droit international, d'une part, et l'immunité invoquée par cet Etat, d'autre part.<sup>29</sup> La même lacune apparaît dans les jurisprudences citées, dont la Cour explique qu'elles auraient écarté l'idée de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des Etats, et ce chaque fois « après un examen attentif » (par. 96). Or, les arrêts cités sont peu explicites sur la réponse du droit international au conflit entre l'accès des victimes à la justice en cas de crimes de droit international en tant que composant indispensable de leur droit à réparation, d'une part, et la défense de l'Etat invoquant son immunité, d'autre part.<sup>30</sup> Prétendre que cela représente le droit international coutumier est d'autant plus fragile au regard d'une *opinio juris* qui soutient avec force la mise en place de juridictions internationales dont l'action ne peut être paralysée par des Etats invoquant leur immunité.<sup>31</sup>

Le regard strictement conceptuel a obscurci le regard sur une autre manière de voir le poids du *jus cogens* dans ce contexte. En effet, même si cette notion ne renferme pas en elle-même, *per se*, une exception à l'immunité d'Etat, les règles qui en font partie s'imposent aux Etats avec des effets plus contraignants que les règles du droit international en général. Qu'il soit considéré comme nul, annulable ou inexistant, l'acte qui viole le *jus cogens* n'a pas de titre pour exister en droit international. Il ne peut donc jouir d'une protection, même résiduelle, sous couvert du principe de la souveraineté ou de celui de l'immunité de l'Etat. De surcroît, comment supporter l'idée qu'un crime prohibé par le droit international puisse compter parmi les actes de la puissance publique protégés par l'immunité d'Etat ?<sup>32</sup> N'est-il pas, non seulement contradictoire et absurde, mais également choquant au regard du respect dû à la dignité humaine de qua-

<sup>29</sup> On observera que l'affirmation selon laquelle « l'obligation de réparation est une règle qui existe indépendamment des règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet » (par. 94) répond uniquement à l'idée que cette obligation pourrait, en tant que règle appartenant au *jus cogens*, entrer en conflit avec le droit sur l'immunité de l'Etat. Eu égard au contexte dans lequel elle apparaît dans l'arrêt, elle n'entend pas dire que cette obligation ne pourrait pas entrer en conflit avec l'immunité indépendamment de cette qualification, étant donné que l'arrêt n'aborde pas la question sous cet angle-là.

<sup>30</sup> Cela n'empêche pas KOLB, *RSDIE* 2013 p. 171, de s'étendre sur le « grand soin » que la Cour aurait apporté à l'analyse « longue et minutieuse » de la jurisprudence des Etats, sans démonstration, d'autant plus indiquée que les arrêts cités sont principalement d'origine européenne et font le plus souvent l'impasse sur la question de l'accès à la justice.

<sup>31</sup> Le but principal de ces tribunaux consiste précisément, depuis le tribunal militaire de Nuremberg, à s'assurer que les anciens fonctionnaires de ces Etats assument leur responsabilité. Cf. STERN, *op.cit.*, *Liber Amicorum Lucius Castisch*, p. 512–515.

<sup>32</sup> Cf., parmi d'autres, ZACHARY DOUGLAS, « State Immunity for The Acts of State Officials », *BYIL* 82 (2011) p. 281-348 (321–330, 342).

lifier des *delicti imperii* comme étant commis *jure imperii*?<sup>33</sup> C'est au regard de ces éléments de valeur qu'il faut comprendre les décisions plus récentes qui persistent à opposer la prohibition de crimes internationaux du rang du *jus cogens* à l'immunité invoquée par ceux qui les ont commis, tels l'arrêt rendu dans l'affaire *Samantar* par le *US Court of Appeals of the Fourth Circuit* du 2 novembre 2012<sup>34</sup> et l'arrêt *Nezzar* du Tribunal pénal fédéral suisse du 25 juillet 2012.<sup>35</sup>

La Cour constitutionnelle italienne vient de trancher avec éclat en déclarant contraire à la Constitution la loi italienne qui avait ordonné aux tribunaux italiens de respecter l'arrêt de la Cour internationale de Justice. Depuis cet arrêt n° 238 du 22 octobre 2014, ces tribunaux vont pouvoir faire prévaloir les droits des victimes de graves atteintes aux droits de l'homme sur l'immunité d'un Etat qui n'entend pas assumer sa responsabilité en droit international.

## C. L'immunité de l'Etat jusqu'à ne laisser aux victimes aucun accès à la justice ?

### 1. Le principe

L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* fait grand cas du principe que la question de savoir si un Etat peut jouir de l'immunité devant les juridictions d'un autre Etat est « entièrement distincte » de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet Etat est engagée et si une obligation de réparation lui incombe (par. 100).<sup>36</sup> Or, dès le moment où on se demande comment cette respon-

<sup>33</sup> Cf. l'opinion dissidente du Juge CANÇAO TRINDADE, par. 177–184, 220, 306, rappelant l'impossibilité de classer les crimes de droit international dans les catégories d'actes *juri imperii* ou *juri gestionis*. Plus fondamentalement, il n'a jamais été démontré que l'immunité de l'Etat devait être destinée à préserver l'Etat responsable de crimes graves devant la justice (par. 199–203).

<sup>34</sup> 699 F.3d 763 (4<sup>th</sup> Cir. 2012), concluant par ces termes : « Because this case involves acts that violated *jus cogens norms*, including torture, extrajudicial killings and prolonged arbitrary imprisonment of politically and ethnically disfavored groups, we conclude that *Samantar* is not entitled to conduct based official immunity under the common law, which in this area incorporates international law. » La demande de *certiorari* a été rejetée par la Cour suprême.

<sup>35</sup> *Arrêts du Tribunal pénal fédéral suisse* 2012 p. 97 ss, constatant qu'il « serait à la fois contradictoire et vain si, d'un côté, on affirmait vouloir lutter contre ces violations graves aux valeurs fondamentales de l'humanité, et, d'un autre côté, l'on admettait une interprétation large des règles de l'immunité fonctionnelle (*ratione materiae*) pouvant bénéficier aux anciens potentats ou officiels dont le résultat concret empêcherait, *ab initio*, toute ouverture d'enquête. » (considérant 5.4.3). Cf. RAMONA PEDRETTI, « Die völkerrechtlichen Immunitäten von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsvertretern, am Beispiel des Nezzar-Falls », *Recht* 31 (2013) p. 182–194; INGRID WUERTH, « Foreign Official Immunity: Invocations, Purpose, Exceptions », *RSDIE* 23 (2013) p. 207–223.

<sup>36</sup> Cela rejoint la « différence fondamentale » que la Cour met en évidence « entre, d'une part, l'existence et la force contraignante d'obligations résultant du droit international et, d'autre part, l'exis-

sabilité peut être engagée concrètement, on s'aperçoit que la rigueur de l'affirmation s'évapore devant les réalités de ce processus. L'arrêt n'affirme-t-il pas que « l'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même » (par. 82)? Dès lors, en effet, si l'immunité est accordée, l'Etat en tire l'avantage de ne pas voir sa responsabilité engagée devant le tribunal saisi dans un autre Etat. Ces deux choses ne sont donc pas aussi « entièrement distinctes » comme l'arrêt les présente. On y lit également qu'il fallait distinguer entre l'obligation de réparation et les « moyens par lesquels il doit lui être donné effet », étant donné que l'immunité de l'Etat ne concerne que ces moyens et non l'obligation au fond en tant que telle (par. 94). La Cour admet donc que l'immunité de l'Etat peut avoir pour conséquence qu'il ne soit pas donné « effet » à l'obligation de réparation (sans mettre en cause l'existence de celle-ci). Or, si une telle obligation de l'Etat est dépourvue de tout effet, cela signifie que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée. Et si l'exception d'immunité en est la cause, ces deux aspects sont loin d'être « entièrement distincts ».<sup>37</sup>

Une distinction est néanmoins à faire et le renvoi qui est fait à l'arrêt *Mandat d'arrêt* permet de l'illustrer. Dans cet arrêt, il est souligné que l'immunité de juridiction accordée à un ministre des Affaires étrangères en exercice ne signifie pas que celui-ci est au bénéfice d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelque que soit leur gravité (par. 60). Et l'arrêt d'expliquer que ce bénéfice tombe dans certaines circonstances, lorsqu'un tel ministre est traduit devant les juridictions de son propre pays, que son Etat décide de lever l'immunité, qu'il a cessé d'occuper sa fonction officielle (notamment pour les actes commis avant ou après cette période), ou qu'il fait l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales (par. 61). Or, ainsi qu'on le verra, aucune de ces hypothèses ne peut s'appliquer ou être transposée au cas des victimes italiennes qui ont saisi les tribunaux italiens. Alors que l'immunité accordée dans l'arrêt *Mandat d'arrêt* laissait plusieurs options ou-

tence d'une cour ou d'un tribunal compétent pour résoudre des différends relatifs au respect de ces obligations. » – Arrêt du 26 février 2007 sur l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), C.I.J. Recueil 2007 p. 43 ss, par. 148.

<sup>37</sup> On ne suivra donc pas les auteurs qui affirment que « l'immunité se rattache désormais aux règles secondaires d'exécution du droit » (KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *RSDIE* 2013 p. 244), sans observer l'interaction évidente entre l'exécution et la procédure, d'une part, et le fond, d'autre part. Le premier auteur ne semble d'ailleurs pas convaincu, puisqu'il explique que « la règle de l'immunité n'est pas uniquement procédurale, mais qu'elle est aussi substantielle » (*RSDIE* 2013 p. 169), pour constater judicieusement que « l'immunité n'est pas une norme visant à faire en sorte que les réclamations ne puissent pas être faites valoir » (p. 170), ce qui constitue, à n'en pas douter, une préoccupation de droit matériel.

vertes afin d'éviter que les crimes prétendument commis par un ministre échappent à toute punition, dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'immunité accordée à l'Allemagne ne laissait aucun moyen aux victimes pour obtenir réparation. La Cour ne tire aucune conclusion de cette différence des situations dans ces deux arrêts, se bornant à constater que les victimes italiennes pourraient en effet se trouver empêchées d'obtenir une réparation judiciaire, à moins que les deux Etats – maigre consolation – ne veuillent bien entamer de nouvelles négociations (par. 104).<sup>38</sup>

Etant donné que l'obligation de réparation rend indispensable un « moyen pour lui donner effet », comme le reconnaît la Cour (par. 94), il aurait fallu s'assurer de la disponibilité d'un tel moyen avant d'éconduire les victimes des juridictions italiennes au motif de l'immunité de l'Etat défendeur. Car sans un tel moyen, l'obligation est impossible à mettre en œuvre, aucune réparation n'étant due, ce qui correspond à la conclusion de l'arrêt (par. 104). La Cour ne parvient pas à résoudre le conflit entre l'affirmation que l'immunité serait une question « entièrement distincte » de celle de l'obligation de réparation incombant à l'Etat (par. 100) et la conclusion que les victimes se trouveront privées de réparation judiciaire (par. 104). Or, en acceptant qu'il existe une obligation de réparation en droit international et que celle-ci ne peut être effective qu'à la condition de rendre disponible aux victimes un moyen pour y parvenir, l'accès à la justice qui constitue un tel moyen se place au rang du droit international général autant que l'immunité de l'Etat. Il n'y a pas de supériorité de l'un sur l'autre. Cela ne permet pas d'ériger d'emblée l'immunité en moyen de défense prioritaire, avec l'effet d'effacer le droit des victimes à ce que justice leur soit rendue.<sup>39</sup> En revanche, l'immunité de l'Etat devant les tribunaux de l'Etat des victimes peut l'emporter s'il existe des voies alternatives de protection de celles-ci. Bien qu'ils ne visent pas directement le sort de l'exception d'immunité de l'Etat devant un for étranger, les *Principes fondamentaux et directives* de 2005<sup>40</sup> auraient pu trouver leur place dans ce débat et fournir un autre reflet de l'*opinio juris*, constatant la nécessité pour les Etats d'assurer aux victimes d'une violation des

<sup>38</sup> Paradoxalement, alors que la Cour prend régulièrement grand soin de ne pas mettre en cause des Etats tiers, non parties à la procédure, elle évoque la situation des victimes individuelles alors que celles-ci n'ont aucun accès à la procédure. Cf. KRAJEWSKI et SINGER, *op.cit.*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, p. 32 s.

<sup>39</sup> Cf., en ce sens, KARSTEN THORN, « Schadenersatzansprüche der Zivilbevölkerung gegen ausländische Besetzungsmächte », *Moderne Konfliktformen, humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 44, Heidelberg 2010, p. 305–340 (324).

<sup>40</sup> Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (A/RES/60/147).

droits de l'homme ou du droit humanitaire « l'accès effectif à la justice » (par. 3). Si ce texte n'écarte pas l'immunité par principe, il lui en retire néanmoins le fondement lorsque, faute d'un moyen alternatif, elle a pour effet de priver les victimes de tout accès effectif à la justice.<sup>41</sup>

Pour parvenir à une solution acceptable, la Cour aurait dû examiner mieux qu'elle ne l'a fait l'argument de l'Italie selon lequel l'immunité ne saurait être accordée qu'à la condition de l'existence d'une autre voie effective permettant d'obtenir réparation que celle de plaider leur cause devant les tribunaux italiens (argument dit du « dernier recours »).<sup>42</sup> Répondant sommairement à cette objection, la Cour dit ne voir dans la pratique des Etats « aucun élément » permettant d'affirmer une telle solution, sans citer aucune jurisprudence ou de texte de loi nationale. On relèvera tout de même que parmi les arrêts cités par ailleurs par la Cour, il y en a tout au moins deux qui ont procédé à l'examen de cette question.<sup>43</sup> Quant aux autres arrêts implicitement évoqués par la Cour, ils ne sont que modérément convaincants sur ce point, étant donné que l'argument n'y est point évoqué et traité.

Au demeurant, le droit de l'immunité n'est pas insensible à la possibilité pour une partie qui se voit opposer l'immunité de l'Etat défendeur de trouver ailleurs un accès à la justice. La garantie d'un tel accès constitue en effet l'un

<sup>41</sup> On notera par ailleurs le constat du Comité contre la torture, dans son Observation générale n° 3 du 13 décembre 2012 (postérieur à l'arrêt de la Cour), que le fait d'assurer l'immunité à tout Etat pour des actes de torture ou de mauvais traitements entre « directement en conflit avec l'obligation d'assurer une réparation aux victimes » ; cela permet aux responsables de violations, est-il expliqué, de rester impunis et dénie aux victimes le plein exercice des autres droits garantis par l'article 14 de la Convention de 1984 (CAT/C/GC/3, par. 42).

<sup>42</sup> A suivre l'opinion individuelle du Juge Bennouna (*C.I.J. Recueil* 2012 p. 172 ss, par. 15, 20, 25) et celle, dissidente, du Juge Yusuf (*C.I.J. Recueil* 2012 p. 291 ss, par. 42, 53), l'Etat étranger perd le bénéfice de l'immunité lorsqu'il rejette toute mise en cause de sa responsabilité sous quelque forme que ce soit. Le Juge Bennouna en déduit qu'au cas où l'Allemagne refuse d'entamer des négociations en vue d'une satisfaction donnée aux victimes jusqu'alors exclues de tout régime de réparation, il serait légitime que la question de la levée de son immunité puisse être soulevée à nouveau (par. 25).

<sup>43</sup> Comme l'a déjà noté CONFORTI, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law* 2011 p. 139. On trouve une mention de ces deux arrêts également dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*, par. 146, 149. La Cour suprême de la Pologne, après avoir rejeté plusieurs des objections à l'immunité de l'Allemagne, s'est encore demandée si l'immunité allait causer aux demandeurs une restriction disproportionnée à leur droit d'avoir accès à un tribunal, ce qui a été nié au motif que des moyens alternatifs permettant la protection de leurs droits leur étaient accessibles (Arrêt du 29 octobre 2010, *Polish Yearbook of International Law* 2010 p. 299 ss, 303, *IPRax* 2011 p. 596). De même, la Cour constitutionnelle de la Slovaquie a estimé judicieux et conforme au principe de proportionnalité de retenir l'immunité de juridiction de l'Allemagne, étant donné que le recourant ne sera ainsi pas privé de protection juridique, puisqu'il pouvait se pourvoir devant les tribunaux allemands qui opèrent conformément aux exigences d'un Etat de droit (Arrêt du 8 mars 2001, Up-13/99, disponible sur le site de la Cour).

des fondements de l'immunité absolue accordée aux *organisations internationales*.<sup>44</sup> Certes, l'immunité de ces organisations s'articule dans un contexte différent de l'immunité des Etats et son régime est dès lors également différent. Mais cela n'empêche pas de faire des comparaisons lorsque certaines situations s'avèrent comparables. Ainsi, autant l'immunité de l'Etat laisse intact le droit litigieux au fond, autant l'immunité absolue des organisations internationales ne doit pas rendre le droit de fond illusoire. C'est pour cette raison qu'elle est assortie de la condition préalable de la disponibilité d'un mode de règlement des litiges, tant au plan interne (s'agissant des employés) que dans les relations externes (avec les tiers commerçants, notamment).<sup>45</sup> Au lieu d'affirmer simplement que l'immunité de l'Etat laisse intact le droit matériel litigieux, comme le fait l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (par. 100), il serait parfaitement compatible avec le principe de protection de l'Etat devant les juridictions d'un autre Etat d'exiger que les demandeurs puissent trouver justice ailleurs, notamment devant les juridictions de l'Etat défendeur lui-même. La situation serait alors comparable à celle des parties en litige avec une organisation internationale qui prétend jouir de son immunité. Aussi a-t-on soutenu que la possibilité effective d'un accès à la justice constitue une limite intrinsèque à l'immunité de l'Etat.<sup>46</sup> Il paraît étrange qu'une pratique consolidée par rapport aux organisations internationales ne soit pas prise en compte s'agissant de l'immunité des Etats.<sup>47</sup>

L'argument dit du dernier recours fait implicitement intervenir l'idée de proportionnalité : l'immunité de l'Etat est moins insupportable si justice peut être rendue autrement que devant le for d'un Etat étranger. Or, l'exigence de propor-

<sup>44</sup> Cf., notamment, les résolutions de l'Institut de droit international d'Oslo de 1977 sur *Les contrats conclus par les Organisations internationales avec des personnes privées* (art. 7 à 9) et de Lisbonne de 1995 sur *Les conséquences juridiques pour les Etats membres de l'inexécution par les organisations internationales de leurs obligations envers les tiers* (art. 12).

<sup>45</sup> La question se pose de savoir si l'omission de respecter cette « condition préalable » a pour effet de priver l'organisation de son immunité. La Cour européenne des droits de l'homme y a répondu négativement dans l'affaire des « Mères de Srebrenica », protégeant l'immunité des Nations Unies malgré le fait que cette organisation n'a pas mis sur pied un mode de règlement des demandes des victimes d'actes de cruauté commis par des troupes opérant sous son mandat. Pour la Cour, la protection de cette immunité fut décidée par les tribunaux des Pays-Bas, auxquels la carence des Nations Unies n'est pas imputable (décision du 11 juin 2013, n° 65542/12, par. 163–165).

<sup>46</sup> RAFFAELLA NIGRO, « Immunità degli stati esteri e diritto di accesso al giudice : un nuovo approccio nel diritto internazionale ? », *RDI* 96 (2013) p. 812–846 (824–830).

<sup>47</sup> En ce sens également CONFORTI, *op.cit.*, *Italian Yearbook of International Law* 2011 p. 140. Pour KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *RSDIE* 2013 p. 263, pour avancer sur ce point, « il faudrait faire davantage d'efforts pour justifier l'application d'une des branches de ces immunités à l'autre ». S'il en est ainsi, n'était-ce pas le rôle de la Cour internationale de Justice ? Et les commentateurs, au lieu d'affirmer qu'il n'y a pas de lien, ne devraient-ils pas fournir ces efforts avant de se lancer dans une direction dont ils admettent qu'après l'avoir examinée, elle pourrait s'avérer erronée ?

tionnalité n'est pas un corps étranger dans le droit de l'immunité des Etats. En observant la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, on constate en effet que celle-ci examine la portée de l'immunité de juridiction en termes de proportionnalité eu égard à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention dans des litiges en matière de contrats de travail, rappelant par ailleurs qu'une limitation du droit de saisir un tribunal ne doit pas restreindre le droit de l'individu d'une manière ou à un point tel qu'il s'en trouve atteint dans sa substance même.<sup>48</sup> Elle a rappelé également que les Etats ne peuvent se faire exonérer de toute responsabilité en transférant des compétences à des organisations internationales et en leur accordant des immunités, si la protection des droits fondamentaux selon la Convention s'en trouverait affectée.<sup>49</sup> En revanche, elle oppose un refus ferme à l'idée que la même exigence puisse jouer un rôle s'agissant de l'accès à la justice en cas de violations graves des droits de l'homme. Sur ce plan, le respect de l'immunité de l'Etat tel qu'il est commandé par le droit international est inhérent à l'article 6, paragraphe 1, et répond, *per se*, à cette exigence de proportionnalité.<sup>50</sup> La sauvegarde d'un accès à la justice de la victime torturée par les agents d'un Etat ou massacrée par des troupes sous mandat des Nations Unies ne rentre pas dans le cadre d'un tel examen.<sup>51</sup> L'inversion des valeurs est patente, et la cohérence de l'argumentation difficile à cerner.<sup>52</sup>

## 2. L'application pratique

La Cour internationale de Justice estime que l'application de pareille condition, si elle existait, serait en pratique extrêmement difficile ; l'affaire dont elle était saisie lui sert d'illustration, étant donné que les réclamations en cause auraient fait l'objet de discussions approfondies entre les gouvernements allemand et italien (par. 102). L'exemple semble être mal choisi, car les négociations avec

<sup>48</sup> Cf., notamment, les arrêts *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, n° 15869/02, par. 54–58 ; *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, n° 34869/05, par. 48–53.

<sup>49</sup> Arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, du 18 février 1999, n° 26083/94, par. 67, *CEDH Recueil* 1999-I p. 429 ; décision *Chapman c. Belgique*, du 5 mars 2013, n° 39619/06, par. 50.

<sup>50</sup> Arrêt *Jones et al. c. Royaume-Uni*, du 14 janvier 2014, n° 34356/06, par. 186–189. En ce sens déjà la décision du 11 juin 2013 (n° 65542/12), s'agissant de l'immunité des Nations Unies dans l'affaire des *Mères de Srebrenica* (par. 139 (f)).

<sup>51</sup> Ainsi, l'argumentation du requérant, dans l'affaire *Jones*, que l'immunité accordée à l'Arabie Saoudite devant les tribunaux britanniques le priverait complètement de tout accès à un tribunal civil (par. 167) n'est pas examinée par la Cour européenne dans son arrêt du 14 janvier 2014 (cf. par. 186–215).

<sup>52</sup> Cf. les critiques de NIGRO, *op.cit.*, *RDI* 2013 p. 830–846 ; SPYRIDON VRELLIS, « The World War II Distomo Massacre of Greek Civilians by German Armed Forces and the Right to Effective Judicial Protection », *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge 2013, p. 631–641.

l'Italie ont été achevées en 1961 déjà, par la conclusion de deux accords, qui n'ont cependant pas mis fin au différend;<sup>53</sup> celui-ci est réapparu lors de la création en 2000 de la fondation «Mémoire, Responsabilité et Avenir»<sup>54</sup> dont les prestations étaient cependant inaccessibles aux internés militaires italiens, comme les tribunaux allemands l'ont confirmé.<sup>55</sup>

Il a été expliqué devant la Cour et il n'est pas contesté que les internés militaires italiens n'étaient pas compris dans le champ *ratione personae* de l'activité de cette fondation qui avait pour rôle de procéder à une distribution de fonds qui devaient parvenir à de très nombreux victimes n'ayant pas été indemnisées jusqu'alors. Or, ce que l'on ne rappelle de nos jours que rarement, c'est le fait que ces victimes étaient dans leur très grande majorité des personnes ayant intenté à plusieurs reprises allemandes des procès aux Etats-Unis ou s'apprêtaient à le faire, dès 1998. Pour parer aux dangers d'une avalanche de condamnations pécuniaires ou de transactions auxquelles il est extrêmement difficile, devant les tribunaux américains, de résister, le gouvernement allemand, soutenu par son industrie, a monté une stratégie, négociée avec les autorités américaines, permettant de libérer les entreprises allemandes de ces menaces, en contrepartie d'un mécanisme de distribution de prestations suffisamment élevées pour entraîner le retrait des réclamations devant les tribunaux américains. Cette origine est rappelée dans le préambule de la loi allemande et on en saisit l'enjeu également du fait que l'industrie allemande avait pris sur elle de fournir la moitié des fonds nécessaires à la fondation. Les risques auxquelles l'industrie allemande était confrontée aux Etats-Unis étaient évidemment sans commune mesure avec la faible force des réclamations élevées par les victimes italiennes

<sup>53</sup> Cf. les par. 24 et 25 de l'arrêt. Le premier accord du 2 juin 1961 n'était applicable qu'aux réclamations alors déjà pendantes (ainsi que le rappelle également l'arrêt du 9 août 2012 de la Cour de cassation italienne, *RDIPP*, 2012 p. 775 ss, 778), tandis que le second accord, entré en vigueur le 31 juillet 1963, visait uniquement les ressortissants italiens persécutés «en raison de leur race, croyance ou idéologie». Les clauses de renonciation étaient limitées au champ matériel et temporel des accords et donc sans pertinence par rapport au différend porté devant la Cour (ce que *KOLB, RSDIE* 2013 p. 161, n'explique pas, faisant par ailleurs état d'un «Traité de paix avec l'Italie», sans mentionner que l'Allemagne n'en était pas partie; cf., sur ces questions, *STEGER, op.cit.*, p. 8–10, 13–16).

<sup>54</sup> «Erinnerung, Verantwortung und Zukunft», *Bundesgesetzblatt*, 2000, I, p. 1263.

<sup>55</sup> Cf. les par. 21–26, 108, de l'arrêt, ainsi que *STEGER, op.cit.*, p. 3–21. Il n'y a donc aucune place pour suggérer que les victimes aillent chercher la justice en Allemagne, comme le pense *JOE VERHOEVEN*, «Sur les relations entre immunités et jus cogens, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012», *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur de Pierre-Marie Dupuy*, Leiden 2014, p. 527–538 (531–534). Ainsi que l'auteur le remarque, certains l'ont fait, sans succès (p. 532); il n'y avait donc aucune raison de demander aux autres se trouvant dans la même situation de le faire encore. Ainsi que l'on peut le lire dans l'arrêt de la Cour (par. 98), l'Allemagne n'a pas contesté que des victimes n'aient pas pu obtenir réparation de la part des autorités allemandes, et elle n'a pas suggéré que d'autres puissent encore suivre la même voie.

et grecques.<sup>56</sup> On comprendra dès lors que l'appel à des négociations qui n'ont jamais eu lieu laisse un goût amer lorsque l'on s'en sert pour soutenir que la voie de la protection juridique devait rester fermée.

Le cas de la Grèce est encore plus évident. Les démarches des descendants des habitants massacrés à *Distomo* devant les tribunaux allemands ont échoué.<sup>57</sup> La Grèce est depuis quelques années, on le sait, dans une situation économique fragile. Elle est soumise aux instructions d'une «troïka» formée de représentants de l'Union européenne et du Fonds monétaire international. La contribution financière de l'Allemagne est importante. Difficile, dans ces conditions, d'exiger de l'Allemagne l'ouverture de négociations en vue d'indemniser enfin les victimes des massacres commis par les forces allemandes il y a 60 ans. Courageusement, le gouvernement grec a lancé une tentative lors de la récente visite du Président Gauck, venu en Grèce pour se recueillir devant la mémoire des civils grecs atrocement tués et de leur descendants. Ainsi que cela a été rapporté dans les médias, le Président, interrogé en conférence de presse, a répondu que la voie juridique était épuisée et que, dès lors, il n'y avait pas lieu d'entrer en matière sur la demande grecque d'entamer à ce sujet des pourparlers.<sup>58</sup> Le contraste est frappant au regard de l'impossibilité juridique de pro-

<sup>56</sup> S'ils n'avaient pas échoué devant les tribunaux allemands dans leur tentative d'être admis aux prestations de cette fondation, ils auraient dû se contenter des miettes. Car la distribution des fonds de ladite Fondation a été ainsi faite que ceux-ci devaient parvenir en quasi-totalité aux requérants américains. Pour la catégorie «reste du monde», il n'y avait qu'à peine 7%, ce qui aurait pu faire pour l'une des victimes italiennes un montant d'environ 400 €. Cf. Steger, *op.cit.*, p. 20. La fondation ayant dû servir pour 93% de ses moyens les créanciers américains, il est inexact de dire qu'elle aurait été créée «en vue d'indemniser les victimes italiennes de guerre», comme l'explique KOLB, *RSDIE* 2013 p. 161.

<sup>57</sup> Cf. MORITZ VON UNGER, *Menschenrechte als transnationale Privatrecht*, Berlin 2008, p. 199–232, avec les références.

<sup>58</sup> «Der Rechtsweg dazu ist abgeschlossen.» Il aurait ajouté : «Dies ist auch die Haltung der Bundesregierung, der er nicht widersprechen wolle.» Cf., parmi d'autres : *Frankfurter Allgemeine*, 6 mars 2014 ; *Die Welt*, 6 mars 2014 ; *Handelsblatt*, 6 mars 2014. On rappellera que ce conflit comprend encore la prétention de la Grèce au remboursement d'un crédit qu'elle aurait été forcée à fournir à l'Allemagne. Parmi les objets de la controverse se trouve un accord gréco-allemand du 18 mars 1960 (*Bundgesetzblatt* 1961 II p. 1597) sur la base duquel l'Allemagne acceptait de verser 115 millions de mark allemands au Royaume de la Grèce au profit des ressortissants grecs qui ont fait l'objet de représailles des nazis en raison de leur race, de leur religion ou de leur conception du monde («aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung» – art. I). Cette définition des destinataires ne couvrirait qu'une partie des victimes des crimes de guerre commis par les forces allemandes. Par ailleurs, l'accord réservait les demandes de ressortissants grecs fondées sur la loi (art. III). En annexe à l'accord, on trouve une déclaration de renonciation à demander à l'avenir le règlement d'autres questions liées aux persécutions pendant la période de guerre et d'occupation, déclaration confirmée au nom du gouvernement grec avec la réserve que celui-ci s'estimait autorisé à revenir avec une demande de règlement d'autres réclamations dans le contexte d'un examen général sur la base de l'art. 5 al. 2 de l'accord sur les dettes allemandes du 27 février

gresser : d'un côté, le gouvernement allemand a plaidé et obtenu devant la Cour que l'accès à la justice soit définitivement fermé aux victimes, laissant la négociation comme unique issue,<sup>59</sup> et de l'autre côté, le Président allemand, à l'instar de son gouvernement, en déduit qu'en raison de l'échec de toute action en justice, aucune négociation n'avait lieu d'être.

### 3. Les victimes déstabiliseraient la paix ?

Les revendications des victimes italiennes et grecques ont été considérées à ce point menaçantes qu'il a été plaidé devant la Cour qu'elles pourraient, si elles devaient connaître des suites judiciaires (en cas de refus de l'immunité de l'Allemagne), déstabiliser la paix et, surtout, les accords de paix. Allant plus loin encore, le gouvernement allemand a fait dire à la Cour qu'alors, « l'on prolongerait dans l'état de paix l'enfer de l'état de guerre ». La haute juridiction devait être avertie : « En quelque sorte, la guerre ne serait jamais finie. » Il fallait donc protéger l'Allemagne devant « un accroissement sans fin de l'anarchie internationale ». <sup>60</sup> L'argument était trop choquant pour que la Cour y réponde. Si elle l'avait repris sous sa forme juridique, elle aurait constaté qu'il s'effaçait de lui-même, étant donné qu'aucun accord de paix n'était mis en cause en l'espèce. <sup>61</sup>

1953. Cet accord est l'accord de Londres (*Bundesgesetzblatt* 1953 II p. 333) dont la conclusion avait été initiée par les Etats-Unis afin d'alléger la charge de la dette allemande (et de protéger ainsi le service des créances américaines). Dans la disposition citée, le paiement des réparations allemandes était « différé jusqu'au règlement définitif du problème des Réparations », ce qui voulait dire la conclusion d'un accord de paix. Or, un tel accord n'a pas été conclu avec la Grèce. L'accord bilatéral de 1961 ne pouvait donc mettre un terme aux prétentions de la Grèce, même celles concernant la catégorie des victimes visées *ratione personae* par l'accord.

<sup>59</sup> Thèse abondamment affirmée et répétée par KOLB et JARDIM OLIVEIRA, estimant que la négociation compte parmi des « procédures nettement plus efficaces » (*RSDIE* 2013 p. 245), que « la voie de la protection diplomatique reste ouverte » (p. 254) et que le contentieux ne serait pas terminé, mais « simplement renvoyé vers le niveau qu'il n'aurait jamais dû quitter : celui des négociations interétatiques » (p. 255) – alors que les auteurs savent que les négociations étaient au point mort depuis des décennies et que l'Allemagne persiste dans son refus de s'y engager.

<sup>60</sup> Cf. Compte rendu de l'audience publique du 12 septembre 2011, p. 55–57 (KOLB).

<sup>61</sup> On constate en effet que le Traité dont les commentateurs craignent que les victimes italiennes et grecques ne puissent le mettre à l'écart (KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *RSDIE* 2013 p. 255), à travers une qualification de *jus cogens*, est le Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne, conclu à Moscou le 12 septembre 1990 (*Bundesblatt* 1990 II, p. 1318) entre les deux Allemagne et les quatre Alliés (2+4), parmi lesquels on ne trouve donc ni l'Italie, ni la Grèce. On ne voit donc pas comment les victimes de ces deux pays pourraient porter une atteinte quelconque à cet accord. Le premier auteur ne manque d'ailleurs pas d'observer que les réclamations des victimes des Etats non parties audit Traité ne sont pas conventionnellement éteintes (KOLB, *RSDIE* 2013 p. 172); comment leur action individuelle pourrait-elle alors venir effacer une renonciation à toute revendication future alors que cette clause, à supposer qu'elle existe, ne leur est de toute façon pas applicable ?

De nos jours, le mieux serait de rendre hommage au Juge Conçado Trindade d'avoir mis en évidence le point essentiel, à savoir que « ce qui compromet ou déstabilise l'ordre juridique international, ce sont les crimes internationaux et non les actions en réparation engagées par les individus souhaitant obtenir justice ». <sup>62</sup>

#### 4. L'enjeu d'une négociation

Il serait douteux – dit la Cour – que des tribunaux civils puissent évaluer correctement si des négociations en cours présentent des perspectives de succès ou non (par. 102). Cependant, sans nier l'existence d'un tel problème, celui-ci ne se présente pas dans des termes aussi simples. Car, d'un côté, le juge peut surseoir à statuer en attendant que les négociateurs parviennent à des résultats concrets et, de l'autre côté, le fait qu'une autorité judiciaire ait été saisie ne sera pas sans influence sur l'avancement des tractations. Il conviendra de régler les modalités de l'interaction entre le tribunal et les parties engagées dans une telle négociation. Cela n'est pas impossible au point qu'il faudra protéger l'Etat responsable en lui accordant l'immunité, privant ainsi l'Etat national des victimes d'un soutien pour leur venir à l'aide par la voie de la protection diplomatique. Au demeurant, la Cour en a fait l'expérience pratique dans l'affaire *Diallo*, qui l'a amenée à suspendre la procédure et à inviter les parties à entamer des négociations aux fins de s'entendre sur le montant de l'indemnité; <sup>63</sup> elle n'avait point besoin d'être renseignée sur les tractations en cours et d'en évaluer les perspectives d'aboutir, mais attendit simplement leur résultat, un échec en l'espèce.

Enfin, si un règlement forfaitaire a été effectué, conformément à une pratique suivie fréquemment, l'arrêt explique qu'il serait difficile pour un organe judiciaire de savoir quelle part a été versée à chaque victime individuelle, afin de déterminer pour quelle part les intéressés seraient encore autorisés à intenter une action à l'encontre de l'Etat débiteur (par. 102). Ce dernier exemple apparaît également bien maladroit. Car si un accord est intervenu entre gouvernements, par le canal de la protection diplomatique, une prestation forfaitaire a eu lieu, combinée (ce que l'arrêt ne dit pas) avec une clause de renonciation à toute réclamation ultérieure. A partir de là, les victimes ne peuvent plus s'en prendre à l'Etat responsable des atrocités subies ; si une réparation est encore litigieuse, il s'agit d'une question de pur droit interne par rapport à l'Etat ayant pris en charge la représentation des intérêts de ses nationaux.

<sup>62</sup> Opinion dissidente, Arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil* 2012 p. 179 ss, par. 124, 129.

<sup>63</sup> Cf. l'arrêt rendu le 30 novembre 2010 dans l'affaire *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *C.I.J. Recueil* 2010 p. 639 ss, par. 162–164.

## 5. Est-ce impossible de redresser une injustice de masse ?

A l'appui de l'immunité de l'Allemagne, il a également été soutenu que ses juridictions ne seraient pas en mesure de redresser des « situations of mass injustice » créées lors de conflits armés, dont la résolution devait être réservée à des régimes de réparation collective convenus entre les Etats concernés.<sup>64</sup> Si l'on se place dans la « logique » prônée par la Cour, un tel argument aurait rendu nécessaire un examen du fond, portant notamment sur l'ampleur des demandes, ce qui cadre mal avec le principe que l'immunité serait à trancher préliminairement en tant que question de procédure. Cependant, la Cour n'a pas tenu compte de cette thèse.

D'ailleurs, si un tel examen avait été décisif, il n'est pas certain qu'il aurait permis d'affirmer l'immunité de l'Allemagne dans le conflit dont la Cour était saisie. En effet, il ne s'agissait pas d'un règlement de l'ensemble des horreurs subies lors de la guerre de 1939–1945, mais d'une catégorie définie de ressortissants italiens déportés en Allemagne et contraints aux travaux forcés, dont le nombre est de l'ordre de quelques milliers (par. 26). On ne voit donc pas à quelles difficultés insurmontables les tribunaux italiens auraient pu se heurter s'il leur était demandé de condamner l'Allemagne à faire bénéficier les victimes italiennes d'une indemnisation appropriée. Le fait que les tribunaux italiens ont accepté d'entrer en matière, n'est-ce pas la démonstration qu'ils s'estimaient aptes à mener de tels procès ? Et si l'on songe aux prétentions des descendants des 218 villageois massacrés à *Distomo*, on est manifestement loin d'une situation que l'on pourrait qualifier de *mass claim*.

Dès lors, comment monter l'épouvantail d'un « uncoordinated clutter of individual suits », représentant la « worst of all possible solutions »,<sup>65</sup> alors que des règlements de l'ordre de la « masse » sont possibles et ont été expérimentés, sans être parfaits ? Dans la *Holocaust Victim Assets Litigation*, des survivants et leurs héritiers étaient au nombre de presque un demi-million à présenter des requêtes et à recevoir une indemnisation.<sup>66</sup> Devant la justice néerlandaise, l'asso-

<sup>64</sup> TOMUSCHAT, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2010–11 p. 1120 s., 1131 s.

<sup>65</sup> Cf. TOMUSCHAT, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010–11, p. 1140. L'auteur craint de voir se présenter des demandeurs individuels sans limite de temps et sans coordination, déclenchant une ruée sur les avoirs saisissables de l'Etat défendeur (p. 1132). Or, de telles situations sont connues dans le domaine commercial également, dans les limites de la prescription ; pourquoi l'Etat étranger devrait-il en être exempté alors que ses crimes comptent parmi les pires atrocités ? Au demeurant, l'Etat national des victimes peut instaurer des moyens obligeant les victimes à agir par des « actions de groupe ».

<sup>66</sup> Cf. THOMAS BUERGENTHAL, « Arbitrating Entitlement to Dormant Bank Accounts », *ICSID Review* 15 (2000) p. 301–321 ; SYLVAIN BEAUCHAMP, « The New Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland », *The Journal of World Investment* 3 (2002), p. 999–1035 ; SAMUEL P. BAUMGARTNER, « Human Rights and Civil Litigation in United States Courts: The

ciation des «Mères de Srebrenica» représente des milliers de mères et veuves des victimes du massacre qui a fait 8000 morts en juillet 1995 en Bosnie. Vou-dra-t-on les éconduire au motif que cela représente une masse de dossiers impossible à gérer? La Commission des compensations des Nations Unies créée en 1991 à la suite de la guerre en Iraq a traité 2,7 millions de dossiers.<sup>67</sup> Elle a servi de modèle à la Commission établie en 2000 par un traité entre l'Ethiopie et l'Erythrée sous l'égide des Nations Unies. Un nombre respectable d'autres procédures de ce type ont eu lieu. On a pu observer que l'une d'elles concerne un arbitrage du CIRDI.<sup>68</sup> Certes, dans ces procédures de règlement, l'immunité de l'Etat n'était pas en jeu. Mais la faisabilité de tels mécanismes de résolution de *mass claims* est avérée.<sup>69</sup> Elle ne laisse aucune place à un argument tendant à accorder l'immunité au motif que de telles procédures seraient ingérables.<sup>70</sup> Leur existence montre qu'il est également faux d'affirmer que faute d'une juridiction supranationale, seule la voie de la négociation entre Etats, respective-

Holocaust Era Cases», *Washington University Law Quarterly*, 80 (2002) p. 835–855; JUDAH GRIBETZ et SHARI C. REIG, «The Swiss Banks Holocaust Settlement», *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden 2009, p. 115–142.

<sup>67</sup> Pour TOMUSCHAT, *op.cit.*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2010–11, p. 1132, cette Commission illustre l'hypothèse d'un organe qui peut donner satisfaction; il s'agirait d'un bon exemple de la manière de mettre en place un mécanisme viable; de même TOMUSCHAT, «State Responsibility and the Individual Right to Compensation Before National Courts», *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 811–839 (839). Cf., de même, KOLB, *RSDIE* 2013 p. 170, admettant que cette Commission a montré «qu'il est parfois possible de mettre sur pied un mécanisme articulé apte à traiter des dizaines de milliers de plaintes individuelles». Si c'était possible, pourquoi ne pas l'avoir envisagé?

<sup>68</sup> *Abaclat et al. c. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, *ILM*, 2013, p. 671. Cf. FRIEDRICH ROSENFELD, «Mass Claims in International Law», *JIDS* 4 (2013) p. 159–174; S.I. STRONG, «Mass Procedures as a Form of»Regulatory Arbitration« – Abaclat v. Argentine Republic and the International Investment Regime», *The Journal of Corporate Law* 38 (2013) p. 259–324.

<sup>69</sup> Cf., par ailleurs, HOWARD M. HOLTZMANN et EDDA KRISTJÁNSDÓTTIR (éd.), *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, Oxford 2007; LUTZ OETTE, «Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations», *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*, Leiden 2009, p. 217–242; ROLF STÜRNER, «Class Actions und Menschenrechte», *Festschrift für Apostolos Georgiades*, Athènes 2006, p. 1299–1314; CATHERINE KESSEDIAN, «Les actions civiles pour violation des droits de l'homme, Aspects de droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé* 2002–2004, p. 151–194 (167 s.); *idem*, «The ILA Rio Resolution on Transnational Group Actions», *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford 2012, p. 233–243; HORATIA MUIR WATT, «Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: Réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis», *Revue internationale de droit comparé* 55 (2003) p. 883–901.

<sup>70</sup> En ce sens pourtant KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *RSDIE* 2013 p. 256, affirmant que les tribunaux civils ne seraient tout simplement pas équipés à cet effet, sans la moindre vérification.

ment de la protection diplomatique soit la bonne. Car pour les victimes, tributaires de la volonté politique des Etats, cette voie est trop souvent une voie sans issue. Dans les cas de l'Italie et de la Grèce, on le savait.

En examinant de plus près la thèse avancée sur ce point, c'est moins la gestion d'une masse de procédures qui gêne, mais surtout le fait même que des victimes par millions ou leurs survivants puissent encore, des décennies plus tard, venir réclamer des compensations et raviver les souvenirs d'une guerre menée avec une violence inouïe.<sup>71</sup> Deux réponses peuvent être données. En premier lieu, à supposer que ce danger soit réel, ce n'est pas un raisonnement qui monte l'immunité de l'Etat en barricade infranchissable qui apporte une réponse adéquate. Car si ce phénomène de masse constitue le problème, encore faudrait-il n'accorder l'immunité que dans ces cas là, ce que personne ne suggère. Si cet argument était sérieux, il ne justifierait en aucun cas que l'immunité l'emporte également lorsque le nombre et la fréquence des demandes d'indemnisation sont parfaitement maîtrisables. Les procès que l'on craint sont gênants en raison de leur substance et non parce qu'ils seraient impossibles à gérer.<sup>72</sup>

En second lieu, les accords de paix, d'indemnisation ou de réconciliation prévoient normalement des clauses de renonciation à des indemnisations réclamées ultérieurement, que ce soit par l'Etat ou par ses nationaux ; ceux-ci sont ainsi forclos à rouvrir des litiges.<sup>73</sup> Cela laisse sans solution des demandes d'indemnisation venant de victimes d'Etats n'ayant pas conclu du tout un tel arrangement (le cas de la Grèce) ou n'ayant pas englobé l'ensemble des victimes dans un accord négocié avec l'Etat à l'origine des torts commis (le cas de l'Italie). Si de telles lacunes de réparation apparaissent ultérieurement, il semble normal d'admettre qu'il convient d'y faire face, ce d'autant que les Etats concernés tiennent les clés en mains pour procéder à un règlement global et final, ce qu'ils feront d'autant plus sachant que des procédures civiles risquent d'être engagées. C'est ce qui s'est produit lorsque le gouvernement allemand, avec le soutien de l'industrie allemande, a procédé en 2000 à la mise sur pied et au financement d'une fondation gérant l'indemnisation des victimes qui ont entamé des procès aux Etats-Unis dès 1998 ou qui s'apprétaient à le faire. L'immunité de l'Etat n'a

<sup>71</sup> TOMUSCHAT, *op.cit.*, *RGDIP* 2005 p. 71 s.

<sup>72</sup> Aussi est-ce déplacé de peindre sur la muraille le spectre d'une «myriade de procès individuels coûteux et désordonnés», avec une «course au forum le plus généreux» (KOLB, *RSDIE* 2013 p. 172), qui n'a aucun rapport avec la réalité des quelques procès en Italie et devient grotesque au vu de l'exemple grec d'un procès fini depuis des années au sujet des massacres de *Distomo*. Tout cela est balayé par tous ceux disposant de quelque expérience des régimes de compétence des tribunaux civils et des règles de litispendance et de connexité.

<sup>73</sup> Il n'est donc pas question de mettre à l'écart rétroactivement de tels accords, comme l'ont pensé KOLB et JARDIM OLIVEIRA, *op.cit.*, *RSDIE* 2013 p. 255.

pas été, et ne doit pas être, un moyen pour faire barrage à de telles revendications.

### III. Quel avenir pour l'immunité de l'Etat confronté à ses crimes ?

L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* semble faire de l'immunité un rempart insurmontable pour les victimes d'atrocités constitutives de crimes en droit international. Il n'est pas certain, cependant, que le manque de sensibilité de la Cour face au respect élémentaire de la dignité humaine puisse convaincre la communauté internationale et son *opinio juris*, moralement et juridiquement. L'on ne pourra pas éviter de devoir répondre au conflit qui se manifeste entre une protection sans borne de l'immunité des Etats et la mise en œuvre effective de la responsabilité de droit international des Etats pour les crimes commis. Le droit international ne pourra pas se contenter, compte tenu de la gravité des enjeux et, notamment, des souffrances subies, d'un renvoi des victimes à des négociations impliquant les seuls Etats, pour lesquelles il n'existe plus aucune incitation sérieuse.<sup>74</sup>

Il conviendrait ainsi de préserver l'immunité des Etats de telle manière que le droit d'accès à la justice soit assuré conformément au droit international. On rappellera à cet égard que l'obligation de réparation ainsi mise en application n'implique pas nécessairement une indemnisation complète, contrairement à quelques indications que l'on peut trouver dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*.<sup>75</sup> Cette indemnisation doit être appropriée.<sup>76</sup> Elle peut être attribuée par une juridiction civile ou arbitrale, mais également par un organe spécialement mis sur pied à cet effet, telle une commission d'indemnisation. Elle peut être arrêtée d'un commun accord entre les Etats concernés, et ce le plus souvent moyennant une renonciation globale à toute réclamation future, qu'elle soit collective ou individuelle.

<sup>74</sup> De même, comment peut-on rester immobile et suggérer simplement que l'immunité pourrait être écartée lorsqu'un jour, il existera une «communauté internationale d'Etats de droit», suivant HEIKE KRIEGER, «Immunität: Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut», *Internationales, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen?, Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, t. 46, Heidelberg 2014, p. 233–259 (254, 257)? Ne doit-on pas constater que cette communauté existe bel et bien par rapport aux crimes internationaux, universellement condamnés, qui sont au centre du débat, et que les Etats concernés par l'affaire tranchée par la Cour internationale de Justice sont tous des Etats de droit?

<sup>75</sup> Cf. la partie finale des paragraphes 94 et 102.

<sup>76</sup> Affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 19 juin 2012, *C.I.J. Recueil* 2012 p. 324 ss, par. 25, 33.

Cependant, il semble également possible de constater que l'état du droit international n'est pas aussi certain quant à sa protection de l'immunité s'il n'existe point pour les victimes un moyen alternatif de résolution du litige, autre que devant les juridictions de leur Etat national. L'incertitude tient au fait que l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* nie, certes, une telle dérogation à l'immunité de l'Etat, mais cela sans examiner dans toutes ses dimensions le conflit réel qui se manifeste entre ce moyen de défense et l'accès à la justice que le droit international garantit aux victimes de crimes graves en droit international. Le fait que les juridictions pénales internationales et celles disposant par ailleurs d'une compétence pour juger des effets de droit civil des violations des droits de l'homme n'ont pas à tenir compte de l'immunité des Etats est un signe dans le sens de l'évolution de l'*opinio juris* de la communauté internationale qui tend à faire prévaloir la protection de la dignité humaine des victimes davantage que le respect de l'égalité souveraine des Etats.<sup>77</sup>

La question peut également se présenter sous un autre jour si on la place sous un faisceau politique différent de celui du respect des droits de l'homme. En effet, si l'arrêt de la Cour a pu soulever des contestations principalement parmi ceux que l'on appelle très (trop) souvent des *human rights activists*, les milieux gouvernementaux risquent d'être sensibilisés bien davantage si l'arrêt était présenté comme un soutien au *terrorisme*, dont on sait qu'il est animé par quelques Etats et leurs dirigeants. Au regard de l'arrêt de la Cour, ceux-ci n'auront pas à craindre une *human rights exception* devant les juridictions étrangères de l'Etat de leurs victimes. Au Canada, on a compris la leçon et modifié le 13 mars 2012 déjà la loi sur l'immunité des Etats afin de priver les Etats ayant soutenu le terrorisme du bénéfice de l'immunité de juridiction.<sup>78</sup> La règle modèle du *United States Foreign Sovereign Immunities Act*<sup>79</sup> n'est donc plus isolée comme elle l'était encore pour la Cour (par. 88). Verra-t-on un jour la Cour internationale de Justice statuer que la *terrorist exception* ne serait pas conforme au droit international général ?

Cette perspective d'avenir devrait prendre comme point de départ un *dictum* de la Cour qui n'est pas contesté, à savoir que la responsabilité de l'Etat auteur de crimes de droit international reste entière malgré l'immunité dont il jouit devant un for étranger (par. 94, 100). Afin de rendre cette obligation effective,

<sup>77</sup> En revanche, on ne se contentera pas de la suggestion, utopique, de la création de nouveaux tribunaux internationaux devant lesquels l'immunité ne pourra être invoquée, suivant ANDREAS R. ZIEGLER, « Immunität der Staaten – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in der Schweiz », *Internationale, nationales und privates Recht: Hybridisierung der Rechtsordnungen? Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht*, t. 46, Heidelberg 2014, p. 261–291 (280 s.).

<sup>78</sup> Art. 6.1, L.R.C. 1985, ch. S-18.

<sup>79</sup> 28 U.S.C. 1605A.

il ne suffit pas de renvoyer les victimes à des négociations hypothétiques, comme la Cour l'a fait dans son arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. L'Institut de droit international, n'a-t-il pas rappelé, dans sa résolution de Naples de 2009, que «les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation à laquelle ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution». <sup>80</sup> Il serait préférable, cependant, de donner à ce texte un contenu juridique plus affirmatif et de retenir que l'immunité de l'Etat ne doit pas rendre sans effet l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice causés aux victimes de crimes de droit international. Cela permettrait de préserver encore l'immunité de l'Etat, cependant avec sa nature conditionnelle, respectivement son caractère subsidiaire. En effet, l'immunité de l'Etat responsable n'a pas lieu d'être écartée si les victimes disposent d'une possibilité d'accès alternatif aux juridictions de cet Etat sur son territoire. Cela suppose que ces juridictions soient compétentes et que les victimes soient légitimées à agir contre l'Etat ou une entité apte à répondre des réclamations invoquées, et que l'on puisse s'attendre à ce que la justice soit rendue de façon équitable et effective, sans heurter l'ordre public international. A cela s'ajoute une seconde réserve, touchant au fond du droit à une réparation : si des négociations ont eu lieu au niveau interétatique et qu'elles ont abouti (ou sont sur le point d'aboutir) à des résultats, c'est évidemment dans l'idée que ceux-ci ne puissent pas être éclipsés par des actions individuelles des victimes. <sup>81</sup> En revanche, en l'absence d'un mode alternatif de réparation auquel l'Etat responsable participe effectivement, par la négociation, par la mise sur pied d'un fonds d'indemnisation ou, en dernier lieu, à travers ses juridictions de droit civil, cet Etat ne doit pas pouvoir se cacher, comme l'Allemagne a pu le faire, derrière le rempart de sa prétendue immunité devant les juridictions étrangères qui sont les seules à rendre justice aux victimes.

La vérité surgira immanquablement un jour : le droit international n'abandonne pas les victimes d'un Etat qui ne répond pas de ses crimes.

<sup>80</sup> *Annuaire*, tome 71 (2005) II p. 296 (art. II, par. 2, 2<sup>e</sup> phrase). JEAN SALMON, «La résolution de Naples de l'Institut de droit international sur les immunités de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux (10 septembre 2009)», *Revue belge de droit international* 42 (2009) p. 316–343.

<sup>81</sup> Cf., en ce sens déjà, THORN, *op.cit.*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 44, Heidelberg 2010, p. 324 s.

