

Cour internationale de Justice

Arrêt du 3 février 2012

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)

M. OWADA, *président* ; M. TOMKA, *vice-président* ; MM. KOROMA, SIMMA, ABRAHAM, KEITH, SEPÚLVEDA-AMOR, BENNOUNA, SKOTNIKOV, CANÇADO TRINDADE, YUSUF, GREENWOOD, MMES XUE, DONOGHUE, *juges* ; M. GAJA, *juge ad hoc*.

(...) *Premier argument de l'Italie : l'exception territoriale – Actes commis sur le territoire de l'Etat du for par les forces armées d'un Etat étranger dans le cadre d'un conflit armé – Article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats – Article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens – Pratique étatique : législations nationales et décisions de juridictions nationales – Etat jouissant, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes jure imperii lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées dans le cadre d'un conflit armé – Opinio juris – Absence de jurisprudence ou de déclarations contraires de la part des Etats – Décisions des juridictions italiennes ne pouvant être justifiées sur la base de l'exception territoriale.*

Second argument de l'Italie : objet et circonstances des demandes présentées aux juridictions italiennes – Gravité des violations – Affirmation selon laquelle le droit international n'accorde pas l'immunité à un Etat dans le cas de violations graves du droit des conflits armés – Tribunal national saisi devant déterminer si un Etat peut prétendre à l'immunité avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire – Absence de pratique étatique étayant la proposition selon laquelle un Etat serait privé de l'immunité dans le cas de violations graves du droit international humanitaire – Proposition n'ayant pas non plus été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme – Etat n'étant pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international humanitaire.

Relation entre jus cogens et règle de l'immunité de l'Etat – Conflit allégué entre règles de jus cogens et immunité de l'Allemagne – Jus cogens n'entrant pas en conflit avec l'immunité de l'Etat – Argument tiré de la primauté du jus cogens sur le droit de l'immunité des Etats ayant été écarté par les tribunaux nationaux – Immunité de l'Etat ne se trouvant pas affectée par une violation du jus cogens.

Argument du «dernier recours» – Affirmation selon laquelle les tribunaux italiens ont à juste titre refusé de reconnaître l'immunité de l'Allemagne au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation – Droit d'un Etat à l'immunité ne dépendant pas de l'existence d'autres voies effectives de réparation – Cour rejetant l'argument de l'Italie – Nouvelles négociations entre l'Allemagne et l'Italie (...)

Hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni – Hypothèque en question suspendue par l'Italie pour tenir compte de la procédure devant la Cour – Distinction entre les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution et celles qui gouvernent l'immunité de juridiction – Nul besoin de déterminer si les décisions des tribunaux grecs prononçant des condamnations pécuniaires à l'égard de l'Allemagne ont été rendues en violation de l'immunité de juridiction de cet Etat – Article 19 de la convention des Nations Unies sur l'immunité.

juridictionnelle des Etats et de leurs biens – Bien ayant fait l’objet d’une mesure de contrainte étant utilisé à des fins de service public non commerciales – Allemagne n’ayant pas expressément consenti à l’application de la mesure en cause ni réservé la Villa Vigoni à la satisfaction des demandes en justice dirigées contre elle – Inscription d’une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni constituant une violation par l’Italie de son obligation de respecter l’immunité due à l’Allemagne.

Décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires en Italie des décisions de juridictions grecques prononçant des condamnations civiles à l’encontre de l’Allemagne. Argument de l’Allemagne selon lequel son immunité de juridiction a été violée par ces décisions – Demande d’exequatur – Question de savoir si les tribunaux italiens ont respecté l’immunité de juridiction de l’Allemagne en accordant l’exequatur – Objet de la procédure d’exequatur – Procédure d’exequatur devant être regardée comme intentée contre l’Etat condamné par le jugement étranger – Question de l’immunité devant être examinée avant la demande d’exequatur – Nul besoin de trancher la question de savoir si les tribunaux grecs ont violé l’immunité de l’Allemagne – Arrêts de la Cour d’appel de Florence ayant violé l’obligation de l’Italie de respecter l’immunité de juridiction de l’Allemagne.

(...) LA COUR,

1) Par douze voix contre trois,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l’immunité reconnue à la République fédérale d’Allemagne par le droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945 ;

2) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l’immunité reconnue à la République fédérale d’Allemagne par le droit international en prenant des mesures d’exécution forcée visant la Villa Vigoni ;

3) Par quatorze voix contre une,

Dit que la République italienne a manqué à son obligation de respecter l’immunité reconnue à la République fédérale d’Allemagne par le droit international en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des violations du droit international humanitaire commises en Grèce par le Reich allemand (...).

*

*

*

Observation : Du droit au juge en cas de violation du droit international humanitaire : la question de l’immunité de juridiction des Etats à la lumière de l’arrêt *Immunités juridictionnelles de l’Etat (Allemagne c. Italie)* de la Cour internationale de Justice du 3 février 2012

D’anciens militaires italiens déportés en Allemagne entre octobre 1943 et la fin de la seconde guerre mondiale, et contraints au travail forcé dans des usines du Troisième Reich, peuvent-ils introduire devant des juridictions italiennes une action en réparation à l’encontre de l’Allemagne, et obtenir la condamnation de celle-ci à les indemniser ? Les tribunaux italiens peuvent-ils autoriser la saisie de biens immobiliers appartenant à l’Etat allemand pour assurer l’exécution de condamnations ? Au-delà de la question de l’immunité de juridiction et d’exécution des Etats, c’est par conséquent celle de l’applicabilité de ces dernières en cas de

violation du droit international humanitaire que la Cour internationale de Justice a dû trancher dans son arrêt du 3 février 2012.

1. L'opposition entre immunité de juridiction et d'exécution des Etats et droit au juge

La reconnaissance traditionnelle d'une immunité de juridiction et d'exécution aux Etats pose la délicate question du droit au juge. Une personne atteinte dans ses droits par un acte d'une autorité étatique différente de celle dont il est le ressortissant est-elle impuissante pour faire respecter ses droits ?

1.1. Le principe d'immunité de juridiction et d'exécution des Etats

Le droit international public coutumier reconnaît deux types d'immunités aux Etats. L'immunité de juridiction implique qu'un tribunal ne pourra connaître d'un litige opposant un particulier (même national) et un autre Etat que celui du for, si cet Etat invoque son immunité. L'immunité d'exécution implique quant à elle qu'aucun acte matériel d'exécution (saisie...) ne peut être effectué à l'encontre d'un autre Etat se prévalant de son immunité.

1.1.1. La justification du principe

Le principe (tout comme celui des immunités accordées aux membres du corps diplomatique) a fait l'objet de plusieurs tentatives de justification. Selon certains, celui-ci trouverait son origine dans l'immunité accordée à la personne du souverain, découlant du double principe de l'égalité des souverains¹ et du respect dû à la personne du Roi. Cette immunité s'est ensuite étendue aux forces armées du Roi, puis, enfin, à l'Etat en tant que tel².

Une autre justification, assez proche, se base sur l'adage latin « *Par in parem non habet jurisdictionem* » (entre égaux, nul ne peut exercer sa juridiction sur son semblable). La souveraineté, qui est « pleine puissance de l'Etat » et son corollaire, l'égalité, ne peuvent supporter qu'un Etat soit soumis à la juridiction d'un autre Etat³. Cette justification a la faveur de la doctrine à l'heure actuelle.

1.1.2. Le principe et les exceptions

L'immunité de juridiction des Etats apparaît comme un principe. Pendant longtemps, il fut considéré comme absolu. Un particulier lésé dans ses droits par les agissements d'un Etat tiers ne disposait d'aucune voie de recours devant ses propres juridictions pour obtenir justice.

A l'heure actuelle, ce principe d'immunité absolue des Etats n'est plus défendu que par une infime minorité d'Etats. Si l'on considère que l'immunité de juridiction est un apanage de la souveraineté de l'Etat, dès lors que celle-ci n'est pas en jeu, l'immunité n'a pas

¹ Principe qui deviendra plus tard celui de l'égalité souveraine des Etats.

² Voy. à ce sujet Ch. VALLEE, « La Convention européenne sur l'immunité des Etats », *RTDE* 1973, pp. 205-241 (spéc. 207).

³ Voy. À ce sujet P.M. MARTIN, *Droit international public*, Paris, Masson, 1995, § 126.

lieu d'être. L'Etat intervenant de plus en plus comme un acteur économique, il serait exorbitant de lui reconnaître une immunité pour des actes qu'il pose en tant que tels (notamment la conclusion de contrats avec des personnes privées). Une distinction est dès lors opérée entre les actes de commerce ou de gestion (*acte jure gestionis*), qui peuvent se voir refuser l'immunité⁴, et les actes de souveraineté ou d'autorité (*acte jure imperii*) qui, quant à eux, sont toujours couverts par celle-ci. « *Les Etats ne peuvent plus prétendre aujourd'hui au bénéfice de l'immunité de juridiction que pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains, à l'exclusion de ceux qui sont de nature purement privée* »⁵.

De nombreuses différences n'allaient cependant pas tarder à apparaître entre les pratiques des Etats, créant une certaine insécurité juridique⁶. Les différentes conventions adoptées pour codifier la matière ont par conséquent tenté de définir et de circonscrire les exceptions à reconnaître au principe.

1.1.3. Les conventions de codification

Pendant longtemps, cette immunité fut purement coutumière⁷. Elle a d'abord fait l'objet d'une codification au niveau européen par la Convention de Bâle du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats⁸ puis au niveau universel par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens⁹.

a) La convention de Bâle de 1972

La convention de Bâle du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Ce fut le premier instrument international qui officialisa la pratique de l'immunité de juridiction relative des Etats. Elle ne lie cependant à l'heure actuelle que 8 Etats¹⁰. Il ne s'agissait nullement d'une quelconque tentative de codification coutumière, mais d'un essai d'unification des pratiques des Etats, assez diverses en matière d'exceptions à la règle de l'immunité des Etats..

L'article 15 de la Convention de Bâle énonce que « *Un Etat contractant bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat contractant si la procédure ne relève pas des articles 1 à 14; le tribunal ne peut connaître d'une telle procédure même lorsque l'Etat ne comparait pas* ». Les articles 1 à 14 reprennent par conséquent la liste des cas où un tribunal pourra connaître d'un litige impliquant un autre Etat. Ceux-ci concernent notamment :

⁴ Après l'Italie, la Belgique fut le second Etat qui introduisit cette distinction qui allait devenir fondamentale (cass. 11 juin 1903 *SA des chemins de fer liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais*, *Pas.*, 1903, I, p. 294).

⁵ C. DOMINICE, « La nature et l'étendue de l'immunité de juridiction des organisations internationales », in K-H BOECKSTIEGEL (éd.), *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Cologne, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 86.

⁶ Voy. à ce sujet C. BYK, « Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 14 juin 1995 », *JDI* 1996, p. 106.

⁷ Voy. le Préambule de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens : « *Considérant que les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier* ».

⁸ Pour un commentaire, voy. Ch. VALLEE, « La Convention européenne sur l'immunité des Etats », *RTDE* 1973, pp. 205-241.

⁹ Pour un commentaire, voy. Ph. LÉBOULANGER, « Présentation de la Convention des Nations Unies du 17 janvier 2005 (*sic*) sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *Rev. Arb.* 2005, pp. 803-821.

¹⁰ L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse.

- La renonciation par l'Etat à son immunité de juridiction (article 1 § 1)
- Les demandes reconventionnelles dérivant d'une action principale introduite par un Etat devant un tribunal d'un autre Etat (article 1 §§ 2 et 3) ;
- Les hypothèses où un Etat s'est engagé à soumettre un différend aux juridictions d'un autre Etat en vertu d'un traité international, d'une disposition expresse figurant dans un accord écrit ou d'un accord né après la naissance du différend (article 2) ;
- Lorsque la procédure a trait à une obligation de l'Etat qui, en vertu d'un contrat, doit être exécutée sur le territoire de l'Etat du for, sauf s'il s'agit d'un contrat conclu entre Etats ou si les parties en ont décidé autrement (article 4) ;
- Les procédures relatives à un contrat de travail, sauf si la personne physique a la nationalité de l'Etat employeur au moment de l'introduction de l'instance, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, elle n'avait pas la nationalité de l'Etat du for, ni n'avait sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat, ou lorsque les parties au contrat en sont convenues autrement par écrit, à moins que, selon la loi de l'Etat du for, seuls les tribunaux de cet Etat ne soient compétents à raison de la matière (article 5) ;
- En matière de propriété intellectuelle (article 8) ;
- Lorsque la procédure concerne un droit immobilier sur un immeuble situé sur le territoire de l'Etat du for (article 9) ;
- Lorsque le litige a trait à une succession (article 10) ;
- Lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu (article 11) ;
- Lorsque l'Etat a accepté que le litige soit soumis à un arbitrage (article 12).

La convention de Bâle prévoit par contre que "*Il ne peut être procédé sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit*" (article 23). L'immunité d'exécution reste par conséquent absolue, et connaît comme seule exception que l'accord exprès de l'Etat.

b) La convention des Nations Unies de 2004

La convention des Nations Unies a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 2 décembre 2004, et ouverte à la signature le 17 janvier 2005. A l'heure actuelle, elle n'est pas encore en vigueur¹¹. Il s'agissait dans ce cas d'une véritable tentative de codification des pratiques des Etats.

L'article 5 de la convention énonce qu'« *Un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions de la présente Convention* ». Les exceptions prévues sont les suivantes :

- Le consentement exprès de l'Etat à l'exercice de la juridiction d'un autre Etat donné par un traité international, dans un contrat écrit ou par une déclaration devant le tribunal saisi (article 7) ;
- Les actions reconventionnelles fondées sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale, lorsque celle-ci a été introduite par l'Etat (article 9) ;

¹¹ Seuls 26 Etats ont signé la convention. Au 15 juin 2012, 13 Etats ont exprimé leur consentement à être liés (le dernier instrument déposé étant l'adhésion de l'Espagne, Etat non signataire, le 21 septembre 2011) sur les 30 requis par les clauses finales de la convention pour son entrée en vigueur.

- les transactions commerciales, à l'exception des transactions entre Etats, ou si les parties à la transaction en ont décidé autrement (article 10);
- les contrats de travail, à l'exception des hypothèses (entre autres) où l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique¹², ou si l'action risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité, ou si l'employé a la nationalité de l'Etat (article 11);
- en cas d'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 (article 12);
- pour les droits relatifs à des biens mobiliers ou immobiliers (notamment en cas de succession) (article 13);
- pour les actions relatives à la propriété intellectuelle (article 14);
- lorsque l'Etat participe à une société commerciale (article 15);
- pour les navires d'Etat utilisés autrement qu'à des fins de service public non commerciales (article 16);
- pour les effets d'un accord d'arbitrage (article 17).

L'immunité d'exécution connaît quant à elle trois exceptions:

- l'accord exprès de l'Etat;
- si l'Etat a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure;
- s'il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée (article 19).

Le caractère codificateur de la pratique coutumière de la convention de 2004 a été mis en doute, tant par la doctrine¹³ que par la jurisprudence¹⁴. Elle est cependant invoquée à ce titre par la Cour européenne des Droits de l'Homme¹⁵, mais pas par la Cour internationale de Justice¹⁶.

¹² Pour un exemple d'invocation de cette exception, voy. Trav. Bruxelles 19 juin 2007, *JIT* 2007, p. 451.

¹³ Voy. à ce sujet S. EL SAWAH, *Les immunités des Etats et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 305.

¹⁴ Dans son arrêt *Bucheron c. Etat allemand* du 16 décembre 2003 (*Bull. I*, p. 206), la Cour de cassation française refusa de reconnaître à la convention (qui était à l'époque toujours au stade de projet de la Commission de droit international) le caractère de coutume, et donc une supériorité sur la loi française.

¹⁵ Voy. le § 70 de l'arrêt *Guadagnino c. Italie et France* du 18 janvier 2011 : « *Les principes inscrits dans l'article 11 de la Convention de 2004 faisant partie intégrante du droit coutumier international, ils engagent l'Italie bien qu'elle n'ait pas ratifiée ladite Convention* » et le § 18 de l'arrêt *Sabeh El Leil c. France* du 29 juin 2011 : « *L'immunité de juridiction des Etats est régie par le droit international coutumier, dont la codification a été réalisée par la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004* ».

¹⁶ Qui, dans son arrêt du 3 février 2012, ne se prononce pas sur le caractère codificateur de la coutume de la convention de 2004, mais constate que, celle-ci n'étant pas encore entrée en vigueur et ni l'Allemagne ni l'Italie ne l'ayant signée, elle ne trouve pas à s'appliquer au litige (§ 54 de l'arrêt).

Plutôt que de véritable codification de la coutume, ces deux conventions sont davantage vues par la doctrine comme des textes de compromis entre les différentes pratiques étatiques, si divergentes sur un certain nombre de points¹⁷.

Il ressort de ces différents textes que l'immunité de juridiction des Etats est loin d'être absolue. Il est toujours possible aux Etats d'y renoncer, et les actes de gestion ne sont pas couverts par l'immunité. Il faut cependant préciser que chaque Etat décide souverainement de l'immunité de juridiction qu'il reconnaîtra aux autres Etats. Celle-ci peut être plus large que ce qui est reconnu coutumièrement au niveau international. Les pays de l'ex-Union soviétique, par exemple, ont conservé une conception absolue de celle-ci, n'opérant dès lors pas de distinction entre actes de souveraineté et actes de gestion. Par contre, si un Etat méconnaît l'immunité de juridiction d'un autre, il risque une condamnation internationale¹⁸. Rappelons également que le plaignant a toujours la possibilité de s'adresser aux tribunaux nationaux de l'Etat attaqué, devant lesquels celui-ci ne pourra en règle générale faire valoir son immunité de juridiction.

1.1.4. La question des immunités en cas de violation du droit international humanitaire

La question d'une éventuelle exception à l'immunité de juridiction des Etats en cas de violation d'une norme de droit international humanitaire restait sans réponse. En 1999, la Commission du droit international, dans le cadre des travaux préparatoire de la convention des nations Unies du 2 décembre 2004, avait attiré l'attention de la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'opportunité pour elle de traiter, en sus des questions encore ouvertes à l'époque, de celle de l'immunité à reconnaître aux Etats en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *ius cogens*, notamment l'interdiction de la torture¹⁹. La sixième commission estima que, quoique d'actualité, cette question ne rentrait pas dans le champ des travaux de la Commission du droit international, et surtout ne « *sembl(ait) pas assez mûre pour justifier une œuvre de codification* »²⁰. Les positions des Etats sur la question étaient en effet beaucoup trop divergentes pour qu'une solution satisfaisante pour tous puisse être dégagée.

Dans son arrêt *Yerodia*²¹, la Cour internationale de Justice n'avait pas voulu faire une exception aux immunités dont bénéficient les chefs d'Etat, les diplomates et les ministres des affaires étrangères en cas de violation du droit international humanitaire. Il allait falloir attendre encore 10 ans pour qu'elle ait à trancher la question de l'immunité de l'Etat en tant que tel en cas de violation du droit international humanitaire.

¹⁷ Voy. à ce sujet S. EL SAWAH, *Les immunités des Etats et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 306.

¹⁸ A l'exemple de celle dont l'Italie a été victime dans l'arrêt de la CIJ du 3 février 2012..

¹⁹ Appendice au Rapport du groupe de travail de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (Annexe au Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 51^{ème} session, ch. 3, p. 337) : *Documents officiels de l'Assemblée générale, 54^{ème} session, supp. n° 10 (A/54/10)*.

²⁰ Rapport du Président du groupe de travail de la sixième commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, doc. A/C.6/54/L.12.

²¹ Arrêt *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* du 14 février 2002. Pour un commentaire, voy. P. VINCENT, "L'arrêt *Yerodia* de la Cour internationale de Justice", *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège* 2004/3, pp. 379-405.

1.2. Le droit au juge

L'immunité de juridiction des Etats se heurte évidemment au « droit au juge ». Celui-ci est un droit fondamental inhérent à l'Etat de droit²². Il a, à ce titre, été consacré dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'Homme.

Tous les instruments internationaux concernés font la distinction entre, d'une part :

- le droit à un recours effectif (ou utile) devant une instance nationale (pas nécessairement juridictionnelle) : article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ; article 2 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ; article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 (ci-après CEDH), ces deux derniers textes précisant que le recours doit exister « *alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* » ; article 47 al. 1^{er} de la Charte des Droits fondamentaux de l'union européenne du 18 décembre 2000 ;
- le droit à un procès équitable (débat contradictoire, impartialité du juge, délai raisonnable...) : article 10 de la déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; article 14 § 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 6 § 1^{er} de la CEDH; article 47 al. 2 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne.

1.2.1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

a) Les premiers arrêts

C'est sur base d'allégations de violations de l'article 6 § 1 de la CEDH que différents recours ont été introduits devant la Cour européenne des Droits de l'Homme contre des décisions nationales reconnaissant une immunité de juridiction à un Etat tiers. Selon la jurisprudence constante de la Cour, il ne suffit en effet pas qu'un recours soit prévu par la loi. Encore faut-il que les personnes se plaignant de violations de leurs droits fondamentaux aient un véritable accès au juge²³. L'effectivité de celui-ci sera appréciée « *à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause* »²⁴. Par ailleurs, la Cour a jugé que le droit d'obtenir l'exécution forcée d'une décision judiciaire faisait partie intégrante des droits protégés par l'article 6 § 1^{er} de la CEDH²⁵

La Cour européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de se pencher sur la question de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats dans plusieurs affaires. Une

²² Voy. à ce sujet S. EL SAWAH, *Les immunités des Etats et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 35-84.

²³ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, §§ 35-36.

²⁴ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, § 28.

²⁵ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, § 40.

première série d'arrêts furent rendus le 21 novembre 2001²⁶ dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni* et *McElhinney c. Irlande*.

Ces trois affaires présentaient un intérêt. La première posait un véritable problème de droit international humanitaire, puisque M. Al-Adsani s'était plaint devant les juridictions britanniques de tortures qui lui avaient été infligées par les autorités koweïtiennes, et que la justice britannique avait refusé de prendre en compte sa plainte au motif de l'immunité de juridiction dont jouissait le Koweït. Le deuxième arrêt concernait l'invocation de l'immunité dans les relations sociales. Mme Fogarty s'était plainte d'une discrimination sexuelle à l'embauche par l'ambassade des Etats-Unis à Londres, et la justice britannique avait reconnu l'immunité de juridiction aux Etats-Unis. La troisième, enfin, posait la question délicate de l'invocation de l'immunité de juridiction en cas de dommage causé par les forces armées. M. McElhinney, ressortissant irlandais, s'était en effet plaint d'avoir été blessé par un tir d'un garde-frontière britannique à la frontière entre Royaume-Uni et Irlande, et la justice irlandaise avait également reconnu l'immunité de juridiction au Royaume-Uni.

Par ses arrêts du 21 novembre 2001, identiquement motivés, la Cour avait admis que le « *droit d'accès aux tribunaux n'était pas absolu* »²⁷. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats pouvait dès lors être reconnu, à condition qu'elle « *tende à un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ».

En l'espèce, la Cour de Strasbourg avait tranché que « *l'octroi de l'immunité à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie*²⁸ *et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat* »²⁹. Le principe de l'immunité de juridiction des Etats remplissait par conséquent les deux critères, et la Cour avait rejeté les recours dirigés par M. Al-Adsani et Mme Fogarty contre le Royaume-Uni, et celui de M. McElhinney contre l'Irlande. Il est cependant à noter que l'arrêt *Al-Adsani* ne fut adopté qu'à une courte majorité de 8 voix contre 7. Dans leurs opinions dissidentes, le juge Loucaides d'une part, les juges Rozakis et Calflisch (auxquels se joirent les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic), estimèrent qu'en cas de conflit entre une norme de *ius cogens* et n'importe quelle norme de droit international, la première devait toujours prévaloir³⁰. L'arrêt *McElhinney*, quant à lui, fut adopté à une majorité de 12 voix contre 5. Dans leurs opinions dissidentes, les juges Rozakis et Loucaides insistèrent sur le fait que la doctrine de l'immunité des Etats fut créée à une époque où les droits individuels étaient pratiquement inexistantes. A l'heure actuelle, il y aurait une tendance (plus marquée en doctrine qu'en jurisprudence, cependant) à réduire celle-ci

²⁶ Pour un commentaire, voy. F. ZARBIEV, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim.d. h.* 2004, pp. 621-644.

²⁷ § 54 de l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ; § 34 de l'arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* ; § 35 de l'arrêt *McElhinney c. Irlande*.

²⁸ Le terme « courtoisie » était bien fâcheusement choisi, l'immunité de juridiction étant de nature coutumière et obligatoire, allant dès lors bien au-delà d'une simple courtoisie entre les Etats.

²⁹ § 54 de l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ; § 34 de l'arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni* ; § 35 de l'arrêt *McElhinney c. Irlande*.

³⁰ Pour une critique des arrêts, voy. F. POIRAT, « Les immunités des sujets de droit international (Etats et organisations internationales) », in J. VERHOEVEN (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Paris, LGDJ/Larcier, 2004, p. 54, et J-F FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim.d. h.* 2003, p. 166.

suite aux développements dans le domaine des droits de l'Homme, qui renforcent la position de l'individu.

La Cour avait toutefois précisé que cette immunité ne pouvait avoir pour conséquence que le droit à un procès équitable « *soit atteint dans sa substance même* »³¹. M. Al-Adsani avait avancé que les autorités britanniques étaient tenues, en vertu de la convention, de lui offrir une voie de recours civile pour les actes de torture dont il se plaignait. La Cour n'avait toutefois pas suivi son raisonnement, précisant que « *cette obligation ne vaut toutefois que pour les mauvais traitements dont il est prétendu qu'ils ont été commis dans la juridiction de l'Etat* »³². Le Royaume-Uni n'aurait par conséquent dû offrir un tel recours effectif à M. Al-Adsani que si les actes de torture dont il se plaignait avait été commis par les autorités britanniques.

Pour justifier plus avant sa position, la Cour avait enfin ajouté qu'elle « *doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats* »³³.

Le 12 décembre 2002, dans l'affaire *Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne*³⁴, la Cour européenne des Droits de l'Homme eut l'occasion de se prononcer dans des termes identiques sur la question de l'immunité d'exécution des Etats, dans une affaire similaire à celle qui donna lieu à l'arrêt de la CIJ du 3 février 2012. 257 requérants grecs avaient introduit devant les tribunaux grecs une action en réparation contre l'Allemagne pour les atrocités qu'ils avaient subies pendant la seconde guerre mondiale. La cour de cassation grecque avait rejeté l'argument de l'immunité de juridiction soulevé par l'Allemagne, et condamné celle-ci. L'Allemagne refusant de s'acquitter des sommes auxquelles elle avait été condamnée, les requérants intentèrent une procédure en exécution forcée à son encontre. Cette fois-ci, la cour de cassation grecque accueillit l'argument de l'immunité d'exécution de l'Etat allemand, ce qui entraîna un recours devant la cour. Celle-ci, sur base des mêmes arguments que dans ses arrêts du 21 novembre 2001, estima que l'immunité d'exécution des Etats était légitime et proportionnée au but poursuivi.

L'arrêt *Al-Adsani* créa un certain malaise. Il accordait en effet une immunité au Koweït pour des violations graves du droit international humanitaire. La Cour son arrêt en affirmant que « *Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture* »³⁵.

Paradoxalement, c'était cependant l'arrêt *Fogarty* qui était le plus critiquable. En refusant de condamner le Royaume-Uni pour avoir reconnu aux Etats-Unis une immunité de

³¹ §§ 53, 33 et 34 des arrêts susmentionnés.

³² Arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, § 38.

³³ §§ 55, 35 et 36 des arrêts susmentionnés.

³⁴ Requête n° 59021/00, décision sur la recevabilité du 12 décembre 2002. Pour un commentaire, voy. K. BARTSCH et B. ELBERLING, "Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany* Decision", *German Law Journal* 2003, pp. 477-491.

³⁵ Arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, § 61.

juridiction pour un acte de gestion pure, la Cour se montrait extrêmement timide et adoptait une définition de l'immunité de juridiction qui allait bien au-delà de celle reconnue par la coutume internationale. Elle avait d'ailleurs rappelé que « *la documentation dont (la Cour) dispose fait apparaître une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi* »³⁶. Elle avait cependant immédiatement ajouté « *Toutefois, lorsqu'une procédure concerne un emploi dans une mission ou une ambassade étrangère, la pratique internationale se partage sur la question de savoir si l'immunité de l'Etat continue de s'appliquer et, dans l'affirmative, si elle vaut pour les différends relatifs aux contrats de l'ensemble du personnel ou seulement à ceux des membres de la mission qui occupent des postes élevés* »³⁷, et « *Par ailleurs, la procédure que la requérante voulait engager portait non pas sur les droits contractuels d'un agent d'ambassade en poste, mais sur une discrimination prétendue dans les modalités de recrutement. Compte tenu de la nature même des missions et ambassades, l'engagement de leur personnel peut présenter des aspects sensibles et confidentiels touchant notamment à la politique diplomatique et organisationnelle d'un Etat étranger. A la connaissance de la Cour, aucune tendance ne se manifeste en droit international vers un assouplissement du principe de l'immunité des Etats en ce qui concerne les questions de recrutement dans les missions étrangères* »³⁸.

Il fallut dix ans à la Cour pour rectifier le tir sur ce point.

b) La nouvelle jurisprudence de la Cour

Après un répit de plusieurs années, la Cour eut à traiter de trois nouvelles affaires mettant en cause l'immunité de juridiction des Etats. Toutes trois portaient sur des litiges relatifs à des contrats de travail³⁹. La Cour effectua un revirement complet de jurisprudence. Elle appliqua à nouveau à l'immunité de juridiction accordée à l'Etat le critère du « but légitime » et celui du « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens envisagés et le but visé ».

Elle confirma dans un premier temps qu'elle considérait que les restrictions au droit d'accès à un tribunal poursuivaient bien un but légitime⁴⁰. Par contre, à l'occasion de son examen du rapport raisonnable de proportionnalité, elle prit en compte l'évolution que le droit international des immunités avait connue depuis 2001, et notamment l'adoption de la convention de 2004, à laquelle elle donna le caractère (critiqué par certains) de codification de la coutume existante. Elle la déclara par conséquent opposable aux Etats même s'ils ne l'avaient pas ratifiée⁴¹.

³⁶ Arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, § 37.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*, § 38.

³⁹ L'arrêt *Cudak c. Lituanie* du 23 mars 2010 concernait une secrétaire employée par l'ambassade de Pologne à Vilnius qui, ayant été licenciée et ayant cherché à être indemnisée s'était vue opposer l'immunité de juridiction de la Pologne par les juridictions lituaniennes ; l'arrêt *Guadagnino c. Italie et France* du 18 janvier 2011 concernait une professeur de l'Ecole française de Rome qui, ayant été licenciée, s'était vue opposer tant par les tribunaux italiens que le Conseil d'Etat français l'immunité de juridiction de la France ; l'arrêt *Sabeh El Leil c. France* du 29 juin 2011 concernait un comptable employé par l'ambassade du Koweït à Paris qui avait assigné le Koweït devant les juridictions françaises suite à son licenciement et s'était vu opposer l'immunité de juridiction du Koweït. Pour un commentaire sur cette dernière affaire, voy. J. VANDERSCHUREN, « Une nouvelle déclinaison jurisprudentielle de l'érosion de l'immunité de juridiction des Etats », *JT* 2011, pp. 792-796.

⁴⁰ Arrêt *Cudak c. Lituanie*, § 62 ; arrêt *Guadagnino c. Italie et France*, § 66 ; arrêt *Sabeh El Leil c. France*, § 55.

⁴¹ Cf. *supra*, § 1.1.3.

La Cour considéra que l'article 11 de celle-ci établissait une exception à l'immunité de juridiction des Etats en cas de contrat de travail. Aucune des trois affaires qui lui étaient soumises n'entraînait dans le cadre des hypothèses justifiant le maintien de l'immunité de juridiction. Elle considéra par conséquent que, dans les trois affaires en question, l'article 6 § 1 de la CEDH avait été violé.

Il est également intéressant de noter que la Cour, dans l'arrêt *Cudak c. Lituanie*, s'est penchée sur la question de savoir si la possibilité laissée au demandeur de s'adresser à une juridiction de l'Etat auquel il est opposé pouvait constituer un accès véritable à un juge. Elle considéra que « *cette voie de recours, à supposer même qu'elle fût théoriquement envisageable, n'était guère réaliste dans les circonstances de la cause. En imposer l'utilisation aurait entraîné pour la requérante de sérieuses difficultés pratiques, incompatibles avec le respect de son droit d'accès à un tribunal, qui, comme tous les autres droits de la Convention, doit être interprété de façon à le rendre concret et effectif plutôt que théorique et illusoire* »⁴².

1.2.2. Les pratiques nationales

a) La jurisprudence belge

La cour de cassation fut la première, on l'a mentionné, à faire la différence entre actes de souveraineté et actes de gestion, et à refuser l'immunité de juridiction aux Etats dans cette seconde hypothèse⁴³. Cette jurisprudence est restée constante⁴⁴.

b) La jurisprudence française

La jurisprudence française a donné récemment d'excellentes illustrations de la différence entre actes de gestion et actes d'autorité. Dans son arrêt du 6 mai 2008, la Cour administrative d'appel de Marseille avait rejeté une demande d'indemnisation présentée par la veuve d'un ancien déporté français en Allemagne, en invoquant le principe de l'immunité de juridiction des Etats⁴⁵. Par contre, dans son arrêt du 19 novembre 2008, la cour de cassation française cassa un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait déclaré irrecevable une demande de réfection d'un mur mitoyen avec un immeuble appartenant à la République fédérale d'Allemagne. La cour de cassation motiva son arrêt par le fait « *que les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion* »⁴⁶.

c) La législation américaine

⁴² Arrêt *Cudak c. Lituanie*, § 36.

⁴³ Cass. 11 juin 1903, *SA des chemins de fer Liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais*, Pas., 1903, I, p. 294.

⁴⁴ Brux. 4 décembre 1963, *JT* 1964, p. 64.

⁴⁵ Pour un commentaire, voy. F. MATRINGE, note sous l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Marseille n° 06MA01509 (06.11.2008), *R.G.D.I.P.*, 2009, pp. 466-470.

⁴⁶ Pour un commentaire, voy. F. SANTULLI, note sous l'arrêt de la cour de cassation du 19 novembre 2008, *Bull.* I, n° 266, *RGDIP* 2009, pp. 470-473.

Peu d'Etats se sont dotés d'une véritable législation sur la question de l'immunité des Etats. Parmi ceux-ci, on citera les Etats-Unis, qui ont adopté en 1976 le *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA)⁴⁷. Le § 1604 du FSIA reconnaît l'immunité de juridiction des Etats étrangers devant les tribunaux américains. Les §§ 1605 et 1607 reconnaissent un certain nombre d'exceptions au principe :

- La renonciation explicite par un Etat à son immunité de juridiction (§ 1605 (a)(1))
- Les affaires relatives à une activité commerciale (§ 1605 (a)(2))⁴⁸
- Les biens se trouvant aux Etats-Unis et acquis par l'Etat étranger en violation du droit international public (§ 1605(a)(3))
- Les biens se trouvant aux Etats-Unis et acquis par donation ou succession par l'Etat étranger, ainsi que les actions réelles immobilières sur les immeubles se trouvant aux Etats-Unis (§ 1605 (a)(4))
- Les délits ou quasi-délits commis par l'Etat étranger ou ses préposés (§ 1605(a)(5))
- Les procédures ayant pour objet l'exécution d'une sentence arbitrale (§ 1605(a)(6))
- Les créances maritimes (§ 1605(b))
- Les demandes reconventionnelles formulées par un défendeur privé lorsque l'Etat étranger a lui-même intenté une action (§ 1607).

Le Royaume-Uni⁴⁹ et le Canada⁵⁰ ont adopté des législations similaires.

1.2.3. La question du droit au juge en cas de violation du droit international humanitaire

Dans son arrêt *Yerodia* précité, la Cour internationale de Justice avait cependant précisé qu'immunité ne signifiait pas impunité. Il était toujours possible de poursuivre les responsables devant leurs tribunaux nationaux, où ils ne peuvent invoquer aucune immunité, et devant la Cour pénale internationale. Par ailleurs, l'Etat dont ils sont ressortissants peut toujours renoncer à leur immunité.

2. L'arrêt de la Cour internationale de justice du 3 février 2012

2.1. Bref résumé des faits

Entre la chute de Mussolini en septembre 1943 et la fin de la deuxième guerre mondiale, l'Allemagne occupa une partie de l'Italie. Des soldats italiens faits prisonniers par les forces allemandes furent déportés vers l'Allemagne et astreints au travail forcé, sans se voir reconnaître le statut de prisonniers de guerre.

Le 2 juin 1961, l'Allemagne et l'Italie conclurent deux accords visant notamment l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de persécutions sous le régime national-socialiste en vertu de leur race ou de leur idéologie. 40 millions de marks furent versés par l'Allemagne aux Italiens victimes de telles mesures.

⁴⁷ Pour une analyse de celui-ci, voy. P. HERZOG, *Rev. Crit. DIP* 1978, pp. 396-414 et G. DELAUME, "Le Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 », *JDI* 1978, pp. 187-207.

⁴⁸ Les contrats de travail sont repris dans cette exception globale : voy. l'arrêt *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 US 349, 360 (1993).

⁴⁹ *Sovereign Immunity Act* du 20 juillet 1978

⁵⁰ Loi du 3 juin 1982 sur l'immunité des Etats.

Le 2 août 2000, l'Allemagne adopta une loi portant création de la fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » afin d'indemniser les personnes qui avaient été soumises au travail forcé par le régime nazi. Les prisonniers de guerre étaient exclus du bénéfice de cette loi.

Des milliers d'anciens internés militaires italiens introduisirent des demandes d'indemnisation devant les juridictions allemandes, mais elles furent toutes rejetées, au motif que les demandeurs étaient d'anciens prisonniers de guerre. Une requête fut introduite devant la Cour européenne des droits de l'Homme, mais celle-ci s'estima incompétente *ratione materiae*⁵¹.

Le 23 septembre 1998, M. Luigi Ferrini, ancien militaire déporté en Allemagne, introduisit une action en réparation contre l'Allemagne devant le tribunal d'Arrezzo. Celui-ci rejeta sa demande, au motif de l'immunité juridictionnelle de l'Etat. La cour d'appel de Florence confirma le jugement, mais son arrêt fut cassé le 11 mars 2004 par la cour de cassation italienne, qui estima que l'immunité de juridiction de l'Etat ne pouvait jouer en cas de crime international. Par arrêt du 17 février 2011, la cour d'appel de Florence condamna l'Allemagne à verser des dommages-intérêts à M. Ferrini. Des demandes similaires allaient suivre.

Parallèlement, des procédures avaient été intentées à l'encontre de Max Josef Milde, membre de la division «Hermann Göring» au sein des forces armées allemandes, pour sa participation à des massacres perpétrés en Italie le 29 juin 1944. M. Milde avait été condamné par contumace à la réclusion à perpétuité, et à verser, solidairement avec l'Allemagne, des indemnités aux ayant-droit des victimes du massacre. L'Allemagne avait interjeté appel de cette décision en tant qu'elle la condamnait. La cour de cassation italienne avait rejeté l'exception d'incompétence invoquée par l'Allemagne, au motif que l'immunité juridictionnelle devait être levée lorsqu'un Etat avait commis des actes constituant des crimes au regard du droit international.

Un troisième élément allait venir se greffer sur ces deux types de procédure : en 1997, des ressortissants grecs avaient introduits devant le tribunal de Livadia, en Grèce, des actions en réparation contre l'Allemagne du fait d'un massacre perpétré par les troupes allemandes en Grèce en 1944. Le tribunal grec avait condamné l'Allemagne, mais la cour de cassation grecque avait refusé le caractère exécutoire au jugement, au motif de l'immunité d'exécution de l'Allemagne⁵². Les requérants grecs avaient alors demandé à rendre les décisions rendues par le tribunal de Livadia exécutoire sur le sol italien. La cour d'appel de Florence avait acquiescé à leur demande, et la cour de cassation italienne confirma son arrêt. Les requérants grecs firent dès lors enregistrer une hypothèque judiciaire sur la villa Vigoni, bien appartenant à l'Etat allemand situé sur le lac de Côme.

Par requête du 23 décembre 2008, l'Allemagne demanda à la Cour de constater que l'Italie avait engagé sa responsabilité internationale :

- en permettant que des actions civiles soient intentées contre elle devant des tribunaux italiens, au mépris de son immunité de juridiction ;

⁵¹ Aff. *Associazione nazionale reduci et 275 autres c. Allemagne*, décision du 4 septembre 2007, requête no 4563/04.

⁵² Cf. *supra*, § 1.2.1. a).

- en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni, propriété de l'Etat allemand située en territoire italien, au mépris de son immunité d'exécution ;
- en déclarant exécutoires en Italie des décisions judiciaires grecques condamnant civilement l'Allemagne.

2.2. Le contenu de l'arrêt

L'arrêt va trancher successivement les trois questions posées par l'Allemagne.

2.2.1. Quant à l'immunité de juridiction de l'Allemagne

La Cour commence par rappeler que « *l'immunité (de juridiction) est régie par le droit international et ne relève pas de la simple courtoisie* » (§ 53 de l'arrêt). Elle constate ensuite que seul le droit coutumier s'applique, l'Italie n'étant pas liée (au contraire de l'Allemagne) par la convention de Bâle de 1972. Ce faisant, contrairement à ce qu'avait édicté la Cour européenne des Droits de l'Homme dans ses arrêts *Cudak*, *Guadagnino* et *Sabeh El Leil*⁵³, elle ne reconnaît pas à la convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 le caractère de codification de la coutume internationale. Elle va donc s'interroger sur l'existence et surtout l'étendue de la coutume accordant une immunité de juridiction aux Etats (§ 55).

Sans entrer dans une analyse poussée, la Cour va constater qu'il « *ressort de (la) pratique que les Etats, que ce soit lorsqu'ils invoquent l'immunité pour leur propre compte ou qu'ils l'accordent à d'autres, partent généralement du principe qu'il existe en droit international un droit à l'immunité de l'Etat étranger, dont découle pour les autres Etats l'obligation de le respecter et de lui donner effet* » (§ 56), et que cette immunité découle du principe de souveraineté des Etats (§ 57).

La question la plus délicate que la Cour est amenée à trancher est bien évidemment celle de la portée et l'étendue de la règle de l'immunité juridictionnelle de l'Etat. La Cour rappelle la différence entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii* (§ 59). Ce faisant, elle tranche définitivement la question du caractère absolu ou non de l'immunité de juridiction des Etats. Celle-ci ne peut concerner que les actes accomplis *jure imperii*.

La Cour s'interroge ensuite sur la nécessité de la licéité d'un acte *jure imperii* pour que celui-ci puisse bénéficier de l'immunité de juridiction. Il est en effet hors de doute que les exactions commises par les militaires allemands pendant la seconde guerre mondiale étaient bien des actes *jure imperii* (§ 60). Il est hors de doute également qu'ils étaient illicites au regard du droit international (ce que l'Allemagne ne nia à aucun moment tout au long de la procédure). L'Italie avança un double argument à l'encontre de l'immunité de juridiction allemande pour ses actes.

En premier lieu, elle prétendit que l'immunité ne s'étendait pas aux actes dommageables ou délictueux ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel, commis sur le territoire de l'Etat du for. Elle avançait à l'appui de sa théorie le fait que sept Etats⁵⁴ avaient adopté des législations relatives à l'immunité de juridiction de l'Etat reconnaissant la compétence des tribunaux nationaux pour connaître des actes dommageables commis par des forces armées étrangères. Une « pratique significative » pouvait dès lors être

⁵³ Cf *supra*, § 1.2.1 b).

⁵⁴ L'Afrique du Sud, l'Argentine, l'Australie, le Canada, les Etats-Unis, Israël et le Japon.

dégagée en faveur d'une exception à l'immunité de juridiction des Etats en cas d'actes *jure imperii* en cas d'acte ayant causé la mort ou un préjudice corporel. Par ailleurs, l'Italie insista sur le fait que les deux conventions internationales pertinentes prévoyaient des dispositions relatives aux actes délictueux ayant entraîné la mort. L'article 11 de la convention de Bâle de 1972⁵⁵ stipule que :

« *Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant lorsque la procédure a trait à la réparation d'un préjudice corporel ou matériel résultant d'un fait survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur du dommage y était présent au moment où ce fait est survenu.* »

Cette disposition doit cependant être lue à la lumière de l'article 31, qui est ainsi libellé :

« *Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.* »

Selon la Cour, « *il ressort clairement du libellé de l'article 31 qu'il ne se limite pas à cela et exclut du champ d'application de la convention toute procédure se rapportant aux actes des forces armées étrangères, que celles-ci soient présentes sur le territoire de l'Etat du for avec ou sans le consentement de ce dernier, et que leurs actes aient été accomplis en temps de paix ou en temps de guerre* » (§ 67). Par ailleurs, la Cour cita des jurisprudences nationales⁵⁶ démontrant qu'un nombre conséquent de juges nationaux avaient estimé que l'immunité de juridiction des Etats n'était pas affectée par l'article 11 de la convention de Bâle.

L'article 12 de la Convention des Nations Unies est lui aussi consacré à cette question. Il stipule que :

« *A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, 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'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.* »

L'avantage de la Convention des Nations Unies est qu'aucune disposition n'exclut expressément les actes des forces armées du champ d'application de l'article 12. La Cour va cependant se baser sur une pratique judiciaire constante des Etats⁵⁷ (et même de la Cour

⁵⁵ La Cour rappelle que, ces deux instruments n'étant pas en vigueur entre les parties, « *Ils ne sont donc pertinents que dans la mesure où leurs dispositions, le processus qui a conduit à leur adoption et leur mise en oeuvre apportent un éclairage sur le contenu du droit international coutumier* » (§ 66).

⁵⁶ Notamment un jugement du tribunal de première instance de Gand *Botelberghe c. Allemagne* du 18 février 2000 (inédit).

⁵⁷ Notamment l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles *S.A. Eau, gaz, électricité et applications c. Office d'aide mutuelle* du 25 janvier 1956, *Pasicrisis* 1957, II, p. 88.

européenne des droits de l'Homme⁵⁸) pour arriver à la conclusion qu' « *un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes jure imperii lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for* » (§ 77). Il faut cependant noter que, bien que la Cour ne le mentionne pas, la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat reste bien évidemment possible dans cette hypothèse⁵⁹, ainsi que la responsabilité individuelle des militaires concernés (par exemple devant la Cour pénale internationale).

Le second argument avancé par l'Italie était autrement plus grave. L'Italie avançait que ces actes étaient constitutifs des violations les plus graves de règles de droit international à caractère impératif (le *ius cogens*), et qu'il n'existait, pour y remédier, aucune autre voie de recours. L'Allemagne ne pouvait dès lors bénéficier d'aucune immunité pour ces actes.

La Cour releva d'abord qu'aucune limitation à l'immunité de l'Etat fondée sur la gravité de la violation ou sur le caractère impératif de la règle violée ne figure dans la convention de Bâle de 1972 ou la convention des Nations Unies de 2004⁶⁰ (§ 89). Elle se basa ensuite à nouveau sur un examen des décisions judiciaires nationales et de la Cour européenne des droits de l'Homme⁶¹ pour aboutir à la conclusion que « *en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés* » (§ 91), même si ces violations concernent des normes de *ius cogens* (§ 97).

La Cour précisa toutefois qu'elle n'était pas chargée de trancher la question de savoir si l'immunité pouvait être invoquée en cas de procédure pénale engagée contre un représentant de l'Etat. Il suffit pour cela de se référer à son arrêt *Yerodia* : l'immunité de juridiction fonctionnelle dont bénéficient certains acteurs des relations internationales (chefs d'Etats, diplomates...) subsiste devant les juridictions nationales même en cas de violation d'une norme de *ius cogens*. Par contre, elle ne peut bien évidemment pas être invoquée devant les juridictions pénales internationales. De même, rappelons qu'un Etat qui verrait sa responsabilité internationale engagée devant la Cour internationale de Justice ne pourrait bien évidemment pas exciper de son immunité de juridiction.

De même, la Cour précisa que le droit à l'immunité d'un Etat était indépendant de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation (§ 101). Par là, elle reconnaît implicitement l'existence d'une lacune dans le système actuel d'indemnisation des victimes d'actes de violence. Elle refuse toutefois de franchir le pas qui permettrait d'y remédier. Elle évacue habilement le problème en rappelant qu'elle n'est pas chargée de le trancher (§ 108) et se contente de suggérer aux deux Etats d'ouvrir de nouvelles négociations afin d'indemniser les ressortissants italiens non visés par les différents accords et législations acceptés jusqu'à présent par l'Allemagne (§ 104).

⁵⁸ En citant l'arrêt *McElhinney c. Irlande* du 21 novembre 2001.

⁵⁹ Voy. par exemple l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

⁶⁰ Voy. à ce sujet *supra*, § 1.1.4, et les commentaires sur le caractère « *insuffisamment mûr* » de la question.

⁶¹ En citant l'arrêt *Al-Adsani* précité.

La Cour en conclut que l'Italie a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945.

2.2.2. Quant à l'immunité d'exécution de l'Allemagne

La Cour commence par rappeler que l'immunité d'exécution de l'Etat va au-delà de l'immunité de juridiction. Tant bien même un Etat aurait-il été condamné valablement par un tribunal national (par exemple dans l'hypothèse d'un acte *jure gestionis*, ou d'une renonciation de l'Etat à se prévaloir de son immunité), cela n'implique nullement que cet Etat pourra faire l'objet de mesures de contrainte sur le territoire de l'Etat du for ou d'un Etat tiers (§ 113).

Une application stricte de ce principe retirerait immédiatement une grande partie de son intérêt à la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*. Un particulier ayant obtenu la condamnation d'un autre Etat ne pourrait poursuivre l'exécution de son jugement à l'encontre de celui-ci. Ce serait un retour au principe général de souveraineté de l'Etat, où celui-ci ne peut être contraint contre sa volonté. Le particulier devra espérer un acte de bonne volonté de l'Etat condamné pour obtenir réparation de son dommage. A défaut, la procédure qu'il a entamée restera vaine.

Afin d'obvier à ce problème, l'article 19 de la convention des Nations Unies de 2004 stipule que :

« *Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat excepté si et dans la mesure où :*

- a) l'Etat a expressément consenti à l'application de telles mesures dans les termes indiqués :*
 - i) par un accord international ;*
 - ii) par une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ; ou*
 - iii) par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties ; ou*
- b) l'Etat a réservé ou affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure ; ou*
- c) il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.»*

La Cour, refusant à nouveau de se prononcer sur le caractère codificateur de la coutume de cette disposition, se contente de remarquer que le bien objet de la mesure d'exécution (la villa *Vigoni*) est dépourvu de caractère commercial, puisqu'il est utilisé à des fins culturelles.

La Cour conclut que l'Italie a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international en prenant des mesures d'exécution forcée visant la Villa Vigoni.

La Cour semble dès lors laisser la porte ouverte pour des mesures d'exécution sur des biens d'Etat situés sur le territoire de l'Etat du for et affectés à des fins commerciales. On pense ici par exemple à des navires ou des aéronefs d'Etat utilisés à des fins commerciales, ou des fonds bancaires, mais bien évidemment en aucun cas à des locaux diplomatiques (bénéficiant de l'inviolabilité), ou à des délégations commerciales si celles-ci se voient reconnaître le caractère diplomatique.

2.2.3. Quant à la violation de l'immunité de juridiction allemande par les arrêts de la cour d'appel de Florence déclarant exécutoires en Italie les décisions grecques condamnant l'Allemagne

Après avoir rappelé que l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution sont deux concepts fondamentalement différents, la Cour, conséquente dans son raisonnement, édicte *qu'un juge saisi d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger condamnant un Etat tiers est tenu de se demander si l'Etat défendeur bénéficie d'une immunité de juridiction devant lui*⁶² (§ 130). *In casu*, la Cour conclut donc que les arrêts de la Cour d'appel de Florence ont violé l'obligation de l'Italie de respecter l'immunité de juridiction de l'Allemagne (§ 133).

2.3. L'opinion dissidente du juge Antonio Augusto Cançado Trindade

L'un des éléments les plus intéressants (et touchant à la fois) est l'opinion dissidente du juge brésilien Antonio Augusto Cançado Trindade. Celui-ci a été président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de 1999 à 2005. Celle-ci s'est caractérisée par la prise en compte du *ius cogens* dans plusieurs de ses arrêts⁶³. Les positions jusnaturalistes du juge Cançado Trindade sont bien connues, surtout depuis son cours de 2005 à l'Académie de Droit international de La Haye, où il avait plaidé pour la mise en place d'un nouveau *ius gentium*, « non plus centré sur les Etats mais plutôt tourné vers la satisfaction des besoins de protection et des aspirations des êtres humains et de l'humanité en tant que telle »⁶⁴. Il va s'atteler à démonter entièrement le raisonnement suivi par la Cour.

En premier lieu, il va reprocher à la Cour de s'être basée exclusivement sur la jurisprudence (nationale et internationale) pour justifier l'immunité de juridiction et

⁶² Le juge saisi d'une demande d'exequatur ne peut en effet pas se prononcer sur la question de savoir si le tribunal étranger n'aurait pas dû lui-même reconnaître une immunité de juridiction à l'Etat condamné: cette question ne le regarde pas.

⁶³ Notamment dans son célèbre arrêt *Goiburú et alii. c. Paraguay* du 22 septembre 2006, où la Cour a affirmé que l'accès à la justice pour les victimes de disparitions forcées et leurs familles constitue une norme impérative de droit international (voy. à ce sujet C. MAIA, « Le *ius cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (éds.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 271-278, et H. TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme au service de l'humanisation du droit international public », *AFDI* 2006, pp. 617-640).

⁶⁴ « no longer State-centric but turned rather to the fulfillment of the needs of protection and aspirations of human beings and humankind as a whole » ("International Law for Humankind: towards a new *ius gentium*", *RCADI* 2005, t. 316 (449 pp.) et 317 (pp. 9-312)).

d'exécution reconnue à l'Allemagne, alors que l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice précise bien que celle-ci ne forme qu'une source auxiliaire de détermination de la règle de droit⁶⁵.

Une autre source à laquelle la Cour aurait pu se référer est la doctrine. Le juge Cançado Trindade constate que, depuis les années 30, celle-ci a évolué. Pour beaucoup d'auteurs, le droit international est (ou devrait être) beaucoup plus concentré sur les droits des individus, et moins sur la nécessité de sauvegarder la souveraineté de l'Etat. Il cite également les travaux de l'Institut de droit international et de l'International Law Association, ainsi que les développements récents au sein de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme – qu'il connaît bien pour la raison susmentionnée -, regrettant que la Cour internationale de Justice s'en soit si peu inspirée. Pour lui, l'emphase mise sur la personnalité et la souveraineté de l'Etat a abouti à la mise en place d'un *ius inter gentes* plutôt que d'un *ius gentium*, admettant exclusivement les Etats comme sujets du droit international. Cette conception s'est révélée catastrophique pour le genre humain au XXème siècle. Il serait temps qu'une nouvelle pratique, basée sur la Justice et la protection des droits des individus, émerge.

Après avoir relevé ensuite que le droit international reconnaît sans aucun doute aux particuliers victimes de graves violations du droit international (l'intervention de leur Etat ne devant dès lors plus être nécessaire), le juge Cançado Trindade considère qu'aucune immunité de juridiction ne devrait pouvoir leur être opposée dans l'hypothèse de *delicta imperii*.

Se montrant à la pointe de ceux qui militent pour une évolution du droit international vers la protection des droits des individus, il considère que la Justice doit prévaloir sur la souveraineté. Les immunités juridictionnelles ne devraient pas faire obstacle à la réalisation de la Justice, qui devrait rester l'objectif ultime, ce qui implique que les victimes doivent pouvoir obtenir réparation des crimes dont elles ont souffert.

Il conclut son opinion dissidente en affirmant que la Cour aurait dû dire qu'il ne peut exister aucune immunité d'Etat pour les crimes internationaux et les graves violations des droits de l'Homme et du droit international humanitaire.

3. Conclusion

La Cour internationale de Justice, gardienne de l'orthodoxie internationale, s'est montrée conséquente. Dans la droite ligne de son arrêt *Yerodia* de 2002, elle a affirmé avec force le principe de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats pour leurs actes accomplis *jure imperii*, même lorsque ceux-ci concernent de graves violations de normes impératives. La position de la Cour n'est pas rétrograde. Elle s'inscrit en effet dans la droite ligne de l'arrêt *Al-Adsani* de la Cour européenne des droits de l'homme de 2001, et de nombreuses décisions nationales. A l'heure où, comme le signale le juge Cançado Trindade, une part importante de la doctrine insiste sur la prééminence des droits des individus par rapport aux droits des Etats, la position de la Cour peut néanmoins apparaître comme fondamentalement conservatrice.

Un déni de justice est-il à craindre ? Il est évident que pour les particuliers victimes d'actes de ce type, l'accès à leurs tribunaux nationaux est dorénavant, c'est officiel,

⁶⁵ Source auxiliaire, soit, mais primordiale, nous aurons l'occasion d'y revenir.

impossible. Seul leur reste la possibilité d'intenter une action devant les juridictions de l'Etat responsable⁶⁶. Cette possibilité, comme l'avait souligné la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Cedak*, n'est souvent guère réaliste, et présente des difficultés insurmontables pour le requérant. Pour la Cour, cependant, ce risque n'est pas en mesure de changer son raisonnement. L'immunité de l'Etat doit subsister, indépendamment des possibilités offertes aux victimes ou à leurs ayant-droit d'obtenir réparation de leur dommage. C'est une lacune évidente du système actuel. Le respect de la souveraineté des Etats est à ce prix.

Reste bien évidemment la possibilité d'une mise en cause internationale de la responsabilité de l'Etat responsable par un autre Etat. Encore faut-il que celui-ci soit habilité à intenter une telle action, c'est-à-dire que l'un de ses ressortissants ait été victime du comportement de l'Etat astreint. Dans de nombreux cas (par exemple dans celui de l'affaire *Al-Adsani*, où le requérant avait la double nationalité britannique et koweïtienne, cette mise en cause sera impossible, la protection diplomatique ne pouvant être exercée lorsque la personne dispose également de la nationalité de l'Etat astreint⁶⁷. Cette possibilité, si elle existe, reste par conséquent limitée.

Reste également la possibilité de voir juger les individus responsables, soit devant leurs juridictions nationales, soit devant la Cour pénale internationale. Dans ces hypothèses, les victimes auront cependant des difficultés à obtenir une réparation financière pour le dommage qu'elles ont subi. La personne responsable risque d'être incapable d'indemniser toutes les victimes de ses actes. C'est l'avantage primordial d'une condamnation étatique... C'était le principal intérêt de la condamnation de l'Allemagne dans l'affaire *Mild* par les tribunaux italiens.

On a enfin avancé qu'il pouvait paraître contraire à l'équité (et à l'efficacité) de laisser la question des réparations de dommages (notamment en cas de conflit) à la seule compétence des tribunaux nationaux. Dans cette hypothèse, des négociations internationales visant à l'établissement d'un régime global de réparation paraissent plus adaptées⁶⁸. La Cour en fait d'ailleurs discrètement mention dans son arrêt, en invitant l'Allemagne et l'Italie à entreprendre de nouvelles négociations pour régler les cas laissés de côté par les textes existants.

Pour humaniste que soit l'opinion du juge Cançado Trindade, elle néglige le fait que les Etats restent les véritables acteurs du droit international. En insistant sur la doctrine, il omet de mentionner qu'elle n'est citée dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice que comme moyen auxiliaire de la détermination de la règle de droit. La jurisprudence aussi, certes. Il ne faut cependant pas oublier que les décisions judiciaires d'un Etat constituent un élément souvent fondamental pour la détermination de l'existence de l'élément

⁶⁶ Qui, bien évidemment, ne pourra pas exciper de son immunité de juridiction devant ses propres tribunaux : voy. par ex. Conseil d'Etat fr. 15 octobre 1993, *Royaume-Uni c. Ministre des affaires étrangères*, *Leb.* p. 267, concl. VIGOUROUX (cas un peu particulier puisqu'il s'agissait d'un recours du Royaume-Uni contre la France suite au refus de celle-ci d'extrader l'un de ses ressortissants).

⁶⁷ Voy. l'art. 4 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 sur les conflits de lois en matière de nationalité : « Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ».

⁶⁸ Voy. à ce sujet J. BROEHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 204-210, et C. TOMUSCHAT, "Individual reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations", in A. RANDELZHOFFER et C. TOMUSCHAT (éds.), *State Responsibility and the Individual*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 23.

matériel d'une coutume internationale. C'est à ce titre que la Cour s'y est référée à de si nombreuses reprises. Dans une perspective positiviste, la Cour a eu raison de rendre l'arrêt tel qu'elle l'a rendu. La doctrine peut être aussi favorable à une prise en compte croissante des droits des individus qu'elle le souhaite, tant qu'une majorité d'Etats ne décidera pas de remettre en cause les prérogatives dont ils disposent (et qu'ils se sont octroyées), la souveraineté et l'immunité de juridiction et d'exécution qui lui sont connexes ont encore de beaux jours devant elles.

Philippe VINCENT

Chargé de cours adjoint à la Faculté de Droit et de Science politique de Liège