

L'ARRÊT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'AFFAIRE DES IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ÉTAT

*Alberto Costi**

Cet article offre une critique de l'arrêt de la Cour internationale de justice (CIJ) sur l'immunité juridictionnelle de l'État en matière de procédure civile rendu le 3 février 2012. Opposant la République fédérale d'Allemagne à l'Italie, l'affaire concernait l'immunité de juridiction de l'Allemagne devant les instances judiciaires italiennes suite à la commission de violations graves du droit international humanitaire perpétrées par le Reich allemand contre des ressortissants italiens et grecs au cours de la Seconde Guerre mondiale. La Cour trancha en faveur de l'État allemand, affirmant dans son jugement majoritaire que la République italienne avait manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international. Nous introduisons d'abord brièvement la règle de l'immunité de l'État, relatant son historique et son évolution. Nous décrivons ensuite les faits de l'affaire, les arguments des parties et la décision de la CIJ. Suit une analyse de l'arrêt en deux temps. En premier lieu, nous faisons valoir que, *de lege lata*, le jugement de la majorité fondé sur un raisonnement positiviste reflète l'état du droit international coutumier en matière d'immunité de l'État. En deuxième lieu, nous nous demandons s'il ne faudrait pas, *de lege ferenda*, reconnaître une exception à l'immunité de l'État pour des violations des normes de *jus cogens*, lorsqu'il n'y a pas de voies de recours alternatives. Finalement, nous sommes d'avis que l'émergence d'une telle exception paraît actuellement peu probable en marge de la pratique des États, et que le jugement de la CIJ pourrait ralentir, voire ossifier, l'évolution du droit en la matière. Avec cette contribution, nous avons voulu rendre hommage au professeur Jacques-Yves Morin, dont les classes nous inspirèrent à poursuivre une carrière académique dévouée au *jus inter gentes*.

The article offers a critique of the judgment of the International Court of Justice (ICJ) on the jurisdictional immunity of the State delivered on 3 February 2012. Opposing the Federal Republic of Germany to Italy, the case concerned Germany's immunity before the Italian courts following the perpetration of grave violations of international humanitarian law by the German Reich against Italian and Greek citizens during World War II. The ICJ decided the case in favour of Germany, the majority of the Court stating that the Republic of Italy had violated its obligation to respect the immunity recognised to Germany under international law. We first introduce the rule of State immunity. We then describe the facts of the case, the arguments of the parties and the Court's decision. A two-part analysis of the judgment follows: first, *de lege lata*, we argue that the majority judgment is founded on a positivist approach reflecting the current state of customary international law as concerns state immunity; second, *de lege ferenda*, we query whether violations of norms of *jus cogens* should give rise to an exception to State immunity, when no alternative remedies are available to the victims. Finally, we believe that it is unlikely for such an exception to emerge in the foreseeable future in view of current State practice, and that the ICJ judgment could slow down, or even ossify, any evolution of the law on the subject. With this article, we wish to pay tribute to Professor Jacques-Yves Morin, whose classes inspired us to pursue an academic career in international law.

* Professeur agrégé, Faculté de droit, Université Victoria de Wellington, Nouvelle-Zélande; secrétaire-général, chapitre néo-zélandais, Association de droit international (ILA New Zealand Branch); vice-président, Association néo-zélandaise de droit comparé (New Zealand Association for Comparative Law).

Ce numéro spécial de la *Revue québécoise de droit international* célébrant l'illustre carrière du professeur Jacques-Yvan Morin me rappelle qu'il y a trente ans, je publiais mon premier article, un commentaire sur l'affaire du golfe du Maine¹, dans les pages de cette revue. Je n'aurais pu l'écrire sans les encouragements du professeur Morin. Ses classes m'inspirèrent à me joindre à sa petite équipe de rédaction puis à poursuivre une carrière académique dévouée au *jus inter gentes*. Sa méthode rigoureuse, fondée sur une vaste connaissance de l'histoire et des développements juridiques qui nous faisaient mieux comprendre les défis du droit international contemporain, guide toujours mes enseignements; son approche méticuleuse dans tous les aspects de la composition des premiers numéros de la revue me sert encore de compas dans la supervision des travaux de mes étudiants, la préparation de mes manuscrits ainsi que l'édition des revues juridiques dans lesquelles j'œuvre. En lui dédiant ce modeste commentaire d'arrêt, je ne ferme pas la boucle. Bien au contraire, comme le *koru*, la fronde de fougère jeune qui symbolise la renaissance, la croissance, la force et la paix dans la culture *māori* de la Nouvelle-Zélande, je salue mon maître à penser, et je vais vers l'avenir fort de mes racines intellectuelles.

Le 3 février 2012, la Cour internationale de justice (CIJ) rendait son jugement dans une cause opposant la République fédérale d'Allemagne à l'Italie². Cette affaire concernait l'immunité de juridiction de l'Allemagne devant les instances judiciaires italiennes suite à la commission de violations graves du droit international humanitaire par les forces armées et autres organes allemands contre des ressortissants italiens et grecs au cours de la Seconde Guerre mondiale. La Cour trancha en faveur de l'État allemand. Dans un jugement majoritaire, la Cour affirma que la République italienne avait manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international : en permettant que des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par les forces armées du Reich allemand puissent être intentées à son encontre; en prenant des mesures exécutoires forcées sur des biens appartenant à l'État allemand (la Villa Vigoni à Côme); et 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 allemand³.

Le jugement dépasse la chronique habituelle puisqu'il s'agit de la première affaire dans laquelle la CIJ a eu l'opportunité de considérer directement la question de l'immunité de juridiction de l'État. Tout d'abord, la Cour emprunte une approche

¹ Alberto Costi, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du golfe du Maine (*Canada c États-Unis d'Amérique*) » (1985) 2 RQDI 323.

² *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce (intervenante))*, [2012] CIJ rec 99 [*Immunités juridictionnelles de l'État*].

³ *Ibid* au para 139.

conservatrice à l'égard de la relation entre l'immunité de l'État et les violations de normes impératives de droit international coutumier auxquelles aucune dérogation n'est permise (règles de *jus cogens*)⁴. En effet, elle rejette l'existence d'une exception à l'immunité juridictionnelle de l'État même dans les cas de violations graves du droit international humanitaire. De plus, fait plutôt rare, la Cour entreprend un examen approfondi et détaillé de la pratique des États, et en particulier des lois et des décisions des tribunaux internes. Enfin, les approches de la majorité et des juges dissidents dévoilent des conceptions divergentes du rôle de la CIJ dans le développement du droit international.

Le règle de l'immunité de juridiction de l'État met en exergue deux principes fondamentaux du droit international en apparence contradiction : d'une part, le principe de la souveraineté territoriale en vertu duquel un État peut exercer sa juridiction à l'égard de faits qui se produisent sur son territoire et des personnes qui s'y trouvent; d'autre part, le principe de l'égalité souveraine des États, lequel s'oppose à l'idée que les tribunaux internes d'un État puissent exercer leurs pouvoirs dans une action contre un autre État souverain. En vertu de ce principe d'égalité, l'immunité de juridiction de l'État constitue une dérogation au principe de la souveraineté territoriale. Bien que la CIJ ait eu à se prononcer sur la question de l'immunité d'un ministre dans une affaire antérieure⁵ et qu'il est admis que l'immunité de l'État devant les juridictions internes étrangères ne soit pas absolue, il s'agit ici de la première fois où la Cour doit se pencher sur la portée et l'étendue de la règle de l'immunité de l'État lorsque sont intentées des actions civiles.

Cet article offre une critique de l'arrêt de la CIJ sur l'immunité juridictionnelle de l'État en matière de procédure civile, et non de l'immunité individuelle des représentants de l'État dans des procédures pénales. Nous introduirons d'abord la règle de l'immunité de l'État, relatant son historique et son évolution (partie I). Nous décrirons ensuite les faits de l'affaire, les arguments des parties et la décision de la Cour (partie II). Suivra une analyse de l'arrêt en deux temps. Nous ferons d'abord valoir que, *de lege lata*, le jugement de la majorité fondé sur un raisonnement positiviste reflète l'état du droit international coutumier en matière d'immunité de l'État (partie III). Nous nous demanderons par la suite s'il ne faudrait pas, *de lege ferenda*, reconnaître une exception à l'immunité d'État pour des violations des normes de *jus cogens*, lorsqu'il n'y a pas des voies de recours alternatives (partie IV), un argument qui ne devrait pas être rejeté d'emblée, à la lumière des développements des dernières décennies dans le droit international des

⁴ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331, RT Can 1988/23 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 53 : « Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des [É]tats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » Voir, par exemple, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 510 et s [Brownlie]; Malcolm N Shaw, *International Law*, 7^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 à la p 89 [Shaw].

⁵ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ rec 3 [Mandat d'arrêt du 11 avril 2000].

droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal. Finalement, nous verrons que l'émergence d'une telle exception paraît actuellement peu probable en marge de la pratique des États, et que le jugement de la Cour pourrait ralentir, voire ossifier, l'évolution du droit en la matière (partie V). Suivront quelques brèves remarques en guise de conclusion.

I. La règle de l'immunité de l'État

L'immunité de juridiction de l'État devant les tribunaux internes d'un autre État procède du principe de l'égalité souveraine des États. La règle constitue une dérogation à l'exercice du pouvoir de juridiction de l'État à l'égard du comportement d'un autre État et s'oppose ainsi à toute tentative des tribunaux d'exercer leur juridiction dans une action civile à l'encontre d'un autre État souverain⁶. Il importe de clarifier qu'il s'agit ici de l'immunité de l'État même, et non des immunités personnelles dont jouissent certains représentants de l'État en vertu du droit international⁷, et qu'elle est distincte de l'immunité des États contre la prise de mesures d'exécution forcée à leur encontre⁸. Il est également important de distinguer les notions d'immunité et d'impunité. Le droit de l'immunité revêt « un caractère procédural », se trouvant ainsi totalement distinct du droit matériel, lequel détermine si ce comportement est licite ou non⁹.

A. Une immunité absolue au départ

La règle de l'immunité de l'État s'explique historiquement par le statut personnel du souverain¹⁰. Le monarque personnifiait l'État et en cette qualité, il ne pouvait être poursuivi devant ses propres tribunaux¹¹. La transposition de ce principe de droit constitutionnel au droit international se fera plus tard, alors que sera étendue aux souverains des autres nations la règle de l'immunité¹². Il devient alors inconcevable qu'un État puisse juger pénalement un chef d'État étranger en exercice et encore moins le contraindre pénalement¹³. Les chefs d'État étaient dans le passé placés au-dessus des lois de tout État étranger et bénéficiaient d'une immunité pénale

⁶ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 5 [Fox].

⁷ Onder Bakircioglu, « *Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law* » (2012) 1 *International Human Rights Law Review* 93 aux pp 103-104.

⁸ Gerhard Hafner et Leonore Lange, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens » (2004) 50 *AFDI* 45 aux pp 68-71 [Hafner et Lange].

⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, supra note 5 à la p 25.

¹⁰ Marc Henzelin, « L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption? » [2002] 2 *SZIER* 179 à la p 180 [Henzelin].

¹¹ Sompong Sucharitkul, Rapporteur spécial, *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, Doc off AG NU, 32^e sess, Doc NU A/CN.4/331 et Add.1 dans *Annuaire de la Commission du droit international 1980*, vol 2, partie 2, New York, NU, 1980 aux pp 211-212 (Doc NU A/CN.4/331 et Add.1) [*Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États*].

¹² *Ibid* à la p 212.

¹³ Henzelin, supra note 10 à la p 180.

*in personam*¹⁴. Ils jouissent encore aujourd'hui dans les autres États d'immunités de juridiction tant civiles que pénales, à l'instar du chef du gouvernement ou du ministre des Affaires étrangères, pour leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions « pour le compte de l'État qu'il[s] représente[nt] »¹⁵.

Avec le développement de l'État-nation et l'avènement du système westphalien, qui régit encore aujourd'hui la société internationale, les principes fondamentaux de l'égalité souveraine, de la souveraineté territoriale et de l'indépendance sont venus à gouverner les relations interétatiques¹⁶, d'où la maxime *par in parem non habet imperium* : les États sont indépendants les uns par rapport aux autres, et des sujets égaux ne peuvent exercer leur volonté ou leur autorité souveraine l'un sur l'autre¹⁷.

Traditionnellement reconnue comme une interdiction absolue d'un État d'exercer sa juridiction vis-à-vis d'un autre État souverain¹⁸, l'immunité de juridiction a reçu sa première reconnaissance judiciaire dans l'affaire *Schooner Exchange c McFaddon*¹⁹. Le juge en chef de la Cour suprême des États-Unis y détermina qu'un navire appartenant à l'État français ne pouvait faire l'objet d'une poursuite devant les tribunaux américains²⁰. Cette affaire posa les fondements de la théorie et fit jurisprudence dans d'autres juridictions²¹. Le Royaume-Uni, quant à lui, affirma la théorie de l'immunité absolue dans l'affaire du *Parlement Belge*²².

B. Élaboration d'une doctrine restrictive de l'immunité de l'État

La doctrine de l'immunité absolue était en vigueur à une époque où l'État n'intervenait pas dans la vie privée. L'évolution de la société internationale, l'essor des activités de l'État dans le domaine économique à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle²³ et puis la naissance d'un régime de protection des droits de l'homme²⁴

¹⁴ *Ibid* aux pp 180-181.

¹⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 5 à la p 21.

¹⁶ Shaw, *supra* note 4 à la p 509.

¹⁷ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd, Paris, LGDJ, 2002 à la p 446. Le principe de l'immunité des États est l'un des « principes fondamentaux du droit international » : *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États*, *supra* note 11 à la p 210.

¹⁸ Shaw, *supra* note 4 aux pp 509-510.

¹⁹ *Schooner Exchange v McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812).

²⁰ *Ibid* à la p 136.

²¹ Fox, *supra* note 6 à la p 204.

²² *The Parlement Belge* [1880] 5 PD 197 (CA). Cette affaire concernait l'immunité à laquelle avait droit un vaisseau appartenant au roi des belges et opérant dans les îles britanniques. La décision initiale de ne pas respecter l'immunité parce que le vaisseau avait entrepris des activités commerciales fut rejetée en appel sur la base de l'égalité souveraine des États. Voir Ernest K Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, Springer, 2005 à la p 22 sur l'évolution de la doctrine d'immunité devant les tribunaux anglais [Bankas].

²³ Hafner et Lange, *supra* note 8 à la p 45.

²⁴ Rosanne Van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 2008 à la p 47 [Van Alebeek]; Brownlie, *supra* note 4 à la p 327.

forcèrent une prise de conscience du rôle « multiple » de l'État. Les États qui s'engageaient dans des transactions commerciales avec des acteurs non-étatiques pouvaient se cacher derrière la doctrine de l'immunité absolue de l'État, créant un problème d'équité puisqu'elle privait « les partenaires commerciaux des États de tout recours juridique »²⁵. Les acteurs non-étatiques commencèrent à se plaindre que la doctrine traditionnelle pouvait pénaliser injustement ceux qui faisaient affaire avec les États et arguèrent que ces derniers se comportaient comme des personnes privées et devaient être traités comme telles devant les tribunaux internes²⁶. Le développement du rôle de l'État ainsi que la diversité de ses fonctions créèrent le besoin de distinguer entre les activités effectuées à titre de souverain et celles considérées comme non-souveraines. En conséquence, une conception restrictive de l'immunité de l'État s'est développée²⁷. Une distinction a été établie entre *acta jure imperii*, les actes effectués à titre de souverain, et *acta jure gestionis*, actes privés ou commerciaux d'un État, l'immunité s'attachant aux actes *jure imperii*, mais non pas aux actes *jure gestionis*²⁸.

La doctrine restrictive est maintenant bien établie²⁹ même si les critères pour les distinguer demeurent flous³⁰. Certains États, incluant le Royaume-Uni³¹, les États-Unis³², l'Australie³³, le Pakistan³⁴, le Canada³⁵, l'Afrique du Sud³⁶, le Japon³⁷, Singapour³⁸, Israël³⁹, l'Argentine⁴⁰ et la Malaisie⁴¹ ont adopté des lois affirmant l'approche restrictive pour les actes *jure gestionis*. D'autres États, tel l'Irlande, la Nouvelle-Zélande, le Nigéria et le Zimbabwe n'ont pas légiféré sur la question, mais leurs tribunaux suivent la doctrine restrictive⁴². Par exemple, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, dans l'affaire *Governor of Pitcairn c Sutton*, affirma que les

²⁵ Hafner et Lange, *supra* note 8 à la p 45.

²⁶ Leandro de Oliveira Moll, « Al-Adsani v United Kingdom: State Immunity and Denial of Justice with respect to Violations of Fundamental Human Rights » (2003) 4 Melbourne Journal of International Law 561 à la p 566.

²⁷ Shaw, *supra* note 4 aux pp 512-514.

²⁸ Fox, *supra* note 6 à la p 35.

²⁹ *Ibid* à la p 502. Voir aussi Sevrine Knuchel, « State Immunity and the Promise of *Jus Cogens* » (2011) 9:2 Northwestern Journal of International Human Rights 149 aux pp 150-151 [Knuchel].

³⁰ Paul Christoph Bornkamm, « State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State* » (2012) 13:1 German Law Journal 773 à la p 779 [Bornkamm].

³¹ *State Immunity Act 1978* (R-U), c 33.

³² *Foreign Sovereign Immunities Act*, 28 USC § 1330, 1332, 1391(f), 1441(d) et 1602-1611 (1976).

³³ *Foreign State Immunities Act 1985* (Cth).

³⁴ *Pakistani State Immunity Ordinance 1981* (Ordinance n° VI of 1981).

³⁵ *Loi sur l'immunité des États*, LRC 1985, c S-18.

³⁶ *Foreign States Immunities Act 87 of 1981* (S Afr).

³⁷ *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, etc.* Act N° 24 of 2009, en ligne : Japanese Law Translation <www.japaneselawtranslation.go.jp>.

³⁸ *State Immunity Act* (n°19 de 1979, Sing).

³⁹ *Foreign States Immunity Law 5769-2008* (Israël).

⁴⁰ *Ley 24 448 ADLA 1995 A 220*.

⁴¹ *Immunities and Privileges Act 1984*.

⁴² *Government of Canada v Employment Appeals Tribunal and Burke* [1992] ILRM 325 (CSC); 95 ILR 467; *Kramer v Government of Kingdom of Belgium and Embassy of Belgium* [1989] 1 CLRQ 126 (Nigeria CA); 103 ILR 299; *Baker McCormac (Private) Ltd v Government of Kenya* [1983] 2 ZLR 72 (SC); 84 ILR 18.

activités commerciales d'un État ne sont plus protégées par le principe de l'immunité⁴³. La doctrine restrictive est également acceptée dans les juridictions de droit civil comme l'Italie, l'Allemagne, la France et l'Espagne⁴⁴. Cette approbation quasi-générale de la doctrine restrictive se reflète dans la *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* adoptée sans vote par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2004, et prévoyant *inter alia* une exception à l'immunité pour les activités commerciales⁴⁵. La doctrine restrictive s'assure ainsi de l'égalité des parties s'engageant dans des transactions commerciales⁴⁶.

C. Autres exceptions à la doctrine de l'immunité de l'État pour actes *jure imperii*

Au-delà des activités dites non-souveraines, il existe une « zone grise » où se retrouve une série d'exceptions à l'immunité de l'État⁴⁷. Deux de ces exceptions s'avèrent fort pertinentes à la discussion de l'affaire devant la CIJ. La première est l'exception à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'État du for, que l'on pourrait qualifier d'« exception territoriale » ou de « responsabilité délictuelle territoriale ». La seconde est l'exception suite à la commission d'actes constituant des violations de règles de *jus cogens*. Ces deux exceptions étant traitées en détail dans l'analyse de l'arrêt *infra*, nous nous limiterons ici à les décrire brièvement.

1. L'EXCEPTION DITE « TERRITORIALE »

Cette exception s'applique aux actes d'un État commis sur le territoire d'un autre État et qui causent décès, blessures ou dommages matériels à l'intérieur des frontières de celui-ci. Cette exception est codifiée à la fois dans la *Convention européenne sur l'immunité des États* et la *Convention des Nations Unies*⁴⁸. Au sein des États ayant adopté des lois sur l'immunité des États étrangers, hormis le Pakistan, cette exception est reconnue⁴⁹. Cependant, l'existence et la portée de cette exception

⁴³ *Governor of Pitcairn and Associated Islands v Sutton* [1995] 1 NZLR 426 (CA) à la p 428.

⁴⁴ Fox, *supra* note 6 aux pp 223-230.

⁴⁵ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004 (non encore en vigueur), art 10, en ligne : Nations Unies : Collection des Traités <https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf> [*Convention des Nations Unies*].

⁴⁶ En fait, la doctrine restrictive ainsi que la doctrine absolue de l'immunité relèvent des principes d'égalité et d'indépendance : Van Alebeek, *supra* note 24 à la p 49. Bien que l'immunité de l'État évoque le principe de l'égalité souveraine, elle est incompatible avec le principe de la souveraineté territoriale et son corollaire, la compétence territoriale. L'immunité déroge au principe de compétence territoriale mais demeure en fait un moyen essentiel par lequel l'égalité souveraine des États est reconnue : Shaw, *supra* note 4 à la p 509.

⁴⁷ Shaw, *supra* note 4 aux pp 519 et 529. Voir aussi Bornkamm, *supra* note 30 à la p 779.

⁴⁸ *Convention européenne sur l'immunité des États*, 16 mai 1972, STE No 74, art 11 (entrée en vigueur : 11 juin 1976) [*Convention européenne*]; *Convention des Nations Unies*, *supra* note 45, art 12.

⁴⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge *ad hoc* Gaja au para 3.

en droit international coutumier demeurent controversées⁵⁰. Le principe est apparu à l'origine dans le cadre d'affaires ayant trait à des accidents de la circulation et à d'autres risques assurables, au motif que les compagnies d'assurance ne devraient pas profiter de l'argument de l'immunité de l'État pour ne pas déboursier les primes d'indemnité⁵¹. Certains États ont d'ailleurs limité son application aux risques assurables⁵². La question pertinente est de savoir si cette exception pourrait s'étendre aux actes des forces armées d'un État étranger perpétrés pendant un conflit armé sur le territoire de l'État du for⁵³. Or, l'article 31 de la *Convention européenne sur l'immunité des États* affirme que l'instrument ne s'applique pas aux actes des forces armées étrangères⁵⁴.

2. L'EXCEPTION POUR VIOLATION DES RÈGLES DE *JUS COGENS*

Récemment, des auteurs ont soutenu que le droit international ne saurait accorder d'immunité aux actes de l'État qui constituent des violations graves du droit international ainsi que des règles de *jus cogens*⁵⁵. La logique de l'argument est que les règles de *jus cogens* prévalent sur toute règle contraire du droit international, incluant la règle de l'immunité juridictionnelle de l'État devant les tribunaux d'un autre État, laquelle n'a pas le statut de *jus cogens*. On pourrait ajouter à cela la position de la majorité de la Chambre des Lords dans l'affaire *R c Bow Street Metropolitan Magistrate Stipendiary, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* (affaire *Pinochet*), qui ne pouvait accepter que la violation d'une règle de *jus cogens*, en l'instance la protection contre la torture, puisse être considérée comme un acte entrant dans les fonctions officielles d'un représentant de l'État⁵⁶. Notons également qu'en 2001, la Commission du droit international avait identifié parmi les exemples de règles de *jus cogens* les interdictions relatives au génocide, à l'esclavage et à la torture ainsi que les « règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère “intransgressible” »⁵⁷.

La question est donc de savoir si l'immunité de l'État couvre les violations graves de règles de droit international humanitaire et de normes de *jus cogens*. Cette

⁵⁰ Van Alebeek, *supra* note 24 à la p 69.

⁵¹ Bornkamm, *supra* note 30 à la p 776.

⁵² *Ibid* à la p 779.

⁵³ Roger O'Keefe, « State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds » (2011) 44 Vand J Transnat'l L 999 à la p 1011 [O'Keefe]; Christopher Keith Hall, « UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol » (2006) 55 ICLQ 411 à la p 422.

⁵⁴ *Convention européenne, supra* note 48, art 31.

⁵⁵ Voir, par exemple, Alexander Orakhelashvili, « State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong » (2007) 18:5 EJIL 955; Lorna McGregor, « State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v Italy » (2013) 11 Journal of International Criminal Justice 125 [McGregor, « Immunity »].

⁵⁶ *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147 HL (Eng) aux pp 204-205 [*Pinochet*].

⁵⁷ Commission du droit international, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol 2, partie 2, New York, NU, 2007 aux pp 120-121 (Doc NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)).

question qui sera abordée plus en détail dans les parties principales de l'article forma l'objet principal de la requête de l'Allemagne à la CIJ. Malgré le fait que la Cour ait eu l'occasion d'indiquer dans des affaires antérieures que les règles qui régissent les immunités sont de nature procédurale alors que la détermination d'une violation du *jus cogens* relève du droit matériel, elle n'avait jusqu'alors pas eu l'opportunité de répondre directement à la question susmentionnée. Une occasion exceptionnelle se présentait donc à la Cour dans l'affaire qui nous occupe de clarifier sa position sur le sujet en fonction de la pratique étatique et des développements doctrinaux et jurisprudentiels récents.

II. Analyse de l'arrêt de la CIJ

Avant d'analyser l'arrêt de la Cour (section C), il est important d'exposer brièvement le contexte historique et factuel (section A) ainsi que les principaux arguments des parties (section B).

A. Résumé des faits et des procédures devant les instances judiciaires

Les faits donnant lieu à cette cause datent de la Seconde Guerre mondiale. En juin 1940, le régime fasciste italien de Benito Mussolini entre en guerre aux côtés du Reich allemand, et ce jusqu'à sa destitution en septembre 1943. L'Italie se rend alors aux Alliés. En octobre 1943, l'Italie déclare la guerre à l'Allemagne. Entre l'automne de 1943 et la fin de la guerre, l'Allemagne continue à occuper une grande partie du territoire italien. Au cours de cette occupation, les forces armées allemandes et d'autres organes de l'État allemand commettent des violations graves du droit international humanitaire, y compris de nombreuses atrocités contre la population civile, l'exécution de civils et la déportation de civils et de membres des forces armées italiennes vers des camps de concentration en Allemagne ou dans les territoires occupés par le Reich allemand, où ils sont soumis au travail forcé⁵⁸. Malgré le traité de paix de 1947 entre les Alliés et l'Italie, les accords de 1961 entre l'Italie et l'Allemagne et une série de lois fédérales allemandes, le régime d'indemnisation mis sur pied après la Seconde Guerre mondiale ne couvre qu'une partie des réclamations et la majeure partie des victimes des violations du droit international humanitaire ne sont pas admissibles à recevoir une compensation⁵⁹. En particulier, la loi fédérale allemande de 2000 permet d'exclure du droit de réparation les prisonniers de guerre, lesquels pouvaient être astreints au travail par la puissance détentric. Les internés militaires italiens privés par le Reich allemand du statut de prisonnier de guerre ne purent donc pas se prévaloir de cette loi pour faire une demande d'indemnisation⁶⁰. Les victimes ainsi exclues firent recours devant les tribunaux civils italiens afin d'obtenir une indemnisation de l'État allemand.

⁵⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 52. La plupart des soldats faits prisonniers se virent dénier le statut de prisonnier de guerre.

⁵⁹ *Ibid* aux paras 22-26.

⁶⁰ *Ibid* au para 26.

Il faut également mentionner ici que les forces armées allemandes perpétrèrent aussi des atrocités en Grèce, un autre territoire sous occupation allemande au moment des faits. D'importance pour l'arrêt de la CIJ, le 10 juin 1944, dans le village de Distomo, les forces armées allemandes tuèrent entre 200 et 300 civils grecs⁶¹. Malgré des actions devant les tribunaux nationaux grecs et allemands ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), les ayants droit des victimes de ce massacre furent incapables d'obtenir réparation des pertes humaines et matérielles subies vu le refus du gouvernement grec de faire exécuter des décisions en leur faveur à l'encontre de l'Allemagne⁶². Les ayants droit des victimes cherchèrent donc à rendre exécutoires ces décisions en territoire italien.

Du résultat de ces actions civiles devant les tribunaux italiens naît l'affaire devant la CIJ.

1. PROCÉDURES CIVILES ENGAGÉES DEVANT LES JURIDICTIONS ITALIENNES

Le point de départ de la jurisprudence italienne en la matière est la décision de 2004 de la Cour de cassation dans l'affaire *Ferrini c République fédérale d'Allemagne* (affaire *Ferrini*)⁶³. Le 23 septembre 1998, Luigi Ferrini, un ressortissant italien déporté en Allemagne en août 1944 et soumis au travail forcé dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre, intente une action civile contre l'État allemand devant le Tribunal d'Arezzo en Italie. Le tribunal de première instance, le 3 novembre 2000, ainsi que la Cour d'appel de Florence, le 16 novembre 2001, rejettent sa demande au motif que l'Allemagne, en tant qu'État souverain, est protégée par son immunité juridictionnelle. Trois ans plus tard, le 11 mars 2004, la Cour de cassation conclut que l'Allemagne n'avait pas droit à l'immunité de juridiction et donne raison à M. Ferrini. La Cour estime que l'immunité de l'État ne s'applique pas lorsque les actes incriminés constituent des crimes au regard du droit international⁶⁴. Les règles de *jus cogens* sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles de droit, telle la règle de l'immunité de l'État, et les tribunaux doivent leur donner priorité⁶⁵. La Cour de cassation souligne également le droit de Luigi Ferrini d'avoir accès à la justice. Reconnaître l'immunité à l'État allemand en l'espèce empêcherait de protéger adéquatement des valeurs dont la sauvegarde doit être considérée comme essentielle pour l'ensemble de la communauté internationale⁶⁶. La requête de M. Ferrini est renvoyée devant le Tribunal d'Arezzo qui, dans une décision en date du 12 avril 2007, se dit maintenant compétent pour entendre l'affaire mais conclut que l'action en réparation est forclose. Cette décision est infirmée par la Cour d'appel dans un arrêt du 17 février 2011, dans lequel la Cour, en ordonnant à l'Allemagne de verser à Luigi

⁶¹ *Ibid* au para 30.

⁶² *Ibid* aux paras 33-35.

⁶³ *Ferrini c Repubblica Federale di Germania*, Cour de cassation d'Italie N° 5044/2004, 11 mars 2004; (2004) 87 RDI 539; 128 ILR 659 [*Ferrini*].

⁶⁴ *Ibid* aux paras 9 et 11.

⁶⁵ *Ibid* aux paras 9 et 9.1.

⁶⁶ *Ibid* aux paras 9.1 et 9.2.

Ferrini des dommages-intérêts, rejette le caractère absolu de l'immunité de l'État et considère que cette dernière ne peut « être invoquée par un État ayant commis des actes constituant des crimes au regard du droit international »⁶⁷. Par la suite, la Cour de cassation confirmera sa décision dans l'affaire *Ferrini* dans d'autres procédures liées à des actes de déportation et de travail forcé⁶⁸.

En 2008, la Cour de cassation statue de nouveau dans le cadre de poursuites engagées par les proches des victimes de civils massacrés le 29 juin 1944 à Civitella, Cornia et San Pancrazio en Italie, contre Max Milde, un membre de la division « Hermann Göring » au sein des forces armées allemandes, pour son rôle dans ces atrocités. Condamné par contumace à une peine de réclusion à perpétuité et, avec l'Allemagne, à verser des indemnités aux ayants droit des victimes du massacre, la Cour de cassation, dans l'affaire *Allemagne c Milde*⁶⁹, refuse de reconnaître l'exception d'incompétence invoquée par l'Allemagne et réitère son raisonnement dans l'affaire *Ferrini*, confirmant que l'immunité juridictionnelle doit être levée lorsqu'un État a commis des actes constituant des crimes au regard du droit international⁷⁰. La Cour a donc souligné la nécessité de s'engager dans une interprétation globale de l'ordre public international et de reconnaître une hiérarchie des valeurs dans laquelle les droits fondamentaux ont la priorité sur l'immunité de l'État⁷¹.

2. ACTIONS CIVILES INTRODUITES DEVANT LES TRIBUNAUX GRECS

Les ayants droit des victimes du massacre de Distomo engagent une action contre l'Allemagne et se voient accorder des dommages-intérêts par un jugement rendu par défaut le 25 septembre 1997 par le tribunal grec de première instance. En 2000, la Cour suprême hellénique, dans l'affaire de la *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne* (l'affaire *Distomo*)⁷², rejette le pourvoi formé par l'Allemagne et ordonne à l'État allemand de compenser les familles des victimes de ce massacre. Ce faisant, la Cour rejette l'argument de l'immunité juridictionnelle de l'État allemand. La Cour estime que l'exception territoriale à l'article 11 de la *Convention européenne sur l'immunité des États* reflète le droit international coutumier. Cette exception s'applique parce que les forces armées allemandes ont violé des normes impératives du droit international humanitaire. Comme tels, ces actes représentent un abus du pouvoir souverain, et donc ne peuvent être classés

⁶⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 27.

⁶⁸ Voir, par exemple, *Giovanni Mantelli et al*, Cour de cassation d'Italie ordonnance N° 14201, 29 mai 2008; (2009) 134 FO 1568 et *Liberato Maietta*, Cour de cassation d'Italie ordonnance N° 14209, 29 mai 2008; (2008) 91 RDI 836.

⁶⁹ *Repubblica Federale di Germania c Milde*, Cour de cassation d'Italie N° 1072/2008, 21 octobre 2008; (2009) 92 RDI 618 [*Milde*].

⁷⁰ *Ibid* aux paras 3-4.

⁷¹ *Ibid* aux paras 4-6.

⁷² *Préfecture de Voiotia c République fédérale d'Allemagne*, Cour de cassation de Grèce N° 11/2000, 4 mai 2000; 129 ILR 513 [*Préfecture de Voiotia*].

comme des actes *jure imperii*⁷³. Pourtant, dans une affaire similaire où des ressortissants grecs portèrent une autre demande contre l'Allemagne devant les tribunaux suite à des actes perpétrés par les forces allemandes dans le village de Lidoriki en 1944, la Cour de cassation grecque renvoie la cause devant le Tribunal supérieur spécial, le priant de déclarer si les règles relatives à l'immunité de l'État couvrent les actes en cause dans cette affaire⁷⁴. Le 17 septembre 2002, dans l'affaire *Margellos c République fédérale d'Allemagne* (affaire *Margellos*), le Tribunal supérieur spécial décide que l'Allemagne, en l'état actuel du droit international, peut invoquer l'immunité de juridiction⁷⁵.

Revenant à l'affaire *Distomo*, la procédure d'exécution du jugement échoue en Grèce et en Allemagne. La Cour de cassation grecque rappelle que l'article 923 du code de procédure civile grec requiert l'autorisation du ministre de la Justice avant que ne puisse être exécutée une décision rendue contre un État étranger⁷⁶. La Cour suprême fédérale allemande quant à elle considère que les décisions de justice grecques ont été rendues en violation du droit de l'Allemagne à l'immunité et ne peuvent être reconnues dans l'ordre juridique allemand⁷⁷. Par ailleurs, saisie par les requérants en l'affaire *Distomo*, la CEDH rejette l'argument selon lequel l'Allemagne, en refusant de se conformer à la décision du tribunal de première instance dans l'affaire *Distomo*, et la Grèce, en ne permettant pas que soit exécutée ladite décision, auraient violé l'article 6 (1) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* et l'article premier du *Protocole n° 1* à cette convention⁷⁸. Se référant au principe de l'immunité de l'État, la CEDH déclare irrecevable la requête au motif que toute restriction au droit d'accès des requérants aux tribunaux et au droit de propriété est justifiée en vertu du droit international général, et ne constitue pas une entrave disproportionnée à leurs droits⁷⁹.

Devant ces échecs, les requérants grecs cherchent alors à rendre exécutoires les décisions dans l'affaire *Distomo* en Italie, où, comme nous l'avons vu auparavant, les tribunaux italiens ont développé une jurisprudence favorisant l'indemnisation des victimes de violations de règles de *jus cogens* lorsqu'elles sont dépourvues d'autre

⁷³ Xiaodong Yang, « Absolute Immunity of Foreign Armed Forces from Tort Proceedings » (2012) 71 Cambridge LJ 282 à la p 282; Fox, *supra* note 6 aux pp 583-585.

⁷⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 36.

⁷⁵ *Margellos c République fédérale d'Allemagne*, Tribunal supérieur spécial N° 6/2002, 17 septembre 2002; 129 ILR 525 [*Margellos*].

⁷⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 30. Le ministre de la Justice grec n'autorisa pas l'exécution du jugement et les décisions rendues contre l'Allemagne sont demeurées inexécutées en Grèce.

⁷⁷ *Ressortissants grecs c République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême fédérale allemande N° III ZR 245/98; [2003] NJW 3488 (BGH); 129 ILR 556. Voir *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 32.

⁷⁸ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 211, STE 5, art 6 (1) (entrée en vigueur : 3 septembre 1953); *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 23 mars 1950, STE 9, art 1 (entrée en vigueur : 18 mai 1954) [*Protocole n° 1*].

⁷⁹ *Kalogeropoulou et autres c Grèce et République fédérale d'Allemagne*, n° 59021/00, [2002] X CEDH à la p 12, en ligne : CEDH <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-44427>> [*Kalogeropoulou*].

recours. Les tribunaux italiens rejettent l'opposition formée par l'Allemagne et déclarent le jugement grec dans l'affaire *Distomo* exécutoire en Italie⁸⁰, ce qui amène les requérants grecs à faire enregistrer auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, une propriété de l'État allemand située près du lac de Côme⁸¹. L'exécution de cette hypothèque judiciaire fut toutefois suspendue en attendant que la CIJ ne se prononce dans cette affaire⁸².

B. La position des parties devant la CIJ

1. LES DEMANDES PRÉSENTÉES PAR L'ALLEMAGNE

Le 23 décembre 2008, l'Allemagne dépose au Greffe de la CIJ une requête introductive d'instance contre l'Italie⁸³. Dans sa requête, portée devant la CIJ en vertu de l'article premier de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends* du 29 avril 1957⁸⁴, et dans les chefs de conclusions tout au long de la procédure, l'Allemagne allègue que l'Italie a violé ses obligations juridiques internationales en ne respectant pas dans sa pratique judiciaire l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le droit international⁸⁵ : en permettant que des poursuites civiles soient intentées contre l'Allemagne devant les tribunaux italiens pour le paiement de dommages-intérêts suite à des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand; en prenant des mesures exécutoires contre une propriété de l'État allemand (la Villa Vigoni) située en Italie; et en acceptant que soient déclarées exécutoires en Italie des décisions judiciaires civiles grecques contre l'Allemagne pour des faits semblables à ceux ayant donné lieu aux actions devant les instances judiciaires italiennes.

L'Allemagne reconnaît la souffrance causée par les actes perpétrés par les forces armées et autres organes du Reich allemand et leur caractère illicite. Toutefois, elle fait valoir que le droit international coutumier nécessite le respect de l'immunité de juridiction⁸⁶. Les actes en cause étant assurément des actes *jure imperii*, ce que l'Italie ne nie pas, l'Allemagne soutient que l'immunité est applicable et qu'aucune des exceptions à l'immunité dont jouit un État à l'égard des actes *jure imperii* ne s'applique ici. L'Allemagne souligne la portée limitée de l'exception territoriale⁸⁷ et plaide que la position de la Cour de cassation italienne dans sa jurisprudence *Ferrini*

⁸⁰ *Repubblica Federale di Germania c Autogestione prefettizia di Voiotia*, Cour de cassation d'Italie N° 11163/2011, 12 janvier 2011.

⁸¹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 35.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid* au para 1.

⁸⁴ *Convention européenne sur le règlement pacifique des différends*, 29 avril 1957, STE 23.

⁸⁵ *Ibid* au para 16.

⁸⁶ *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie)*, « Mémoire déposé par la République fédérale d'Allemagne » (12 juin 2009), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16645.pdf>> aux paras 115-130 [mémoire de l'Allemagne].

⁸⁷ *Ibid* aux paras 71-82.

sur la relation entre l'immunité de l'État et les violations des normes de *jus cogens* est erronée⁸⁸. Au-delà du droit, l'Allemagne met l'accent sur les implications générales de la théorie de la Cour de cassation italienne et les répercussions profondes de son application sur de nombreux domaines du droit international. Une décision en faveur de l'Italie exigerait que soit réécrite « toute l'histoire de la réparation des dommages de la [S]econde [G]uerre mondiale »⁸⁹. Elle permettrait d'ouvrir la porte à un nombre démesuré de procédures à l'encontre des Alliés et de l'Allemagne et de forcer la réouverture de traités de paix qui portèrent un règlement définitif des réparations dues par l'Allemagne. De façon plus générale, la jurisprudence italienne remettrait en cause la question de la responsabilité de l'État où elle avait déjà été déterminée et déstabiliserait l'ordre juridique international⁹⁰.

2. LES ARGUMENTS FORMULÉS PAR L'ITALIE

De son côté, l'Italie conteste les arguments de l'Allemagne, à l'exception du chef de conclusions relatif aux mesures d'exécution prises à l'égard de la Villa Vigoni, et fait valoir qu'elle n'avait pas l'obligation d'accorder l'immunité de juridiction à l'Allemagne dans les circonstances⁹¹. Bien qu'elle accepte que les atrocités commises par les forces armées allemandes soient des actes *jure imperii* et qu'elle soit d'accord quant à l'existence et à l'importance de l'immunité de l'État, l'Italie avance deux arguments principaux pour soutenir sa position que l'immunité n'est pas applicable dans les circonstances en l'espèce.

Le premier argument, se fondant sur l'exception territoriale, ne concerne que les réclamations portées devant les juridictions italiennes pour les actes perpétrés par les forces armées et les organes de l'État allemand sur le territoire italien. Un État ne pourrait aujourd'hui prétendre à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'État du for, et ce même si les actes en question ont été accomplis *jure imperii*⁹². Le second argument, en trois volets, repose sur l'objet et les circonstances des demandes présentées devant les juridictions italiennes, qui justifieraient le refus d'accorder l'immunité, incluant les réclamations portées par les internés militaires transférés en Allemagne⁹³. *Primo*, les actes en question constituent des violations graves des principes du droit international humanitaire. *Secondo*, ces actes constituent en fait des violations de règles de *jus cogens*. *Terzio*, l'Italie allègue que l'exercice par les juridictions italiennes de leur compétence était nécessaire dès lors que les requérants n'avaient pas

⁸⁸ *Ibid* aux paras 83-90.

⁸⁹ *Ibid* au para 112.

⁹⁰ *Ibid* aux paras 112-114. Le mémoire de l'Allemagne conclut sur ce point (au para 114) : « [t]oute solution juridique permettant de rétablir la paix au lendemain d'un conflit pourrait être bloquée dès lors qu'un règlement de paix exigerait des sacrifices de la part de la population concernée ou, du moins, risquerait d'être compromise par des actions individuelles tirant habilement parti de l'argument du *jus cogens*. »

⁹¹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 38.

⁹² *Ibid* au para 62.

⁹³ *Ibid* au para 80.

d'autres voies de recours. Dans son contre-mémoire, l'Italie fait valoir que cette conclusion s'inspire de l'évolution du droit international, qui reconnaît l'importance du rôle de l'individu et son droit à l'accès à la justice⁹⁴. Lorsque les requérants se sont vus refuser toute autre forme de réparation, les tribunaux doivent lever l'immunité de l'État. Dans une telle situation, l'octroi de l'immunité serait contraire aux valeurs fondamentales de la communauté internationale⁹⁵. À l'audience, l'Italie fait ressortir que « ses juridictions avaient été fondées à refuser l'immunité de l'Allemagne en raison de l'effet combiné de ces trois volets »⁹⁶.

3. L'INTERVENTION DE LA GRÈCE

Le 13 janvier 2011, la Grèce déposa au greffe de la CIJ une requête à fin d'intervention en vertu de l'article 62 du *Statut de la Cour internationale de Justice*⁹⁷. Dans sa requête, la Grèce indiquait qu'elle ne cherchait pas à intervenir en tant que partie à l'instance. Par ordonnance du 4 juillet 2011, la CIJ autorisa la Grèce à intervenir en tant que non-partie, dans la mesure où son intervention se limiterait aux décisions grecques déclarées exécutoires en Italie⁹⁸.

Dans sa déclaration écrite et dans ses observations orales, la Grèce a rappelé l'importance du jugement pour l'ordre juridique italien et hellénique. La décision de la CIJ guidera le juge en matière d'immunité juridictionnelle de l'État lorsqu'il est confronté avec une règle de *jus cogens*. La décision aura vraisemblablement des effets importants sur les actions civiles pendantes ou potentielles devant les tribunaux de ces pays⁹⁹.

C. L'arrêt de la CIJ

La Cour a rendu son jugement le 3 février 2012. Partant du principe que l'immunité de l'État pour actes *jure imperii* est une règle bien admise en droit international et reconnue par les États en l'espèce, la CIJ s'est donc efforcée d'explorer l'applicabilité des exceptions à cette règle soulevées par l'Italie. Une

⁹⁴ *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie)*, « Contre-mémoire de l'Italie » (22 décembre 2009), volume I, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16649.pdf>> aux paras 4.88-4.103 [contre-mémoire de l'Italie].

⁹⁵ *Ibid* aux paras 5.7-5.45 et 5.50-6.6. Le contre-mémoire de l'Italie se fonde en particulier, au para 5.43, sur le paragraphe 3 c) des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 60/147, Doc off AG NU 60^e sess, Doc NU A/RES/60/147 (2005) art 3 (c) [Résolution 60/147], lequel invite les États à assurer aux « victimes d'une violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire l'accès effectif à la justice [...] quelle que soit, en définitive, la partie responsable de la violation ».

⁹⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 80.

⁹⁷ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, 33 RTNU 993, RT Can 1945 n° 7 [*Statut de la CIJ*].

⁹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie)*, « Requête de la République hellénique à fin d'intervention » (4 juillet 2011), [2011] CIJ rec 494 aux pp 501-502.

⁹⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 aux paras 18-19.

majorité de la CIJ a estimé que l'Italie avait manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne à l'égard de chacune des trois demandes de celle-ci. Tout d'abord, par une majorité de douze voix contre trois¹⁰⁰, la Cour a jugé que l'Italie avait violé son obligation de respecter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire perpétrées par le Reich allemand entre 1943 et 1945. Les juges Cançado Trindade et Yusuf et le juge *ad hoc* Gaja sont dissidents sur ce point. De plus, la Cour, par une majorité de quatorze voix contre une, a décidé que l'Italie avait manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international : en prenant des mesures d'exécution forcée contre des biens de l'État allemand en Italie (la Villa Vigoni) et en déclarant exécutoires sur le territoire italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des violations de droit international humanitaire commises en Grèce par le Reich allemand¹⁰¹. Finalement, la Cour, par la même majorité, a déclaré que l'Italie devra s'assurer que les décisions de ses instances judiciaires qui contreviennent à l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne soient privées d'effet.

Nous discuterons maintenant des principales conclusions de la Cour et de son raisonnement.

1. LES RECOURS CIVILS DEVANT LES TRIBUNAUX ITALIENS

Au départ, il importe de signaler qu'en l'espèce la CIJ se penche sur l'immunité juridictionnelle de l'État, dans le cadre d'une procédure visant à établir son obligation de réparer des dommages, et non sur l'immunité de juridiction pénale d'un de ses représentants devant les tribunaux d'un autre État¹⁰². Dans ce dernier cas, en 2001, la Cour avait clairement établi l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont le ministre des Affaires étrangères en exercice de la République démocratique du Congo jouissait en vertu du droit international¹⁰³. En l'espèce, la majorité de la Cour a relevé que la décision rendue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*¹⁰⁴, citée par la Cour de cassation italienne, n'était pas pertinente, puisqu'elle visait l'immunité d'un ancien chef d'État et non celle de l'État lui-même.

La Cour rappelle d'abord que la question qu'il lui incombe de trancher est de savoir si les juridictions italiennes étaient tenues d'accorder l'immunité à l'État allemand, et que les parties s'entendent qu'entre elles la règle de l'immunité est régie par le droit international coutumier et non par des règles de « courtoisie »¹⁰⁵. En effet,

¹⁰⁰ La majorité se composait du président de la Cour, le juge Owada, du vice-président, le juge Tomka, ainsi que des juges Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue et Donoghue.

¹⁰¹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 139. Seul le juge Cançado Trindade a exprimé sa dissidence sur ces motifs.

¹⁰² *Ibid* aux paras 87 et 91.

¹⁰³ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 5 aux pp 22 et 29-30.

¹⁰⁴ *Pinochet*, *supra* note 56 aux pp 201-202.

¹⁰⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 53.

seule l'Allemagne est partie à la *Convention européenne sur l'immunité des États*. De plus, ni l'Allemagne ni l'Italie n'ont signé la *Convention des Nations Unies*, laquelle n'est de toute façon pas entrée en vigueur. En l'absence de dispositions conventionnelles applicables¹⁰⁶, la Cour doit déterminer l'existence d'une coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », conformément à l'article 38 (1) du *Statut de la CIJ*, conférant l'immunité à l'État et le cas échéant, sa portée¹⁰⁷. La Cour entend appliquer les critères permettant d'identifier une règle de droit international coutumier, soit une « pratique effective » assortie d'une *opinio juris*¹⁰⁸.

La Cour entreprend ensuite un tour d'horizon de la pratique étatique sur l'immunité de l'État, incluant la jurisprudence des tribunaux internes, les lois adoptées par certains États et les déclarations faites par les États durant les délibérations de la Commission du droit international sur le sujet, avant d'affirmer que l'*opinio juris* dans ce contexte est reflétée entre autres « par l'affirmation, de la part des [É]tats qui invoquent l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'autres [É]tats, qu'ils sont, en vertu du droit international, fondés à en bénéficier »¹⁰⁹ et par le reconnaissance de la part des États qui accordent l'immunité qu'il s'agit d'une obligation que leur impose le droit international. Il ne fait aucun doute qu'il existe en droit international « un droit à l'immunité de l'État étranger, dont découle pour les autres États l'obligation de le respecter et de lui donner effet »¹¹⁰.

Se fondant sur les principes de droit international qui sous-tendent la règle de l'immunité, les principes de l'égalité souveraine et de la souveraineté territoriale, la Cour conclut que les exceptions à l'immunité constituent des dérogations au principe de l'égalité souveraine. Bien que l'Italie et l'Allemagne s'accordent à considérer que généralement la doctrine restrictive de l'immunité de l'État s'applique aux actes *jure gestionis*¹¹¹ tandis que les États jouissent de l'immunité dans le cas d'actes *jure imperii*¹¹², et que les actes en cause sont des actes *jure imperii* en dépit de leur caractère illicite¹¹³, l'Allemagne soutient que l'immunité est applicable alors que l'Italie estime que des exceptions à la règle sont applicables à cause de la nature et des circonstances entourant les actes en question. Il s'agit, par conséquent, pour la CIJ de vérifier la validité des arguments avancés par l'Italie.

¹⁰⁶ *Ibid* au para 54.

¹⁰⁷ *Statut de la CIJ*, *supra* note 97, art 38 (1) (b).

¹⁰⁸ *Affaire du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, [1969] CIJ rec 3 à la p 44 [*Plateau continental de la mer du Nord*].

¹⁰⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 55.

¹¹⁰ *Ibid* au para 56.

¹¹¹ *Ibid* au para 59.

¹¹² *Ibid* au para 61.

¹¹³ *Ibid* au para 60. Comparer avec les paras 178-181 de l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade.

a) *L'exception territoriale*

D'entrée de jeu, la CIJ fait deux clarifications. En premier lieu, la Cour observe que l'argument selon lequel un État ne peut prétendre à l'immunité à l'égard d'actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel dans le territoire du for est d'abord apparu dans le cadre d'affaires ayant trait à des accidents de la circulation et à d'autres risques assurables et s'est restreint à des actes *jure gestionis*. Toutefois, tant la pratique des tribunaux internes que l'analyse des législations nationales prévoyant cette « responsabilité délictuelle territoriale » et des dispositions pertinentes de deux traités sur le sujet n'opèrent de distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Même si le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 12 de la *Convention des Nations Unies* ne distingue pas les deux types d'actes, la Cour fait observer que l'Allemagne, la Chine et les États-Unis ont affirmé qu'en autant qu'il devait s'appliquer aux actes de souveraineté, l'article 12 serait contraire aux principes du droit international en vigueur¹¹⁴. En second lieu, la Cour fait remarquer qu'elle n'est pas, en l'espèce, tenue de trancher la question de savoir si une telle exception à l'immunité de l'État pour actes *jure imperii* existe en droit international coutumier. Interprétant la question de façon stricte, la Cour estime qu'elle doit uniquement se demander si l'exception territoriale s'applique à des actes commis par les forces armées d'un État étranger sur le territoire de l'État du for dans le cadre d'un conflit armé¹¹⁵.

La CIJ envisage cette question à travers un examen minutieux des dispositions des deux traités pertinents et de la pratique étatique¹¹⁶. La Cour met d'abord en exergue le fait que ni l'article 11 de la *Convention européenne sur l'immunité des États* ni l'article 12 de la *Convention des Nations Unies* ne s'appliquent aux situations liées à des conflits armés. Ainsi, l'article 11 doit être lu à la lumière de l'article 31 et du rapport explicatif de la *Convention européenne sur l'immunité des États*, qui précisent qu'aucune disposition ne porte atteinte aux immunités et privilèges des forces armées d'un État contractant et que la *Convention* n'est pas destinée à régler les situations pouvant se présenter en cas de conflit armé¹¹⁷. Plusieurs faits démontrent que les activités militaires n'entrent pas dans le champ de l'article 12 de la *Convention des Nations Unies* : le commentaire de la Commission du droit international sur l'article 12 ainsi que les déclarations par deux des États ayant ratifié la *Convention* et par le Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens à l'Assemblée générale des Nations Unies¹¹⁸.

La CIJ passe ensuite en revue les législations nationales et les décisions des juridictions internes relativement à l'immunité de l'État en ce qui concerne les actes des forces armées. La CIJ en vient à la même conclusion : l'exception territoriale ne prive pas l'État de l'immunité que lui reconnaît le droit international en ce qui

¹¹⁴ *Ibid* au para 64.

¹¹⁵ *Ibid*.

¹¹⁶ *Ibid* aux paras 66-76.

¹¹⁷ *Ibid* aux paras 67-68. Voir *Convention européenne*, *supra* note 48, art 11.

¹¹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 aux paras 69-71. Voir *Convention des Nations Unies*, *supra* note 45, art 12.

concerne les actes illicites commis par ses forces armées sur le territoire de l'État du for¹¹⁹. Seule une certaine pratique judiciaire en Grèce semble appuyer l'argument de l'Italie, soit la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Distomo*¹²⁰. De l'avis de la CIJ, la pratique étatique assortie de l'*opinio juris* attestée par la position des divers États et de la jurisprudence des tribunaux internes justifie la conclusion que l'exception territoriale ne s'applique pas aux actes commis par les forces armées dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque ces actes ont eu lieu sur le territoire de l'État du for¹²¹. D'ailleurs, le Tribunal supérieur grec en l'affaire *Margellos*¹²² avait contredit le raisonnement de la Cour de cassation dans l'affaire *Distomo* et accordé à l'État allemand l'immunité pour les actes perpétrés par ses forces armées au cours d'un conflit armé, même si ces actes avaient été accomplis sur le territoire grec¹²³.

En conséquence, La CIJ estime que la pratique des juridictions italiennes de ne pas accorder l'immunité à l'Allemagne pour les actes dommageables commis par ses forces armées et autres organes sur le territoire italien sur la base de l'exception territoriale est contraire au droit international coutumier en vigueur¹²⁴.

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

Le second argument de l'Italie portait sur le refus d'accorder l'immunité en raison de la nature particulière des actes qui ont fait l'objet des réclamations devant les tribunaux italiens (violations graves du droit international humanitaire et de règles de *jus cogens*) et compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivaient (absence de toute autre voie de recours pour les requérants, particulièrement les internés militaires italiens déportés en Allemagne)¹²⁵. La CIJ a examiné séparément les divers volets de la thèse italienne ainsi que leur effet combiné.

i. La gravité des violations

La CIJ avait déjà reconnu que les actes du Reich allemand à l'origine des demandes devant les tribunaux italiens représentaient des violations graves du droit international humanitaire « constitutives de crimes en droit international »¹²⁶. La Cour souligne d'abord qu'il y a une dichotomie entre l'immunité de juridiction, une question qui revêt un caractère préliminaire, et la détermination de la nature de l'acte illicite, une question qui nécessite un examen des faits pour connaître la gravité de l'acte commis. Puisque l'immunité de juridiction permet en fait d'échapper au procès lui-même, l'idée de subordonner « le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite

¹¹⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 aux paras 72-75.

¹²⁰ *Ibid* au para 76.

¹²¹ *Ibid* au para 77.

¹²² *Margellos*, supra note 75.

¹²³ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 83.

¹²⁴ *Ibid* au para 79.

¹²⁵ *Ibid* au para 80.

¹²⁶ *Ibid* au para 81.

en cause pause un problème de logique »¹²⁷. Puis, la Cour s'engage à décider si le droit international coutumier contemporain interdirait à un État de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves du droit international humanitaire ou des droits de l'homme. Pour la Cour, seule la jurisprudence des juridictions italiennes et la décision de la Cour de cassation grecque dans l'affaire *Distomo* soutiennent l'idée d'une exception à l'immunité de l'État en vertu de la gravité des violations. Une analyse des décisions des juridictions nationales ne permet pas de dire que le droit international exclurait l'immunité juridictionnelle de l'État lorsque des allégations de violations graves du droit international humanitaire sont en cause¹²⁸. Au contraire, la pratique étatique étayée par l'*opinio juris* démontre qu'un État n'est pas privé de l'immunité pour la simple raison qu'il se voit accusé de violations graves du droit international humanitaire ou du droit international des droits de humains. Par exemple, la Cour note que l'amendement au *Foreign Sovereign Immunities Act* (loi américaine sur l'immunité des États étrangers) adopté en 1996 afin d'exclure l'immunité pour certains actes déterminés accomplis par un État « désigné comme soutien du terrorisme »¹²⁹ n'a pas d'équivalent ailleurs et qu'il peut donc être considéré comme une anomalie¹³⁰. La Cour réfère également à l'absence d'une telle exception dans la *Convention européenne sur l'immunité des États* et dans la *Convention des Nations Unies*. Dans un rapport produit par un groupe de travail constitué par le Commission du droit international en 1999 pour examiner l'évolution de la pratique relative à l'immunité de l'État, celui-ci, bien que reconnaissant l'importance de certaines évolutions ayant trait, entre autres, aux réclamations résultant de violations de règles de *jus cogens* par un État, ne recommanda pas d'amendement au libellé des dispositions de la Commission sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens¹³¹. De même, un groupe de travail mis sur pied en 1999 par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a conclu que la question de l'impact des violations graves du droit international humanitaire sur l'immunité juridictionnelle de l'État « ne semblait pas assez mûre pour justifier que le Groupe de travail amorce une œuvre de codification à son sujet »¹³². La CIJ complète son analyse en relevant que la CEDH, à quelques reprises,

¹²⁷ *Ibid* au para 82.

¹²⁸ *Ibid* au para 85. En fait, la pratique des tribunaux internes semble en général rejeter l'idée que le droit à l'immunité puisse être fonction de la gravité de l'acte ou du caractère impératif de la règle. Par exemple, dans l'affaire *Fang v Jiang*, [2007] NZAR 420 (HC), un tribunal néo-zélandais de première instance rejeta, sur la base de la règle de l'immunité de l'État, une demande d'indemnisation contre l'ancien président de la République populaire de Chine soumise par un résident néo-zélandais victime de blessures suite à des actes de torture. Dans son arrêt *Kazemi (Succession) c République islamique d'Iran* 2014 CSC 35, la Cour suprême du Canada décida que l'Iran ne pouvait être poursuivi devant les tribunaux canadiens pour la torture subie par une citoyenne canadienne à Téhéran sous le contrôle des autorités iraniennes. Voir aussi *Bouzari v Islamic Republic of Iran* (2004) 243 DLR (4^e) 71; OR (3d) 675; *Jones v Minister of Interior of Kingdom of Saudi Arabia* (2006) [2007] 1 AC 270 HL (Eng) [*Jones v Saudi Arabia*].

¹²⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 88 citant le *Foreign Sovereign Immunities Act* 28 USC §1605A (1976).

¹³⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 88.

¹³¹ *Ibid* au para 89.

¹³² Nations Unies, Doc NU A/C.6/45/SR.25 à la p 2, tel que cité dans *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 64. Les tribunaux italiens ont probablement accordé trop d'importance au

a rejeté l'argument selon lequel l'immunité juridictionnelle de l'État pourrait être exclue dans des affaires liées à des violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire¹³³. La Cour réitère encore une fois que sa conclusion se limite à l'immunité de l'État lui-même devant les tribunaux d'un autre État, et qu'elle n'a pas à se prononcer dans cette affaire sur l'immunité dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'État¹³⁴.

ii. La relation entre le *jus cogens* et la règle de l'immunité de l'État

Le second volet de l'argument de l'Italie reposait sur l'hypothèse que les normes de *jus cogens* prévalent sur toute règle contraire de droit international, telle la règle de l'immunité de l'État. Même si la CIJ présume, pour les fins de la discussion, que les règles interdisant de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé puissent être considérées comme des normes de *jus cogens*¹³⁵, elle estime qu'il n'y a point de conflit entre les règles de *jus cogens* et celles portant sur l'immunité de l'État¹³⁶. Les règles régissant l'immunité des États sont de nature procédurale et « se bornent à déterminer si les tribunaux d'un [État] sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre [État]. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement » à l'encontre duquel les réclamations ont été engagées est licite ou illicite. La Cour avait déjà considéré plus tôt dans son jugement la nature procédurale de l'immunité de l'État¹³⁷. L'octroi de l'immunité ne doit pas être perçu comme une reconnaissance de la licéité de la violation d'une règle de *jus cogens*¹³⁸. Selon la Cour, l'obligation de réparation existe indépendamment des « règles régissant les moyens par lesquels il doit lui être donné effet »¹³⁹, et la pratique des traités de paix ou règlements *post bellum* n'a jamais été d'imposer une indemnisation complète pour chacune des victimes, mais au mieux de verser une somme forfaitaire à l'État des victimes¹⁴⁰. De surcroît, dans deux affaires, la Cour a estimé que la valeur de *jus cogens* reconnue à une règle ne lui conférerait pas une compétence qu'elle ne posséderait pas autrement¹⁴¹. La Cour soulignera plus loin que la question de savoir si

rapport de ce groupe de travail vu qu'il précède de plusieurs années l'affaire *Ferrini*, ou bien ont-ils voulu tester l'évolution du droit en la matière.

¹³³ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 90, où la CIJ cite les affaires *Al-Adsani c Royaume-Uni*, n° 35763/97, [2001] XI CEDH 1 à la p 19 [*Al-Adsani*] et *Kalogeropoulou*, supra note 79 aux pp 9-10. La CEDH a depuis réitéré cette conclusion dans le cadre d'une affaire de torture : *Jones et autres c Royaume-Uni* (Refus d'examiner l'action civile), n° 34356/06, [2014] CEDH aux paras 213-215, en ligne : CEDH <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140005>> [*Jones*].

¹³⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 91.

¹³⁵ *Ibid* au para 93.

¹³⁶ *Ibid*.

¹³⁷ *Ibid* au para 58.

¹³⁸ *Ibid* au para 93.

¹³⁹ *Ibid* au para 94.

¹⁴⁰ *Ibid*.

¹⁴¹ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, Compétence de la cour et recevabilité de la requête, [2006] CIJ rec 6 aux paras 64 et 125 [*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*]; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, supra note 5 aux pp 24 et 33.

l'État peut jouir de l'immunité devant les instances judiciaires d'un autre État est « entièrement distincte » de celle de savoir si la responsabilité internationale de cet État est engagée¹⁴². En fait, « il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* » qui exigerait que la règle de l'immunité ne soit pas appliquée¹⁴³.

Pour étayer sa conclusion, la CIJ énumère une série de jugements rendus par les tribunaux du Royaume-Uni, du Canada, de la Pologne, de la Slovénie, de la Nouvelle-Zélande et de la Grèce ainsi qu'une décision de la CEDH où une exception à l'immunité de l'État fondée sur le *jus cogens* a été écartée, et conclut, une fois de plus, que seule la pratique des juridictions italiennes soutient la position contraire¹⁴⁴. Par ailleurs, aucune des lois nationales relatives à l'immunité des États mentionnées précédemment n'affecte l'immunité de l'État lorsqu'une norme de *jus cogens* est en cause¹⁴⁵. La Cour en vient à conclure que l'application du droit international coutumier accorde l'immunité à l'État même si les actions intentées soulèvent des violations de normes de *jus cogens*¹⁴⁶.

iii. L'absence de recours alternatif de certains groupes de victimes

Le dernier volet de l'argument présenté par l'Italie affirmait que le refus de reconnaître l'immunité à l'Allemagne était justifié « au motif qu'avaient échoué toutes les autres tentatives d'obtenir réparation » devant les juridictions italiennes et que de nombreuses victimes avaient été exclues de tout régime de réparation¹⁴⁷.

La CIJ trouve regrettable la décision de l'Allemagne d'exclure du champ d'application de son régime national de réparation la plupart des demandes des internés militaires italiens au motif que les prisonniers de guerre pouvaient être astreints au travail forcé alors même que le Reich allemand leur avait à l'époque refusé le statut de prisonniers de guerre et donc la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit. Ceci est d'autant plus fâcheux que la reconnaissance de l'immunité de juridiction à l'Allemagne pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire¹⁴⁸. A cet égard, la CIJ ne voit point dans la pratique étatique le moindre élément « permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un [É]tat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation »¹⁴⁹. Elle émet le souhait de voir les deux États ouvrir des négociations afin que les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens ainsi que toute autre réclamation non encore réglée puissent être résolues¹⁵⁰.

¹⁴² *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 93. Voir aussi paragraphe 100.

¹⁴³ *Ibid* au para 95.

¹⁴⁴ *Ibid* au para 96.

¹⁴⁵ *Ibid*.

¹⁴⁶ *Ibid* au para 97.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 98. Il s'agit-là d'un argument qui n'a pas été fréquemment soulevé devant les tribunaux internes. Voir McGregor, « Immunity », *supra* note 55 à la p 131.

¹⁴⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 104.

¹⁴⁹ *Ibid* au para 101.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 104.

iv. L'effet combiné des arguments invoqués par l'Italie

L'Italie a souligné à l'audience l'effet cumulatif des trois volets de son second argument. Ainsi, la gravité des violations, le caractère impératif des règles violées et l'absence de voies de recours alternatives, considérés conjointement, justifient la décision des instances judiciaires italiennes de dénier à l'Allemagne l'immunité de l'État¹⁵¹.

Vu ses conclusions sur les trois volets de l'argument examinés individuellement, la CIJ n'est pas convaincue qu'en les considérant conjointement, elle pourrait en venir à justifier le comportement des tribunaux italiens de dénier à l'Allemagne son droit à l'immunité. D'ailleurs, rien dans l'examen de la pratique des États ne remet en doute la position de la Cour, qui fait observer encore une fois que les questions d'immunité sont décidées « à titre liminaire, avant d'examiner le bien-fondé de la demande »¹⁵².

2. LES MESURES DE CONTRAINTE PRISES A L'ÉGARD DE BIENS ALLEMANDS EN TERRITOIRE ITALIEN

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

Ainsi, le 7 juin 2007, des requérants grecs firent enregistrer auprès du cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni après que la Cour d'appel de Florence eut déclaré exécutoire en Italie un jugement rendu par une instance judiciaire grecque condamnant l'Allemagne à leur verser des indemnités. Bien que l'Italie ait suspendu l'hypothèque judiciaire pour tenir compte de la procédure pendante, la CIJ remarque qu'elle ne l'a pas annulée¹⁵³.

La CIJ rappelle d'abord que le droit international coutumier fait une distinction entre l'immunité juridictionnelle de l'État, dont il a été question jusqu'ici, et l'immunité d'exécution dont jouissent les États en ce qui concerne leurs biens situés à l'étranger¹⁵⁴. Puis, la Cour fait observer qu'elle peut se prononcer sur la licéité internationale de la mesure de contrainte sans devoir se demander si les décisions des instances judiciaires grecques ont été rendues en violation du droit international coutumier. Également, la Cour peut traiter cette question séparément de celle de la licéité des décisions judiciaires italiennes déclarant exécutoires sur le territoire italien les jugements grecs en question¹⁵⁵, laquelle forme l'objet du troisième chef de conclusions de l'Allemagne.

¹⁵¹ *Ibid* au para 105.

¹⁵² *Ibid* au para 106.

¹⁵³ *Ibid* au para 111.

¹⁵⁴ *Ibid* au para 113.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 114.

L'Allemagne avait fondé sa demande sur le libellé de l'article 19 de la *Convention des Nations Unies*, qui refléterait à son avis le droit international coutumier en la matière. Cet article interdit que l'on prenne « contre les biens d'un [État [...] [des] mesures de contrainte postérieure au jugement » excepté si l'État a « expressément consenti à l'application de telles mesures » ou « que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales [...] »¹⁵⁶. La CIJ conclut que la Villa Vigoni, siège d'un centre culturel créé par un accord entre les deux gouvernements, n'est utilisée que pour des activités « relevant des fonctions de souveraineté de l'Allemagne » et que les faits indiquent que l'État allemand « n'a d'aucune manière expressément consenti » à l'application d'une mesure d'exécution forcée telle que l'hypothèque judiciaire ni n'a réservée la Villa Vigoni à la satisfaction d'une demande en justice¹⁵⁷. Comme la propriété en question n'est utilisée exclusivement que pour des fins non-commerciales, l'inscription d'une hypothèque judiciaire viole l'immunité d'exécution dont bénéficie l'Allemagne en droit international coutumier¹⁵⁸.

3. DÉCLARATION DES DÉCISIONS EXÉCUTOIRES GRECQUES EN ITALIE

Finalement, l'Allemagne soutient tout au long de la procédure écrite et orale devant la CIJ que les tribunaux italiens auraient violé son immunité de juridiction en déclarant exécutoires sur le territoire italien les condamnations civiles prononcées par les tribunaux grecs dans l'affaire *Distomo*¹⁵⁹.

En premier lieu, la CIJ clarifie que ce troisième chef de conclusions a trait à l'immunité de juridiction, et non à l'immunité d'exécution¹⁶⁰. En second lieu, la Cour raisonne que la question pertinente ici n'est pas de déterminer le bien-fondé du jugement du tribunal grec mais bien de savoir si les ordonnances des tribunaux italiens accueillant la demande des requérants grecs que le jugement rendu par les instances judiciaires grecques à l'égard d'un État tiers, l'Allemagne, soit déclaré exécutoire (demande d'*exequatur*) sur le territoire de l'Italie respectent l'immunité de juridiction de l'Allemagne¹⁶¹. Selon la CIJ, un tribunal saisi d'une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger contre un État tiers est appelé à exercer lui-même sa juridiction à l'égard de ce dernier¹⁶². Même si son rôle n'est pas de réexaminer le fond de l'affaire qui a été jugée, le juge de l'État du for doit se demander si, « dans le

¹⁵⁶ *Convention des Nations Unies*, supra note 45, art 19 (a) et (c).

¹⁵⁷ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 aux paras 118-119.

¹⁵⁸ *Ibid* au para 120.

¹⁵⁹ *Ibid* aux paras 121-122.

¹⁶⁰ *Ibid* au para 124.

¹⁶¹ *Ibid* aux paras 125-127. Sur la demande d'*exequatur* dans le cadre de l'affaire en l'espèce, voir Nerina Boschiero, « Jurisdictional Immunities of the State and *Exequatur* of Foreign Judgments: a Private International Law Evaluation of the Recent ICJ Judgment in *Germany v Italy* » dans Nerina Boschiero et al, dir, *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haye, TMC Asser Press, 2013, 781.

¹⁶² *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 128.

cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'[É]tat défendeur »¹⁶³. Suivant son raisonnement sur le premier chef de conclusions présenté par l'Allemagne, la Cour statue que les décisions des juridictions italiennes déclarant exécutoires en Italie les décisions judiciaires grecques rendues contre l'Allemagne « ont méconnu l'immunité de cette dernière »¹⁶⁴.

4. CONCLUSIONS FINALES DE L'ALLEMAGNE ET RÉPARATIONS SOLLICITÉES

Au terme de la procédure orale, l'État allemand a soumis six demandes. Les trois premières étaient de nature déclaratoire, ayant trait aux trois premiers chefs de conclusions. Dans le dispositif de l'arrêt, la CIJ fait droit à ces demandes via un jugement déclaratoire¹⁶⁵. Les trois dernières demandes tendaient à ce que soient tirées les conséquences, en termes de réparation, des violations constatées. Les trois dernières demandes visent respectivement à ce que la Cour dise et juge que la responsabilité de l'Italie est engagée, que la Cour ordonne à l'Italie de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les décisions de ses tribunaux et autres autorités judiciaires qui contreviennent à l'immunité de l'Allemagne ne puissent être exécutées, et que l'Italie prenne les mesures nécessaires pour que ses tribunaux s'abstiennent à l'avenir d'entendre des actions intentées contre l'Allemagne pour des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945¹⁶⁶. Elles portent en fait sur le régime de réparations en matière de responsabilité de l'État pour un fait internationalement illicite.

Brièvement, la CIJ rejette deux de ces trois dernières demandes. La Cour est d'avis que l'inclusion d'une déclaration selon laquelle la responsabilité internationale de l'Italie est engagée serait « purement redondante »¹⁶⁷. La Cour ne croit pas non plus qu'il soit nécessaire dans les circonstances du présent cas d'ordonner à l'État responsable « d'offrir à l'[É]tat lésé des assurances de non-répétition, ou de prendre des mesures spécifiques visant à garantir que le fait illicite ne se répètera pas »¹⁶⁸. Par contre, la Cour ordonne à l'Italie, sur la base du principe *restitutio in integrum*, de prendre, par les méthodes de son choix, les mesures nécessaires pour s'assurer de supprimer les effets des décisions et mesures contraires à l'immunité de juridiction de l'Allemagne afin de rétablir la situation qui existait avant que ne soient commis les faits illicites imputés à l'Italie¹⁶⁹.

¹⁶³ *Ibid* au para 130.

¹⁶⁴ *Ibid* au para 131.

¹⁶⁵ *Ibid* au para 139.

¹⁶⁶ *Ibid* aux paras 136-138.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 136.

¹⁶⁸ *Ibid* au para 138.

¹⁶⁹ *Ibid* au para 137.

III. Une critique du raisonnement et de la démarche de la CIJ

L'arrêt de la CIJ soulève des questions tant sur le fond que sur la méthodologie employée par la majorité pour étayer ses conclusions. *De lege lata*, le jugement de la majorité se conforme au droit international coutumier existant en la matière, et il ne fait aucun doute qu'il résulte d'un examen approfondi de la pratique étatique assortie de l'*opinio juris* requise (section A). La question est de savoir si l'approche de la majorité omet de considérer la question dans un contexte plus large, tenant compte des développements récents en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire (section B).

A. *Lex lata*: le droit ne prévoit pas d'exception à l'immunité des États pour des actes *jure imperii*

Nous analyserons d'abord l'examen que la CIJ a fait de la relation entre l'immunité de l'État et les normes de *jus cogens*. Nous évaluerons ensuite la décision de la Cour sur la portée du droit international coutumier par référence à la pratique des États et l'*opinio juris*.

1. LA RELATION ENTRE LA RÈGLE DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET LE *JUS COGENS*

La décision de la CIJ soulève quelques points très importants concernant la relation entre la règle de l'immunité de l'État et le *jus cogens*. Tout d'abord, la Cour réitère la primauté de la règle de *jus cogens* comme « une règle qui ne souffre aucune dérogation »¹⁷⁰, un principe nullement controversé. Puis, la Cour présume, pour les fins de son analyse, que les actes commis par le Reich allemand entre 1943 et 1945 représentent des violations de règles du droit international humanitaire ayant la force de *jus cogens*¹⁷¹. Les deux parties impliquées ainsi que la partie intervenante s'accordent à reconnaître à ces actes un caractère illicite. Ce deuxième point n'est donc pas non plus controversé.

Les deux autres points, que nous analyserons spécifiquement, sont les suivants. En premier lieu, la CIJ constate que la question de la licéité des actes en question ne change rien à leur nature, excepté en ce qui a trait au droit régissant l'exercice du pouvoir souverain (*jus imperii*) ou les activités non souveraines de l'État (*jus gestionis*). Les parties ayant reconnu qu'il s'agit d'actes *jure imperii*, la Cour estime que leur illicéité « est sans incidence sur leur qualification en tant qu'actes *jure imperii* » et qu'ils ne tombent pas sous la doctrine restrictive de l'immunité de

¹⁷⁰ *Ibid* au para 95.

¹⁷¹ *Ibid* au para 93. La Cour fait observer que certaines règles de droit international humanitaire ont acquis le statut de normes de *jus cogens* (*Ibid* au para 95). Comparer l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade sur ce point, qui estime que les règles de droit international humanitaire pertinentes relèvent du *jus cogens* (*Immunités juridictionnelles de l'État, supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 98).

l'État¹⁷². En second lieu, la Cour procède à une distinction importante entre les règles qui régissent l'immunité de l'État, dites procédurales car elles se bornent à déterminer si les tribunaux internes d'un État peuvent exercer leur juridiction à l'égard d'un autre, et les règles de droit matériel, qui exigent des tribunaux qu'ils déterminent sur le fond si le comportement à l'égard duquel une action a été engagée enfreint une norme juridique.

Au sujet de la nature des actes en question, la position de la majorité voulant que les violations des règles de *jus cogens* demeurent des actes *jure imperii* s'oppose à l'argument avancé dans la doctrine que l'immunité juridictionnelle de l'État ne s'applique pas aux violations de normes de *jus cogens* car de tels actes ne peuvent pas être considérés comme des actes qu'un État pourrait ordonner à titre souverain¹⁷³. La décision de la majorité de la Cour, que les actes violant des règles impératives de droit international entrent tout de même dans les fonctions souveraines de l'État, va à l'encontre de la position adoptée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*¹⁷⁴ ainsi que l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000 devant la CIJ¹⁷⁵. Sur ce point, dans l'arrêt qui nous occupe, le juge Cançado Trindade a exprimé sa dissidence avec force. Il a fait valoir que la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* s'estompe lorsque des normes de *jus cogens* sont violées. À son avis, les violations graves de droits de l'homme et du droit international humanitaire représentent en fait des actes *delicta imperii* qui « impliquent nécessairement l'obligation de réparer au profit des victimes »¹⁷⁶. Après tout, « un crime est un crime »¹⁷⁷.

Sur la nature des règles sur l'immunité de l'État, la majorité a été très claire : celles-ci sont de nature procédurale alors que les normes de *jus cogens* portent sur le fond. Par cette dichotomie, en réponse à l'argument de l'Italie exigeant que les normes de *jus cogens* prévalent sur les règles contraires du droit international coutumier¹⁷⁸, la majorité a rejeté l'existence d'un conflit entre les règles de procédure de l'immunité de l'État et les règles de fond de *jus cogens*, vu que « ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes »¹⁷⁹. À partir de ce principe, la majorité refuse de reconnaître une exception à l'immunité de l'État en raison de la violation des normes de *jus cogens*. Ce point a été vigoureusement attaqué par le juge Cançado Trindade. Celui-ci a critiqué le raisonnement de la

¹⁷² *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 60. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Keith au para 15 et l'opinion individuelle du juge Koroma au para 4.

¹⁷³ Voir Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 326. Voir aussi *Préfecture de Voiotia*, supra note 72 à la p 521.

¹⁷⁴ *Pinochet*, supra note 56 aux pp 204-205.

¹⁷⁵ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, supra note 5 aux pp 88-89. Voir aussi Kimberley N Trapp et Alex Mills, « Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities of *Germany v Italy* » (2012) 1 Cambridge Journal of International and Comparative Law 153 à la p 154 [Trapp et Mills].

¹⁷⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 213.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 181.

¹⁷⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2 au para 92.

¹⁷⁹ *Ibid* au para 93.

majorité comme une « destruction infondée du *jus cogens*, qui prive ce dernier de ses effets et de ses conséquences juridiques »¹⁸⁰. Selon lui, il existe un conflit de fond même s'il n'y a pas de conflit « formel », parce que l'immunité priverait les normes de *jus cogens* de tout effet juridique¹⁸¹. Il affirme :

[L]a distinction entre droit procédural et droit matériel n'est viable ni ontologiquement ni déontologiquement : la forme conforme le fond. La procédure judiciaire n'est pas une fin en soi, c'est un moyen de réaliser la justice. Et l'application du droit matériel est finaliste, elle vise à faire justice¹⁸².

Selon le juge Cançado Trindade, il s'ensuit que les crimes internationaux, « comme les massacres de populations civiles, ou la déportation de civils et de prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé », doivent dénier à l'État son immunité.¹⁸³ La distinction entre procédure et fond causerait une injustice manifeste si les victimes se trouvaient ainsi privées de recours effectifs¹⁸⁴.

Bien que nous soyons d'accord que la majorité adopte une décision fondée en droit, la distinction entre règles procédurales et règles de fond n'est pas sans causer problème. Certains auteurs n'ont pas hésité par le passé à qualifier cette distinction de « purement théorique »¹⁸⁵ et à critiquer la Cour pour son formalisme excessif¹⁸⁶, favorisant ainsi l'impunité pour les violations de règles de *jus cogens*¹⁸⁷. La négation de l'existence d'un conflit de normes dans une situation où une norme procédurale interdit l'application d'une règle de fond peut être vue comme une interprétation bornée du « *conflict of norms* »¹⁸⁸. Pourtant, à proprement parler, il n'y a pas de conflit en pratique¹⁸⁹. C'est précisément une interprétation restrictive et conservatrice du droit international coutumier qui sous-tend le raisonnement de la majorité à travers son jugement¹⁹⁰. Nous verrons plus tard s'il s'agit d'une approche appropriée pour la CIJ. Pour l'instant, notons que la distinction établie par la majorité est conforme aux vues des principaux spécialistes du droit international et compatible avec la jurisprudence de la Cour et d'autres tribunaux internationaux sur la question. Tout d'abord, la dichotomie entre règles procédurales et normes de fond est présente tant

¹⁸⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 296.

¹⁸¹ *Ibid* au para 296.

¹⁸² *Ibid* au para 295.

¹⁸³ *Ibid* au para 292.

¹⁸⁴ *Ibid* aux paras 297-299.

¹⁸⁵ Alexander Orakhelashvili, « Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System » dans Morly Frishman et Sam Muller, dir, *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, La Haye, TMC Asser Press, 2010, 153 à la p 165.

¹⁸⁶ Lorna McGregor, « Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty » (2007) 18:5 EJIL 903 à la p 911 [McGregor, « Torture »].

¹⁸⁷ Stefan Talmon, « *Jus Cogens* after *Germany v Italy*: Substantive and Procedural Rules Distinguished » (2012) 25 Leiden J Int'l L 979 à la p 981 [Talmon].

¹⁸⁸ François Boudreault, « Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening)* » (2012) 25 Leiden J Int'l L 1003 à la p 1007.

¹⁸⁹ Talmon, *supra* note 187 à la p 986.

¹⁹⁰ Bornkamm, *supra* note 30 à la p 773.

en droit interne qu'en droit international¹⁹¹. Il a été dit aussi que c'est un truisme du droit international¹⁹², qui se manifeste dans ses divers domaines d'application¹⁹³. Cette dichotomie est aussi largement acceptée dans les écrits des publicistes les plus qualifiés¹⁹⁴. Malcolm Shaw, entre autres, a écrit que la question de l'immunité souveraine est une question procédurale qui doit être examinée de façon préliminaire¹⁹⁵. De même, Lady Hazel Fox a avancé l'idée que :

L'immunité des États est une règle de procédure qui touche la compétence d'une juridiction nationale. Elle ne va pas au fond; elle ne contredit pas l'interdiction contenue dans la norme de *jus cogens*, mais elle détourne simplement la détermination de toute violation de celle-ci vers un autre mode de règlement [notre traduction]¹⁹⁶.

En outre, la majorité le souligne, la CIJ a adopté cette dichotomie dans des affaires antérieures. Dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo, la Cour avait dit que le caractère de *jus cogens* de la règle en cause ne saurait en lui-même conférer à la Cour la compétence pour connaître d'une affaire¹⁹⁷. Dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 Avril 2000, la Cour avait jugé que les violations de normes qui possèdent sans aucun doute le caractère de *jus cogens*¹⁹⁸ n'ont pas d'incidence sur l'immunité du ministre des Affaires étrangères parce que « l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural » et qu'elle peut « faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions »¹⁹⁹. La même distinction a influencé la majorité de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani c Royaume-Uni* (affaire *Al-Adsani*). Dans cette instance, la CEDH a jugé qu'il faut « considérer l'octroi de l'immunité non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit »²⁰⁰. Ces décisions diffèrent peut-être au niveau des faits et des questions en litige, mais elles affirment néanmoins le recours constant par la jurisprudence à la distinction entre les règles de procédure et les règles de fond du droit international.

La position italienne aurait été plus convaincante si les normes de *jus cogens* contenaient une règle de procédure intrinsèque garantissant leur application. Cet argument, avancé par Kerstin Bartsch et Bjorn Elberling²⁰¹, repose sur l'idée que les normes de *jus cogens* créent des obligations *erga omnes* : vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés « comme ayant un intérêt juridique à

¹⁹¹ Talmon, *supra* note 187 à la p 983.

¹⁹² Antonio Cassese, « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Belgium v Congo* case » (2002) 13:4 EJIL 853 à la p 869.

¹⁹³ Talmon, *supra* note 187 aux pp 986-1001.

¹⁹⁴ *Statut de la CIJ*, *supra* note 107, art 38 (1) (d).

¹⁹⁵ Shaw, *supra* note 4 à la p 508.

¹⁹⁶ Fox, *supra* note 6 à la p 151.

¹⁹⁷ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, *supra* note 141 aux pp 32 et 52.

¹⁹⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 95.

¹⁹⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 5 aux pp 24-25.

²⁰⁰ *Al-Adsani*, *supra* note 133 à la p 15. Voir aussi *Jones*, *supra* note 133 au para 164.

²⁰¹ Kerstin Bartsch et Björn 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 » (2003) 4:5 German Law Journal 477 aux pp 487-488 [Bartsch et Elberling].

ce que ces droits soient protégés »²⁰². Les auteurs en concluent que les normes de *jus cogens* doivent donc contenir des règles de procédure qui empêchent des limitations à leur mise en œuvre²⁰³. Cependant, certaines voix se sont élevées contre cette conception du *jus cogens*, en faisant valoir que la compétence universelle découlant des obligations *erga omnes* ne confère pas de compétence aux tribunaux qui ne pourraient autrement l'exercer : elle oblige l'utilisation des moyens disponibles tout simplement²⁰⁴.

Dans l'affaire sous étude, la CIJ a rejeté la thèse que les normes de *jus cogens* puissent contenir une règle de procédure intrinsèque²⁰⁵, une position soutenue dans le passé par la doctrine, certains auteurs ne croyant pas qu'il puisse y avoir de lien direct entre la violation d'une norme de *jus cogens* et ses conséquences juridiques spécifiques²⁰⁶. Dans l'affaire du Timor oriental, la CIJ avait déjà jugé que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes »²⁰⁷. La Cour a également rejeté l'argument similaire que les droits et obligations découlant des violations de normes de *jus cogens* soient d'un caractère impératif et, conséquemment, auraient primauté sur le droit de l'immunité des États²⁰⁸. Bien que cet argument ait gagné du terrain dans le domaine du droit international des droits humains, surtout à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont la jurisprudence, le souligne le juge Cançado Trindade, illustre « les avancées les plus remarquables » de la dernière décennie²⁰⁹, il n'a pas été confirmé par la pratique étatique.

En affirmant que les règles de l'immunité de l'État, relevant du droit procédural, et les normes de *jus cogens*, appartenant au droit matériel, sont distinctes de par leur nature, la CIJ a rendu un jugement significatif quoique controversé quant aux principes du droit international coutumier régissant l'immunité de l'État devant les tribunaux d'un État étranger.

En fin de compte, notre analyse démontre que sur ces points controversés, la CIJ a été à la fois correcte sur le plan juridique et conservatrice dans son jugement. À cet égard, elle n'a pas pris l'opportunité qui lui était donnée de faire progresser le droit en la matière. En effet, si elle l'avait désirée, la CIJ aurait pu s'appuyer sur les quelques décisions internes et les arguments des publicistes qui ont pris des positions

²⁰² *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c Espagne)*, [1970] CIJ rec 3 à la p 32.

²⁰³ Bartsch et Elberling, *supra* note 201 à la p 487.

²⁰⁴ Van Alebeek, *supra* note 24 aux pp 352-354. Voir aussi McGregor, « Immunity », *supra* note 55 aux pp 131-132.

²⁰⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 95.

²⁰⁶ Thilo Rensmann, « Impact on the Immunity of States and Their Officials » dans Menno T Kamminga et Martin Scheinin, dir, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009 151 à la p 161.

²⁰⁷ *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c Australie)*, [1995] CIJ rec 90 au para 29.

²⁰⁸ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 95.

²⁰⁹ *Ibid*, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 61. Voir aussi Elisabeth Lambert Abdelgawad et Kathia Martin-Chenut, dir, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, Paris, Société de législation comparée, 2010.

plus activistes afin de combattre l'impunité pour des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Nous reviendrons sur ce fait plus loin dans notre analyse lors de l'évaluation de la méthodologie de la CIJ.

2. LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER TEL QUE DETERMINÉ PAR LA PRATIQUE ÉTATIQUE ASSORTIE DE L'*OPINIO JURIS*

La CIJ s'est fondée sur une vaste analyse de la pratique des États et de l'*opinio juris*. Comme elle en a eu maintes fois l'occasion de le rappeler, une règle de droit international coutumier est reconnue dès lors que la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, « ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »²¹⁰, bien qu'il ne soit pas obligatoire que la pratique soit « rigoureusement conforme » à la règle²¹¹. Toutefois, il importe que cette pratique constante résulte de la conviction des États que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit²¹².

La majorité a conclu que la pratique rejette de façon quasi-uniforme l'applicabilité de l'exception territoriale à l'immunité de l'État pour les actes de ses forces armées en territoire étranger au cours d'un conflit armé²¹³. La majorité en vient à la même conclusion en ce qui concerne l'immunité de l'État pour des poursuites civiles, pour lesquelles aucune exception ne s'applique pour des violations graves du droit international humanitaire et des règles de *jus cogens*, même en l'absence d'autres moyens de recours²¹⁴. La CIJ souligne que la seule jurisprudence nationale à l'effet contraire est celle des instances judiciaires italiennes. Même la jurisprudence grecque, dans l'ensemble, réfute la thèse italienne. Tel qu'expliqué précédemment, la Cour de cassation grecque, dans l'affaire *Distomo*, a soutenu la position de l'État italien²¹⁵, mais dans une cause ultérieure, l'affaire *Margellos*, le Tribunal supérieur grec a réitéré le droit à l'immunité juridictionnelle de l'État. Les exceptions présentées par l'Italie ne sont d'ailleurs pas non plus renforcées par un examen des législations nationales pertinentes. Au moment où l'affaire était entendue, seul le droit américain contenait une disposition levant l'immunité juridictionnelle de l'État à l'égard d'actes de terrorisme²¹⁶, tandis qu'un projet de loi devant le Parlement fédéral canadien voulait amender la législation canadienne pertinente pour y insérer une exception semblable. La majorité a eu raison de n'attacher que peu d'importance à ces deux cas. Tout d'abord, la pratique étatique n'est pas tenue d'être absolument

²¹⁰ *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 108 aux pp 43-44.

²¹¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ rec 14 à la p 98 [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*].

²¹² *Ibid* à la p 100.

²¹³ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 91.

²¹⁴ *Ibid* au para 96.

²¹⁵ *Ibid* au para 76.

²¹⁶ *Foreign Sovereign Immunities Act* 28 USC §1605A (1976).

conforme²¹⁷. En outre, ces deux exceptions sont de nature « politique »; les États pouvant être poursuivis sont ceux qui soutiennent des activités terroristes, tel qu'identifiés par les États-Unis²¹⁸ et le Canada depuis 2012²¹⁹.

Il est intéressant de noter que les juges dissidents n'ont pas interprété la pratique étatique de la même manière que la majorité. Par exemple, le juge Yusuf n'était pas d'accord pour dire que la pratique des États soutenait la position de l'Allemagne. À son avis, la distinction classique entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* est floue et n'est pas appliquée de façon homogène alors même que les « exceptions et dérogations à l'immunité de l'[É]tat ne cessent de se développer »²²⁰. Selon le juge Yusuf, « l'immunité de l'[É]tat fait, en réalité, penser à un gruyère »²²¹, mais il n'entre pas dans les détails, ce qui affaiblit quelque peu ses conclusions. Si la doctrine reconnaît une certaine incertitude quant à la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii* dans la pratique étatique²²², cette distinction ne se trouvait pas en cause devant la Cour, les deux parties ayant admis que les actes commis par le Reich allemand entre 1943 et 1945 constituaient des actes de souveraineté, et que la pratique concernant les questions soumises à la Cour, à l'exception de la jurisprudence des tribunaux italiens et de la législation américaine, était uniforme. Le juge Cançado Trindade fait valoir que l'examen des décisions des tribunaux internes n'est « pas du tout concluant s'agissant de confirmer l'immunité de l'[É]tat en cas de crimes internationaux » et les rares dispositions dans les législations nationales pertinentes ne sauraient « empêcher de refuser l'immunité dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire »²²³. Finalement, le juge *ad hoc* Gaja tire deux conclusions intéressantes de l'analyse de la jurisprudence des juridictions nationales ainsi que des décisions des tribunaux internationaux :

Au vu de l'ensemble de ces éléments tirés de la pratique, la conclusion s'impose que la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation ne constitue pas, en elle-même, un élément suffisant pour qu'un tribunal soit fondé à exercer sa compétence à l'égard d'un [É]tat étranger dans le cas d'une demande en réparation relative à l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative, quel que soit le lieu où ce manquement a été commis. À l'inverse, on ne saurait déduire de cette pratique que la nature de l'obligation qui n'a pas été respectée a une incidence négative sur l'applicabilité de l'« exception

²¹⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 211 à la p 98.

²¹⁸ Andrea Gattini, « The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law? » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* 173 à la p 174.

²¹⁹ *Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme*, LC 2012, c 1, art 2 amendant l'art 6.1 de la *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 35. En particulier, l'art 6.1 (11) énonce que l'État étranger inscrit sur une liste établie par le gouvernement « à l'égard duquel un tribunal compétent a conclu qu'il avait soutenu le terrorisme ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions intentées contre lui relativement à une activité terroriste à laquelle il s'est livré ».

²²⁰ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Yusuf au para 25.

²²¹ *Ibid* au para 26.

²²² Bankas, *supra* note 22 à la p 95; Fox, *supra* note 6 à la p 503.

²²³ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade aux paras 293-294.

territoriale ». Il serait en effet extravagant qu'une réclamation soit jugée recevable sur la base de l' « exception territoriale » lorsque l'obligation qui n'a pas été respectée est mineure, alors que cette même exception ne s'appliquerait pas à des réclamations ayant trait au manquement à des obligations relevant de normes impératives²²⁴.

Cependant, bien que la pratique examinée par la Cour ne soit pas universelle, elle semble uniforme dans les États dont les intérêts sont directement touchés par la question, comme la CIJ l'avait notée dans l'affaire du plateau continental de la mer du Nord²²⁵. Il nous est donc possible de conclure que la majorité a pris une décision juste en vertu du droit international coutumier en vigueur.

B. Une évaluation de la méthodologie de la CIJ

Le juge dissident Cançado Trindade note qu'il semble y avoir un « abîme » entre sa position, incluant la méthodologie utilisée, l'approche choisie, le raisonnement suivi et les conclusions adoptées, et celle de la majorité²²⁶. Nous allons maintenant comparer brièvement les approches respectives de la majorité et des juges dissidents, et en particulier celle du juge Cançado Trindade, et évaluer laquelle nous paraît la plus appropriée d'un point de vue juridique.

La décision de la majorité se fonde principalement sur un examen approfondi de la pratique étatique. La méthodologie est systématiquement positiviste, fondée sur les sources traditionnelles du droit international. La Cour ne se pose en fait que la question de savoir ce qu'est le droit, par opposition à la question de savoir ce que le droit devrait être. Le juge Koroma, dans son opinion individuelle, souligne que la Cour n'a fait « qu'appliquer le droit tel qu'il existe aujourd'hui »²²⁷. L'absence d'assertions modalisées par le recours aux verbes *pouvoir* et *devoir* dans le jugement de la majorité reflète aussi une approche positiviste qui ne présente pas les exceptions soumises par l'Italie comme permises, voire souhaitables. Il est intéressant de noter également que la CIJ a été critiquée dans le passé pour ne s'engager que très rarement dans une analyse approfondie de la pratique étatique, en particulier de celles des juridictions nationales²²⁸. À cet égard, l'étude rigoureuse de la pratique des États et de l'*opinio juris* menée par la Cour dans cette affaire est remarquable et doit être saluée.

Cette approche positiviste a été la cible des critiques des juges dissidents. En particulier, le juge Yusuf a fait valoir que les incertitudes à l'égard de la question de l'immunité de l'État ne peuvent pas être résolues par un « examen de décisions

²²⁴ *Ibid*, opinion dissidente du juge *ad hoc* Gaja au para 11.

²²⁵ *Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 108 à la p 43.

²²⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 288.

²²⁷ *Ibid*, opinion individuelle du juge Koroma au para 7.

²²⁸ André Nollkaemper, « The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice » (2006) 5:2 *Chinese Journal of International Law* 301 à la p 304; A Mark Weisburd, « The International Court of Justice and the Concept of State Practice » (2009) 31:2 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 295 à la p 368.

judiciaires contradictoires rendues par des juridictions nationales — qui sont par ailleurs peu nombreuses »²²⁹. Selon lui, le droit international coutumier n'est pas « qu'une question de chiffres »²³⁰. Pour sa part, le juge *ad hoc* Gaja reconnaît que l'argumentation de la Cour est « fort bien construite », mais son interprétation de la pratique étatique pertinente lui fait dire que le droit de l'immunité des États, et en particulier l'exception territoriale, est un domaine en développement²³¹. Le juge Cançado Trindade déplore notamment le fait que le jugement affiche les méthodes du positivisme juridique, « qui accorde une attention exagérée aux faits pour faire oublier les valeurs »²³².

Au-delà de la simple analyse de la pratique étatique, le juge Cançado Trindade a placé une plus grande importance sur le recours à « des questions de principe et [...] des valeurs fondamentales »²³³. Il a en fait adopté un raisonnement fondé sur le droit naturel²³⁴ et déterminé le litige par référence à des valeurs telles que les impératifs de la justice, la lutte contre l'impunité, le respect des droits inhérents à l'être humain, le droit d'accès à la justice ainsi que les garanties d'une procédure régulière et son exécution intégrale. Son évaluation progressiste et peu orthodoxe du bien-fondé de l'affaire contraste avec l'approche habituelle de la majorité²³⁵.

Le refus de la CIJ à s'engager dans une analyse du développement progressif du droit ne devrait pas surprendre, les jugements de la Cour se dénotant souvent par leur conservatisme latent²³⁶. Pourtant, plusieurs arrêts de la Cour comptent des opinions individuelles et dissidentes imbues d'activisme judiciaire. En cela, la dissidence du juge Cançado Trindade n'est ni unique ni inattendue. Bien que la CIJ évite généralement de prendre des décisions *de lege ferenda*, les juges qui rendent des opinions individuelles ou dissidentes ont souvent adopté une démarche plus progressiste²³⁷. Ces juges estiment *inter alia* que la fonction judiciaire inclut le mandat de faire progresser les valeurs qui sous-tendent l'ordre public²³⁸. Ainsi, le juge Manfred Lachs en 1992 avait exprimé l'avis que la CIJ est « la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies »²³⁹. On ne pourrait oublier

²²⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Yusuf au para 27.

²³⁰ *Ibid* au para 24.

²³¹ *Ibid*, opinion dissidente du juge *ad hoc* Gaja au para 1.

²³² *Ibid*, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 293.

²³³ *Ibid* au para 300.

²³⁴ Sur l'application du droit naturel, voir, par exemple, Randy E Barnett, « Toward a Theory of Legal Naturalism » (1978) 3:2 *Journal of Libertarian Studies* 97.

²³⁵ Trapp et Mills, *supra* note 175 à la p 164.

²³⁶ *Ibid*.

²³⁷ Fuad Zarbiyev, « Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis » (2012) 3 *Journal of International Dispute Settlement* 247 à la p 259 [Zarbiyev].

²³⁸ *Ibid* à la p 254.

²³⁹ *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c États-Unis d'Amérique)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, [1992] CIJ rec 114, opinion individuelle du juge Lachs à la p 138. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Christopher Weeramantry dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226 à la p 553, qui est

également le plaidoyer du juge Weeramantry en faveur d'une reconnaissance juridique du principe du développement durable dans l'affaire du projet Gabčíkovo-Nagymaros²⁴⁰. La position du juge Cançado Trindade n'est donc pas surprenante, surtout quand on considère qu'il a siégé comme président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, une institution dont la jurisprudence a été qualifiée d'originale, créative et même « juridiquement non-conformiste », incorporant dans le droit les principes d'humanité et de moralité²⁴¹.

Pour en revenir au raisonnement du juge Cançado Trindade, celui-ci part du principe que les violations graves du droit international humanitaire représentent des violations de règles de *jus cogens*. Par conséquent, leur violation engage la responsabilité internationale de l'État et génère le droit de la victime à la réparation. Pour asseoir l'évolution en cours du droit international contemporain « sur des fondements humanistes »²⁴², il est d'avis qu'il faut faire entrer le droit d'accès à la justice dans le domaine du *jus cogens*²⁴³. Cette approche fondée sur le droit naturel favorise la « juridictionnalisation » de l'ordre juridique international et s'oppose à la « myopie du positivisme juridique »²⁴⁴. À son avis, « le droit et l'éthique sont indissolublement liés, et il ne faut pas l'oublier pour réaliser fidèlement la justice aux niveaux national et international »²⁴⁵. Cette préoccupation le conduit à affirmer que pour remplir sa fonction d'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la CIJ doit, parfois, aller au-delà des sources formelles du droit international énumérées à l'article 38 de son *Statut*²⁴⁶.

La suggestion que la CIJ devrait aller au-delà du libellé de l'article 38 dans la résolution d'un litige nous semble épineuse. Tout d'abord, la CIJ a souligné à plusieurs reprises que sa fonction est de statuer sur les droits et les devoirs des parties selon le droit international existant²⁴⁷. Il s'ensuit que toute décision de la Cour ne peut

d'avis que les conclusions juridiques doivent s'accorder avec « les exigences de la morale et les intérêts de l'humanité ».

²⁴⁰ *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ rec 7 aux pp 92-95.

²⁴¹ Ludovic Hennebel, « The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism » (2011) RQDI hors-série 57 aux pp 57, 76-87.

²⁴² *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 224.

²⁴³ *Ibid* aux paras 129, 227 et 297.

²⁴⁴ *Ibid* au para 150.

²⁴⁵ *Ibid* au para 289. Voir aussi l'opinion individuelle du juge Bennouna au para 9.

²⁴⁶ *Statut de la CIJ*, *supra* note 107; *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade au para 149.

²⁴⁷ Voir *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande)*, [1974] CIJ rec 3 à la p 19 : « La Cour est d'avis qu'il n'est nullement incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur les droits et les devoirs des Parties au regard du droit international existant d'une manière qui pourrait avoir manifestement un effet dans l'avenir; cela ne signifie pas qu'elle doive dire quel pourrait être le droit entre les Parties à l'expiration de l'accord provisoire, ce qui dépasse les pouvoirs de tout tribunal. La possibilité d'une modification du droit existe toujours mais cela ne saurait décharger la Cour de son obligation de statuer sur la base du droit tel qu'il existe au moment où elle rend sa décision ». Voir aussi *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)*, [2005] CIJ rec 168 à la p 190 : « [l]a Cour a néanmoins pour mission de trancher, sur la

tirer sa légitimité que d'un raisonnement s'inspirant des sources formelles du droit. Malcolm Shaw a fait remarquer que l'article 38 (1) est largement reconnu comme l'exposé le plus complet des sources du droit international²⁴⁸. Rien n'indique que l'éthique ou les valeurs fondamentales de justice soient pertinentes en elles-mêmes dans la résolution d'un litige devant la CIJ, au contraire du raisonnement du juge Cançado Trindade. En allant au-delà des sources formelles du droit international, la CIJ court le risque de procéder à une évaluation subjective des litiges. L'analyse de l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade nous fournit un exemple flagrant de l'activisme judiciaire qui pourrait paraître inapproprié étant donné que la fonction principale de la Cour n'est pas de légiférer ou de faire le droit mais d'appliquer le droit pour régler des litiges²⁴⁹. Pour cette raison, la méthodologie positiviste avancée par la Cour peut paraître à certains plus appropriée car l'examen des développements souhaitables du droit tombe en dehors du rôle de la CIJ comme organe judiciaire international existant dans un ordre juridique décentralisé qui accorde aux États souverains indépendance et égalité²⁵⁰.

La méthodologie des opinions dissidentes pourrait être légitimée si l'on pouvait dire que les valeurs de moralité et d'humanité se retrouvent au sein des « principes généraux de droit » à l'article 38 (1) (c) du *Statut de la CIJ*. Toutefois, les principes généraux ne peuvent pas reposer sur des considérations purement éthiques. L'intention de cette disposition est d'autoriser la Cour à appliquer les principes généraux émanant des principaux systèmes juridiques dans la mesure où ils sont applicables aux relations entre États²⁵¹. L'article 38 (1) (c) ne vise pas à incorporer les principes du droit naturel dans leur ensemble²⁵². En outre, les principes généraux de droit ont été inclus dans le *Statut de la CIJ* uniquement pour combler les lacunes lorsque ni un traité ni le droit international coutumier ne s'applique²⁵³. Le droit international coutumier sur l'immunité des États en cas de violations du *jus cogens*

base du droit international, le différend juridique précis qui lui est soumis. En interprétant et en appliquant le droit, elle gardera ce contexte présent à l'esprit, mais ne saurait aller au-delà ».

²⁴⁸ Shaw, *supra* note 4 à la p 50. Les sources de droit international sont ainsi définies par le *Statut de la CIJ*, *supra* note 107, art 38 (1) :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée étant le droit;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »

²⁴⁹ Alan Boyle et Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p 266 [Boyle et Chinkin].

²⁵⁰ Brownlie, *supra* note 4 à la p 289; Zarbiyev, *supra* note 237 aux p 270 et s.

²⁵¹ Shaw, *supra* note 4 aux pp 69-70; Brownlie, *supra* note 4 à la p 16.

²⁵² GJH van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Hingham (Mass), Kluwer Academic Publishers, 1983 à la p 139.

²⁵³ Niels Petersen, « Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation » (2007) 23:2 *Am U Int'l L Rev* 275 à la p 307; Jasper Finke, « Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? » (2011) 21:4 *EJIL* 853 à la p 873.

n'est peut-être pas clair, mais il n'est pas inexistant. Même si l'on pourrait dire qu'il fasse recours à des principes généraux, la méthodologie du juge Cançado Trindade n'est pas tout à fait justifiée dans les circonstances. En effet, si la position du droit international coutumier peut être déterminée par une analyse de la pratique étatique assortie de l'*opinio juris*, une approche positiviste telle que celle adoptée par la Cour est suffisante dans ce cas.

IV. *De lex lata à lex ferenda* : réflexions sur l'émergence d'une exception à l'immunité de l'État en cas de violations des normes de *jus cogens*

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

A. Arguments d'ordre politique

L'État allemand a avancé deux arguments d'ordre politique rejetant l'exception proposée. Tous deux sont motivés par la crainte que les jugements des tribunaux italiens puissent porter atteinte à la stabilité de l'ordre juridique international. Tout d'abord, tous les accords de paix passés à la suite d'un conflit armé risqueraient de devoir être renégociés si l'on permettait, après plusieurs années, des nouvelles demandes individuelles d'indemnisation, les États vaincus étant ainsi sommés encore une fois de répondre de leurs actes²⁵⁴. De plus, des décisions judiciaires qui ne prennent pas en compte le contexte plus large dans lequel s'inscrivent les demandes soumises à la justice nuiraient « au climat de paix et de bon voisinage qui prévaut en Europe » depuis 1945²⁵⁵.

Ces arguments nous semblent quelque peu exagérés. Premièrement, une levée de l'immunité ne confère pas automatiquement aux tribunaux internes une compétence dans toutes les causes²⁵⁶. Il faut encore pouvoir prouver un lien territorial

²⁵⁴ Mémoire de l'Allemagne, *supra* note 86 au para 112.

²⁵⁵ *Ibid* au para 113.

²⁵⁶ Amnesty International, « Germany v Italy: The Right to Deny State Immunity When Victims Have No Other Recourse », Londres (R-U), Amnesty International Publications, 2011 au para 24 [Amnesty

entre la cause d'action et l'État du for²⁵⁷. En outre, la doctrine du *forum non conveniens* permet aux tribunaux de suspendre les procédures s'il était plus approprié que la cause soit entendue devant les instances judiciaires d'un autre État²⁵⁸. Deuxièmement, la possibilité de régler les litiges devant les instances judiciaires nationales est au centre de la règle de l'exigence de l'épuisement des voies de recours, laquelle permet de filtrer un bon nombre des demandes individuelles de réparation qui pourraient se retrouver devant des instances internationales²⁵⁹. Plusieurs demandeurs se verraient ainsi empêchés de porter leurs causes devant des tribunaux internationaux compétents²⁶⁰. Troisièmement, dans l'état actuel du droit international coutumier, un État soumis à la juridiction des tribunaux d'un autre État resterait à l'abri des procédures d'exécution forcée. La CIJ a en effet confirmé qu'en l'absence de consentement, le bien de l'État sera protégé sauf si celui-ci est utilisé à des fins commerciales ou s'il est spécifiquement affecté à la satisfaction d'une cause²⁶¹. Il appert que l'immunité d'exécution demeure un bastion important pour empêcher la déstabilisation de l'ordre international²⁶².

B. Développements dans l'ordre juridique international

Les deux exceptions à l'immunité des États proposées par l'Italie permettraient de protéger et de renforcer les droits d'accès à la justice et à un recours effectif²⁶³. Elles permettraient également d'aider à lutter contre l'impunité pour les violations graves de normes de droit international²⁶⁴.

Les exceptions proposées auraient pour effet d'aligner la règle de l'immunité de l'État avec les développements récents en droit international. L'ordre juridique

International]; Craig Forcece, « De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity » (2007) 52 McGill LJ 127 à la p 156.

²⁵⁷ Donald Francis Donovan et Anthea Roberts, « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction » (2006) 100 AJIL 142 à la p 155; Amnesty International, *supra* note 256 au para 24 [Donovan et Roberts].

²⁵⁸ Elihu Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, Grotius Publications, 1991 à la p 56; Donovan et Roberts, *supra* note 257 à la p 155; Amnesty International, *supra* note 256 au para 25.

²⁵⁹ McGregor, « Immunity », *supra* note 55 à la p 131.

²⁶⁰ Amnesty International, *supra* note 256 au para 27.

²⁶¹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 aux paras 115-119.

²⁶² Hafner et Lange, *supra* note 8 à la p 71; Fox, *supra* note 6 à la p 56. Voir aussi *Convention des Nations Unies*, *supra* note 45, art 19.

²⁶³ McGregor, « Immunity », *supra* note 55 aux pp 132-133. Sur le droit d'accès à la justice, voir, par exemple, Francesco Francioni, « The Rights of Access to Justice under Customary International Law » dans Francesco Francioni, dir, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 47.

²⁶⁴ Redress, « Immunity v Accountability: Considering the Relationship between State Immunity and Accountability for Torture and other Serious International Crimes », Londres (R-U), The Redress Trust, décembre 2005 à la p 4 [Redress]. L'importance pour les victimes d'avoir accès à la justice et de savoir que les violations des règles de droits de l'homme et du droit international humanitaire ne demeurent pas impunies ne devrait jamais être sous-estimée. Voir Alberto Costi, « Hybrid Tribunals as a Viable Transitional Justice Mechanism to Combat Impunity in Post-conflict Situations » (2006) 22 NZUL Rev 213 aux pp 215-218.

international n'est de nos jours plus fondé sur la seule volonté des États. Le simple respect de la souveraineté de l'État n'est plus l'unique valeur fondamentale de l'ordre juridique international²⁶⁵. L'individu y joue maintenant un rôle²⁶⁶. La reconnaissance croissante d'obligations *erga omnes* et de règles de *jus cogens* illustre cette volonté de ne plus permettre que la souveraineté puisse servir de bouclier évitant que ne soit engagée la responsabilité de l'État pour des crimes internationaux²⁶⁷. En 2006, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe avait affirmé :

Ces garanties à la fois classiques et fondamentales sont certes essentielles, mais ne suffisent pas pour éviter le risque de voir des [É]tats membres du Conseil de l'Europe impliqués dans des activités illégales telles que des détentions et transferts secrets. Il faut prendre des mesures également pour garantir que les pouvoirs publics soient effectivement à même de repérer toute activité de cette nature et d'y réagir d'une façon résolue²⁶⁸.

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

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

Par-delà l'accès individuel à la justice, les États devraient s'efforcer de mettre en place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient²⁶⁹.

Ces exemples ne suffisent peut-être pas à soutenir l'émergence des exceptions à l'immunité des États. Après tout, la CEDH, dans la récente affaire *Jones*, tout en reconnaissant le caractère ignoble des actes de torture perpétrés par des représentants de l'État, n'en a pas moins conclu que la règle de l'immunité de l'État prévaut à l'encontre de tout recours civil par les victimes dans l'état actuel du droit international²⁷⁰. Toutefois, la CEDH a laissé entendre qu'au vu des développements en cours, cette question appelle à « une surveillance permanente de la part des États

²⁶⁵ Andrea Bianchi, « Immunity versus Human Rights: The *Pinochet* Case » (1999) 10:2 EJIL 237 à la p 272.

²⁶⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État*, supra note 2, opinion dissidente du juge Cançado Trindade aux paras 35, 36 et 40.

²⁶⁷ McGregor, « Torture », supra note 186 à la p 916; Redress, supra note 264 à la p 49.

²⁶⁸ Conseil de l'Europe, Secrétaire Général, *Rapport du Secrétaire Général, sur l'usage des pouvoirs que lui confère l'article 52 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, à la lumière d'informations selon lesquelles des personnes, notamment certaines soupçonnées d'être impliquées dans des actes terroristes, pourraient avoir été appréhendées et mises en détention, ou transportées alors qu'elles étaient privées de liberté, soit par des agences relevant d'autres Etats ou à leur instigation, avec la coopération active ou passive d'Etats parties à la Convention, soit par des Etats parties agissant eux-mêmes et de leur propre initiative, sans que de telles privations de liberté aient été reconnues*, SG/Inf (2006) en ligne : <<https://wcd.coe.int>> au para 100.

²⁶⁹ Résolution 60/147, supra note 95 aux paras 12 d) et 13.

²⁷⁰ *Jones*, supra note 133 au para 214.

contractants »²⁷¹. De même, le concept westphalien de la souveraineté s'érode « au fur et à mesure que l'on situe la personne humaine au centre du système juridique international »²⁷². Il s'ensuit que la portée et l'impact de l'immunité des États devraient donc être réévalués de façon constante pour tenir compte de cette évolution et de la définition moderne de la souveraineté, étant donné que l'immunité étatique découle de cette définition²⁷³. Comme l'a souligné Maria Gavouneli, l'immunité est un domaine classique du droit international qui doit s'adapter aux principes contemporains de l'État et à la primauté du droit²⁷⁴.

L'immunité de l'État est une doctrine en pleine mutation. En principe, rien n'empêche l'évolution de l'immunité juridictionnelle de l'État pour prendre en compte de nouveaux développements²⁷⁵. Après tout, les tribunaux nationaux ont créé l'exception pour actes *jure gestionis* et ainsi adopté une doctrine restrictive de l'immunité de l'État, réévaluant les effets normatifs de la souveraineté étatique afin que soient prises en compte des considérations élémentaires d'égalité des parties dans les transactions commerciales²⁷⁶. En principe, rien n'empêcherait une pareille réévaluation dans le but de protéger les victimes de violations graves de normes de *jus cogens* lorsque ces dernières n'ont pas d'autres recours effectifs.²⁷⁷ Il ne faut pas oublier, toutefois, que l'exception pour actes *jure gestionis* est née de la pratique des États et non de l'activisme d'un organe judiciaire international. De même, pour créer une exception à l'immunité pour les violations du *jus cogens*, le processus d'évolution devrait passer par la pratique étatique assortie de l'*opinio juris*.

V. Futurs développements du droit en la matière

L'immunité de l'État demeure un domaine contentieux du droit international. D'une part, ses origines anciennes rendent difficile son évolution. D'autre part, le droit à l'immunité a sensiblement évolué au cours du dernier siècle²⁷⁸. Le juge Koroma, dans son opinion individuelle, a déclaré que « rien dans le présent arrêt ne s'oppose [...] à la poursuite de l'évolution du droit de l'immunité des [É]tats »²⁷⁹, même s'il partage l'avis de la majorité que le droit international reconnaît « l'immunité souveraine aux [É]tats en ce qui concerne les actes *jure imperii* commis

²⁷¹ *Ibid* au para 215.

²⁷² *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion individuelle du juge Bennouna au para 18.

²⁷³ McGregor, « Torture », *supra* note 186 à la p 916; Redress, *supra* note 264 aux pp 49-50.

²⁷⁴ Maria Gavouneli, *State Immunity & the Rule of Law*, Athènes, Ant N Sakkoulas Publishers, 2001 à la p 19.

²⁷⁵ Amnesty International, *supra* note 256 au para 9.

²⁷⁶ Knuchel, *supra* note 29 au para 53.

²⁷⁷ En ce sens, voir *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion individuelle du juge Bennouna au para 18 : « [L]orsque l'[É]tat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, [...] il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'[É]tat du for. Le droit des personnes concernées d'avoir accès à la justice de leur pays s'imposerait alors, faute pour l'État en cause de se soumettre aux principes fondamentaux du droit dont il se réclame lui-même par ailleurs ».

²⁷⁸ Fox, *supra* note 6 à la p vii.

²⁷⁹ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2, opinion individuelle du juge Koroma au para 7.

par leurs forces armées pendant un conflit armé »²⁸⁰. En vérité, l'idée même d'évaluer l'état actuel du droit en la matière va inévitablement influencer son avenir²⁸¹. Toute détermination d'un litige sert d'outil au développement du droit international²⁸².

Nous essaierons dans cette dernière partie d'évaluer l'effet probable de l'arrêt de la CIJ sur l'évolution de l'immunité de l'État au sein des tribunaux italiens (section A) ainsi que des instances judiciaires internes d'autres États (section B), particulièrement en ce qui a trait à l'exception pour les violations de règles de *jus cogens*.

A. L'impact de l'arrêt de la CIJ sur les instances judiciaires italiennes

Le *Statut de la CIJ* déclare que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »²⁸³. La *Charte des Nations Unies* impose une obligation à l'endroit de chaque État membre de l'Organisation des Nations Unies de « se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie »²⁸⁴. La Cour, dans le dispositif du jugement, statue que l'Italie doit veiller à ce que les décisions de ses tribunaux et celles d'autres autorités judiciaires contrevenant à l'immunité reconnue à l'Allemagne par le droit international « soient privées d'effet »²⁸⁵. Ce nonobstant, la bonne foi de l'Italie peut être présumée. C'est pour cela que la Cour n'a pas ordonné à son encontre de mesures supplémentaires²⁸⁶. La CIJ a estimé qu'il n'y avait aucune raison de penser que l'Italie répètera à l'avenir les actes déclarés illicites par la Cour²⁸⁷. De toute façon, la responsabilité internationale de l'Italie pour la violation de ses obligations juridiques internationales est engagée à l'égard de la jurisprudence et il en découle une obligation de réparation pour le préjudice causé par les faits illicites qui lui sont imputés²⁸⁸. Au cas où l'Italie ne s'acquitterait pas de ses obligations en vertu de ce jugement, l'Allemagne pourrait recourir au Conseil de sécurité, lequel, « s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt »²⁸⁹.

Il est permis de penser que l'appareil judiciaire italien va revenir sur la position prise par la Cour de cassation dans les affaires *Ferrini* et *Milde*²⁹⁰, une opinion confirmée par les déclarations du ministre italien des Affaires étrangères, que

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Markus Krajewski et Christopher Singer, « Should Judges Be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights » (2012) 16 Max Planck Yearbook of United Nations Law 1 à la p 28.

²⁸² Boyle et Chinkin, *supra* note 249 à la p 270.

²⁸³ *Statut de la CIJ*, *supra* note 107, art 59.

²⁸⁴ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7, art 94 (1) [*Charte des Nations Unies*].

²⁸⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 139.

²⁸⁶ *Ibid* au para 138.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid* au para 136.

²⁸⁹ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 284, art 94 (2).

²⁹⁰ *Ferrini*, *supra* note 63 aux paras 9-11; *Milde*, *supra* note 69 aux paras 3-4.

la décision de la CIJ « confirme un principe du droit international et, par conséquent, l'Italie ouvrira un processus de consultation politique avec l'Allemagne afin de résoudre la question de l'indemnisation des ressortissants italiens victimes des massacres nazis » [notre traduction]²⁹¹. Toutefois, la réception de l'arrêt n'est pas acquise. Les tribunaux italiens doivent encore examiner les effets du jugement de la CIJ sur le droit italien²⁹². Par exemple, quelques décisions de la Cour de cassation italienne ont confirmé par le passé que les normes constitutionnelles, tel le droit à un recours juridictionnel en cas de violation de droits fondamentaux, l'emportent sur le droit international coutumier²⁹³. Il est donc probable, mais pas tout à fait certain, qu'à l'avenir, les instances judiciaires italiennes accorderont à l'Allemagne l'immunité juridictionnelle dans des affaires mettant en cause des faits similaires.

B. Réception de l'arrêt dans les autres États

La CIJ fait observer dans plusieurs passages de son jugement que l'exception à l'immunité de l'État pour la violation de règles de *jus cogens* n'a pas pris racine ailleurs qu'en Italie. La majorité de la Cour a mis l'accent sur la pratique des instances judiciaires nationales. Par conséquent, c'est la réception du jugement par les tribunaux nationaux qui déterminera les futurs paramètres du droit de l'immunité de l'État. Les tribunaux nationaux chargés de déterminer si l'immunité de l'État pourrait être déniée du fait de graves violations du droit international humanitaire pourront s'appuyer sur l'arrêt de la CIJ pour accorder l'immunité en vertu du droit international coutumier en vigueur. Ces décisions s'ajouteront à la pratique étatique réfutant une exception fondée sur la violation d'une norme de *jus cogens*, ce qui influencera certes les décisions futures quant à l'état du droit international coutumier en la matière. Le cycle pourrait continuer à perpétuité.

Le recours à l'arrêt par les instances judiciaires nationales risque de nuire à l'évolution du droit international coutumier en la matière. Roger O'Keefe a identifié ce phénomène en analysant la réaction des tribunaux des États membres du Conseil de l'Europe suite aux arrêts de la CEDH dans les affaires *Al-Adsani*²⁹⁴ et *Kalogeropoulou*²⁹⁵. La CEDH y avait estimé que le droit international coutumier sur l'immunité de l'État privait les tribunaux nationaux de l'exercice de leur compétence dans des demandes d'indemnisation en cas de dommages corporels ou de décès causés par la violation de règles de droit international par un État étranger. Ces deux

²⁹¹ Italie, Ministère des Affaires étrangères et de la coopération internationale, « Stragi naziste: Terzi, avvieremo consultazione con Germania su indennizzi », (7 février 2012), en ligne : Farnesina <http://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2012/02/20120207_terstrag.html>.

²⁹² Lori Fisler Damrosch, « Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions » (2011) 44 Vand J Transnat'l L 1185 à la p 1198.

²⁹³ *Beraldini*, Cour constitutionnelle d'Italie n° 73/2001, 22 mars 2001 (2001) 84 RDI 490 au para 3.1; *Rac Communi di Torre Annunziata et al*, Cour constitutionnelle d'Italie n° 348/2007, 24 octobre 2007 (2008) 91 RDI 198 au para 4.7.

²⁹⁴ *Al-Adsani*, *supra* note 133.

²⁹⁵ *Kalogeropoulou*, *supra* note 79.

arrêts ont été invoqués par presque tous les États membres du Conseil de l'Europe en tant que précédents pour renforcer l'obligation d'accorder l'immunité de juridiction dans ces cas-là²⁹⁶. D'ailleurs, dans l'affaire *Jones*, la CEDH s'est appuyée sur les affaires *Al-Adsani* et *Kalogeropoulou* ainsi que sur l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'État, pour en arriver à la même conclusion²⁹⁷. Par conséquent, il est permis de croire que les tribunaux nationaux continueront de favoriser l'argument que le droit international coutumier exige l'immunité dans ces circonstances²⁹⁸, malgré le fait que la CEDH, dans les affaires *Kalogeropoulou* et *Jones*, ait clairement indiqué que le jugement n'exclut pas une évolution du droit international coutumier à l'avenir²⁹⁹.

En fait, l'avenir du droit dépend pour une bonne part de l'étendue de l'influence des arrêts de la CIJ sur les juges nationaux. En général, les jugements de la Cour, même s'ils n'ont pas de valeur de précédent, font autorité. Malcolm Shaw a écrit que les décisions de la Cour sont de la plus haute importance dans le développement du droit international³⁰⁰, une position partagée par de nombreux États, dont les États-Unis³⁰¹. Il est également commun pour les tribunaux nationaux de recourir aux arrêts de la CIJ³⁰². Par exemple, dans une affaire devant la Chambre des Lords, Lord Bingham y note que dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo, la CIJ avait clairement indiqué que la violation de normes de droit international ne suffit pas à donner à un tribunal la compétence pour connaître d'une affaire contre un État qui jouit de l'immunité juridictionnelle devant les instances judiciaires d'un autre État³⁰³. Cet argument convainc Lord Bingham qu'une telle violation ne peut remplacer automatiquement toutes les autres règles du droit international³⁰⁴. Dans la présente affaire, la déclaration faite par la Grèce que la décision « guidera le juge grec en la matière » témoigne de l'influence de la CIJ sur les États qui ne sont pas techniquement liés par ses jugements³⁰⁵.

Les tribunaux nationaux pourraient donc utiliser cet arrêt comme un guide pour de futurs litiges³⁰⁶, ce qui pourrait servir à ralentir l'évolution du droit en la matière³⁰⁷. Ceci étant dit, il ne faut pas oublier que dans le domaine de l'immunité de l'État, et l'arrêt en l'espèce l'a bien démontré, les principaux acteurs sont les

²⁹⁶ O'Keefe, *supra* note 53 à la p 1017. Voir aussi Magdalena Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2010 à la p 312.

²⁹⁷ *Jones*, *supra* note 133 aux paras 88-94 et 186-195.

²⁹⁸ O'Keefe, *supra* note 53 à la p 1017.

²⁹⁹ *Kalogeropoulou*, *supra* note 79 à la p 10; *Jones*, *supra* note 133 au para 215.

³⁰⁰ Shaw, *supra* note 4 à la p 808.

³⁰¹ American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3^e éd, St Paul, Minnesota, 1987, § 103(b).

³⁰² Sarita Ordonez et David Reilly, « Effect of the Jurisprudence of the International Court of Justice in National Courts » dans Thomas M Franck et Gregory H Fox, dir, *International Law Decisions in National Courts*, New York, Transnational Publishers, 1996, 335 aux pp 352-369.

³⁰³ *Jones v Saudi Arabia*, *supra* note 128 au para 24.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État*, *supra* note 2 au para 18.

³⁰⁶ Christian Tomuschat, « The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions » (2011) 44 Vand J Transnat'l L 1105 à la p 1106.

³⁰⁷ Bornkamm, *supra* note 30 à la p 782.

tribunaux, et non seulement les gouvernements. Certains juges ont tendance à être plus concernés que d'autres par le souci de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Les tribunaux sont donc plus susceptibles d'être guidés par les principes fondamentaux de justice³⁰⁸ et il est possible de spéculer que des tribunaux nationaux pourraient décider d'accorder peu de poids à la décision de la Cour ou encore de distinguer le cas qui se présenterait à eux dans les faits. D'autre part, des tribunaux internes pourraient être incités à développer une nouvelle exception à l'immunité juridictionnelle de l'État en s'appuyant sur l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade.

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

Quiconque a eu le privilège d'étudier le droit international sous la direction du professeur Jacques-Yvan Morin peut apprécier le contexte historique dans lequel il s'est développé, en comprendre les règles fondamentales et concevoir les changements rendus nécessaires par les développements contemporains. Des premiers balbutiements du droit international à la sophistication de l'ordre juridique international contemporain, le professeur Morin a su faire ressortir dans ses enseignements et ses écrits la problématique des tendances parfois contradictoires entre les principes coutumiers bien établis et les pratiques contemporaines non encore assorties d'*opinio juris*.

L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des immunités juridictionnelles de l'État est un exemple éloquent d'un principe quasi-immuable du droit international coutumier remis en question par une pratique plus récente et encore très limitée, fondée sur le respect de règles de *ius cogens* et le droit des victimes à la réparation. Il s'agit d'une décision importante où la Cour se vit donner pour la première fois le mandat de statuer sur l'immunité de l'État dans le cadre de procédures civiles. En empruntant une interprétation conservatrice et positiviste du droit international, la majorité a jugé que le droit international coutumier continue d'accorder à l'État l'immunité juridictionnelle devant les tribunaux nationaux étrangers même si ses forces armées ont commis de graves violations du droit international humanitaire. L'arrêt est donc susceptible d'influencer les tribunaux nationaux et, par conséquent, de renforcer le *status quo*. Ainsi, il est à prévoir que le développement d'une exception à l'immunité de l'État dans les cas de violations de normes de *ius cogens* ne puisse se réaliser, au moins à court terme³⁰⁹. A moins de changements jurisprudentiels tant à l'échelle

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ McGregor, « Immunity », *supra* note 55 à la p 126.

nationale que mondiale, l'exception de *jus cogens* à l'immunité de l'État restera régie par le droit international coutumier. Pour l'heure, la décision de la CIJ est donc de la plus haute importance et clarifie le droit sur ce point.

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