

LES IMMUNITES DE JURIDICTION FACE AUX VIOLATIONS

GRAVES DES DROITS DE L'HOMME : LA « CHRONIQUE

D'UNE MORT ANNONCÉE » ?



Murielle Tchouwo

Dirigé par Mme Pascale Martin-Bidou

Sous la supervision de Mme Julia LEVIVIER

2012

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Mme Martin Bidou pour l'opportunité qui m'a été offerte en la rédaction de ce mémoire et Julia Levivier pour son suivi et sa disponibilité tout le long de l'élaboration ce dernier.

Ces remerciements s'adressent aussi à mes proches pour leurs soutiens, leurs encouragements et l'intérêt porté à mes recherches; aux équipes des bibliothèques des Nations Unies et de la Cour Pénale Internationale qui m'ont permis d'avoir accès aux ressources nécessaires en vue de cet exercice.

SOMMAIRE:

Introduction:.....	- 6 -
I- Des droits de l'homme au droit impératif	- 7 -
II- De l'immunité absolue à l'immunité restreinte	- 9 -

PARTIE I: LA PROPENSION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES EN FAVEUR DE L'EXCEPTION D'IMMUNITE.....- 11 -

CHAPITRE I : L'INERTIE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.- 12 -

Introduction :.....	- 12 -
---------------------	--------

SECTION 1 : L'IGNORANCE DE LA NATURE DES ACTES DEVANT LA COUR EUROPEENNE..... - 12 -

I- Une « attitude circonspecte » clairement exprimée dans l'affaire <i>Al-Adsani</i>	- 13 -
A- Le souci du respect de la hiérarchie des normes de droit international général.	- 14 -
B- Le mépris de la nature de la violation : L'interdiction des actes de torture consacrés comme normes <i>jus cogens</i>	17
II- Le « coup de frein » de la Cour dans une tendance générale à une limitation des immunités	20
A- Au mépris des pressions doctrinales.....	20
B- Au profit de la subdivision traditionnelle : actes <i>jure gestionis</i> – actes <i>jure imperii</i>	24

SECTION 2 : LE DROIT D'ACCES A UN TRIBUNAL COMME SEULE LIMITATION CONFIRMEE A

L'IMMUNITE.	25
-------------------------	-----------

I- L'article 6 : un outil indispensable devant la Cour pour la promotion du droit.....	26
A- L'art 6 : comme unique base dans la Convention permettant de trancher la question relative à l'immunité	26
B- L'interprétation décevante de l'article 6.1.....	29
II- L'article 6.1 : une limite aux immunités de juridiction des Etats.	31
A- L'exception reconnue aux immunités juridictionnelles concernant les contrats de travail	31
B- L'interrogation toujours pendante au sujet des « violations graves des droits de l'homme » : limitation ou exception à l'immunité ?	36

CHAPITRE 2 : LE « RENDEZ-VOUS MANQUÉ » DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE..... 37

SECTION 1 : L'APPROCHE TRADITIONNELLE DE LA C.I.J. CONFRONTÉE AUX IMMUNITÉS

JURIDICTIONNELLES DES ETATS.	38
--	-----------

I- La relation singulière de la C.I.J. avec l'immunité de juridiction	39
A- Une trajectoire ouvertement en faveur de l'immunité.	39

B- L'affaire du mandat d'arrêt et le statu quo de la CIJ :	40
C- L'arrêt <i>Allemagne c. Italie</i> du 3 fév. 2012 ou le caractère conservateur de la CIJ	42
II- Les manquements de la Cour dans sa jurisprudence relative aux immunités	44
A- L'échec de la mission de la Cour d'harmonisation de la pratique.....	44
B- Le sacrifice du développement du droit international :	45
SECTION 2 : L'APPROCHE PLUS QUE PRUDENTE DE LA COUR EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT INTERNATIONAL	47
I- La prise en compte stricte de la pratique pertinente des Etats en la matière	47
A- La reconnaissance explicite de l'évolution de la pratique fondée sur la territorialité.....	47
B- Le déni d'une évolution de la pratique fondée sur la gravité de la violation.....	51
II- Une décision au mépris considérations et avancées doctrinales.....	54
A- L'article 38(d) du statut de la C.I.J.	54
B- La critique du juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente :	55
III- L'écho de cette décision chez les défenseurs des droits de l'homme	57
CONCLUSION	57
PARTIE II : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'INFLECHISSEMENT DE L'IMMUNITE	58
CHAPITRE 1- L'EXCEPTION DES TRIBUNAUX PENaux INTERNATIONAUX	59
INTRODUCTION :	59
SECTION 1: LE CHOIX D'UNE IGNORANCE DES PRIVILEGES	60
I- Les précédents dans les statuts des tribunaux <i>ad hoc</i> sur la question de la qualité officielle d'un individu:.....	60
A- Les dispositions pertinentes	60
B- L'importance du mode de création des tribunaux internationaux : Le Chapitre VII de la Charte	62
II- La Consécration dans le Statut de Rome du principe de défaut de qualité officielle.	64
A- L'analyse de l'article 27	64
B- Une option dictée par le refus de l'impunité pour les crimes les plus graves.....	68
SECTION 2 : UN CHOIX FAIT AU MEPRIS DU PRINCIPE DU CONSENSUALISME EN DROIT INTERNATIONAL	70
I- L'arrêt <i>Al Bashir</i> comme une illustration de l'excès de zèle de la CPI ?	70
A- Les faits de l'affaire - Selon la chambre préliminaire I de la CPI :	70
B- L'usage des dispositions du statut de Rome à l'égard d'un Etat tiers	73
II - Les effets du pragmatisme de la Cour	75
A- Pour l'institution :	75

B- En matière de coopération.....	76
CONCLUSION	76
CHAPITRE II : LA POUSSEE AUDACIEUSE D’AUTRES ACTEURS POUR LA PRIMAUTE DES DROITS DE L’HOMME.	77
SECTION 1 – LES ESQUISSES DE CODIFICATION.	77
I- La convention européenne sur les immunités des Etats et leurs biens	77
A- Observations générales.....	77
B- Le texte de la Convention.....	78
II- La résolution de l'institut du droit international : Naples 2009	79
A- Présentation	79
B- La valeur juridique de la résolution de Naples 2009	80
III- La Convention des Nations Unies sur les immunités : Une réelle exception à l'immunité ?	81
A- La genèse de la Convention des Nations Unies sur les immunités.	81
B- Le positionnement flou de la Convention sur les questions relative aux limitations des immunités pour violation des droits de l’homme	84
C-La Convention des Nations Unies : une exception crédible à l’immunité ?	88
SECTION 2 : L’EMERGENCE DE THEORIES EN DOCTRINE	89
I- L’opportunité de la théorie de la renonciation implicite à l’immunité	89
A- Origines et applications de l’argument de la renonciation implicite et ses applications.....	89
B- Les limites flagrantes de cette théorie	93
C-La pertinence de la théorie de la renonciation implicite à l’immunité	94
II- L’acuité de la hiérarchie des normes en droit international	95
A- Les origines et applications de cette théorie	95
B- La pertinence de cette théorie	98
SECTION 3: « MORCEAUX CHOISIS » DES LEGISLATIONS NATIONALES.	99
I- L’impulsion des Etats-Unis : Le « Foreign Sovereign Immunity Act » (1976).....	99
II- La Grande Bretagne : Le « <i>Sovereign Immunity Act</i> » (SIA) (1978)	100
III- Canada : Le « <i>State Immunity Act</i> » (SIA)	100
CONCLUSION GENERALE :	101
BIBLIOGRAPHIE	103
TABLE DES MATIERES (DETAILLÉE)	110
ANNEXES.....	115

« Fiat justitia ne pereat mundus »
(Que justice soit faite, sinon le monde périra),

HEGEL, 1821

« Quiconque a semé des privilèges doit recueillir des révolutions »

Claude TILLIER,
Mon Oncle Benjamin
1996

Introduction:

« Le régime des immunités est plus que jamais déchiré entre une conception traditionnelle du droit international et des développements récents attachés à la répression des violations des droits de l'homme », annonçait Andréa Bianchi dans son article intitulé « *L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète du droit international* » paru en 2004 dans la Revue Générale de Droit International Public.

De façon générale, ce privilège s'exprime en deux régimes juridiques distincts que sont :

- L'immunité de juridiction et
- L'immunité d'exécution

Le premier interdit la juridiction d'un État par les tribunaux nationaux étrangers tandis que le second empêche son bénéficiaire de se soumettre à l'exécution par un détenteur du titre exécutoire.¹

En effet, jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'immunité était absolue, de sorte qu'on ne pouvait introduire d'instance contre un Etat étranger en aucune circonstance. Depuis le début du XXe siècle, une distinction entre les activités souveraines (*acta jure imperii*), pour lesquelles les Etats bénéficient d'immunités juridictionnelles, et les activités privées (*acta jure gestionis*), a été opérée². Et c'est dans ce contexte que Nedjar affirmait : « Il va de soi que le passage d'une conception absolue des immunités des Etats, à une conception 'restrictive', telle que les pratiques nationales l'ont récemment exprimées, ne pouvait aboutir à un résultat aussi simpliste. Le fondement même des immunités serait en premier lieu méconnu, puisque l'Etat perdrait tout attribut de souveraineté devant les tribunaux étrangers. Mais, c'est aussi l'approche pragmatique et économique du nouveau droit des immunités qui serait remise en

¹ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 2002, p. 446.

² SINCLAIR, « The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments », Recueil de Cours 167 (1980-11), pp. 113-284, p. 133.

cause. »³. Telle était sa crainte, mais celle-ci fut partagée par nombres d'auteurs à tel point que pour certains la mort de cette institution devint inéluctable. Et c'est à ce propos, que Michel Cosnard⁴ est allé jusqu'à présenter cette prérogative en ces termes : « ...un privilège des Etats se révèle la chronique d'une mort annoncée. »⁵.

La lecture d'un tel propos nous montre une certaine imminence dans cette échéance. Reste cependant à s'interroger sur le responsable de cet homicide. La réponse paraît toute trouvée en doctrine car les auteurs désignent de concert les droits de l'homme et plus précisément les violations graves de ces droits (Partie II). Tandis que la jurisprudence fait apparemment état d'un manque d'éléments de convergence en ce sens (Partie I).

En vue d'élucider ce mystère, il est opportun de souligner le caractère évolutif des deux éléments soumis à notre étude (droits de l'homme et immunités) elle-même apparemment dû à l'évolution de la société. C'est ainsi qu'on est quitté d'une conception élémentaire des droits de l'homme aux droits impératifs et dans le même ordre d'idées, d'une immunité absolue à une immunité relative A titre préliminaire il est opportun de retracer ces évolutions qui seront certainement pertinentes pour la suite de cette enquête.

I- Des droits de l'homme au droit impératif

« Ce que nous entendons aujourd'hui par "droits de l'homme " s'est d'abord appelé "droits naturels", et s'apparentait à la "loi naturelle", elle-même issue de la rencontre de la doctrine stoïcienne, du droit romain et de la tradition judéo-chrétienne. »⁶ Telle est l'idée que se fait le professeur D. D, Raphael en parlant des droits de l'homme.

L'histoire des droits de l'homme est aussi ancienne que celle du droit, qu'il s'agisse de coutumes non écrites ou de codes gravés dans la pierre. Enracinés dans des convictions religieuses ou philosophiques, souvent obtenues à l'issue de combats politiques ou de luttes sociales, les droits de l'homme, " droits humains " ou "droits de la personne humaine" expriment la reconnaissance de la dignité inaliénable de la personne humaine. En ce sens, ils

³ NEDJAR, D. « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *Journal du Droit International*, n.1, 1997, p. 92.

⁴ Mr M. Cosnard est Professeur de Droit International Public à l'université de Cergy-Pontoise et responsable du Centre de Droit International Public et Privé.

⁵ COSNARD, M. *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 403.

⁶ D.D. RAPHAEL, *La tradition libérale des droits de l'homme dans l'occident*, Macmillan, London, 1970.

trouvent leur source dans toutes les cultures qui, sous des formes diverses, affirment le respect de l'homme.

En un sens plus restreint, les droits de l'homme sont les droits qui ont été peu à peu traduits dans un ensemble de textes juridiques : déclarations, pactes, protocoles, conventions... qui tentent de concrétiser ce principe de dignité. Les premiers textes furent nationaux voire locaux, puis "internationaux à vocation universels", c'est à dire s'appliquant à tout être humain, sans distinction de nationalité, de sexe, de religion. C'est ce qu'on entend le plus souvent par "droits de l'homme"⁷.

Cependant cette notion a dû évoluer au fil des ans notamment sous l'impulsion de divers éléments à l'instar des guerres et des atrocités subséquentes. Les droits de l'homme auparavant présentant un aspect horizontal vont se métamorphoser avec l'irruption des règles impératives.

Définies à l'article 53 de la convention de Vienne de 1969, on trouve un an plus tard des traces de cette idée dans une décision de la Cour Internationale de Justice (CIJ), le 5 Février 1970 au sujet de l'affaire « *Barcelona Traction* » dans laquelle, au travers d'un *obiter dictum* la C.I.J affirme qu' « une distinction doit être établie entre les obligations des états envers la communauté internationale dans son ensemble » (*jus cogens*) « et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique ». A aucun moment elle ne va mentionner l'expression de « *jus cogens* » mais elle se fait comprendre notamment en utilisant le terme « d'obligations *erga omnes* » c'est-à-dire, d'obligations à l'égard de tous. Cependant la consécration se fera devant le Tribunal Pénal international pour l'ex Yougoslavie dans l'affaire *Procureur c. Anto Furundzija* du 10 décembre 1998.

Par l'incursion de cette notion, le droit international se présente désormais sous un jour hiérarchisé. Une hiérarchie « non-avouée » que doit tout de même prendre en compte les juridictions tant nationales qu'internationales.

Au regard de cette mutation des droits de l'homme il est indispensable d'aborder celle des immunités pour se rendre compte de la crédibilité de cet argument consistant à la « chronique d'une mort annoncée » de ce privilège.

⁷Voir: http://www.ritimo.org/dossiers_thematiques/droits_humains/droits_homme/droits_homme_intro.html#1, « *Les droits de l'homme, qu'est ce que c'est ?* », Janvier 2009.

II- De l'immunité absolue à l'immunité restreinte

L'immunité de juridiction des Etats étrangers est une question complexe et "sensible" : elle touche tout à la fois au droit d'accès au juge, à l'égalité de chacun dans l'exercice de ce droit, à la souveraineté des Etats et au droit international public⁸.

Le droit des immunités remonte à l'origine du droit des gens, un traitement privilégié se trouve en effet dans le statut des diplomates dont l'élaboration constitue l'une des premières manifestations de règles appelées à régir les relations pacifiques entre les membres de la famille des nations. Ce droit a néanmoins toujours été controversé. Tant ses bénéficiaires que la portée exacte de son contenu n'ont jamais fait l'unanimité.

Cependant, la « contestation »⁹ jadis bénigne se durcit au 19^e siècle lorsque les juges belges et italiens s'en prennent à l'immunité de l'Etat en lui déniaient son caractère absolu. La sédition l'emporta largement et la jurisprudence suivit en adhérant à une immunité désormais relative soustrayant seuls les actes de souveraineté des juridictions internes.

Ce changement cependant fut le fruit d'un constat : face à un interventionnisme sans cesse croissant de l'Etat dans le secteur économique et l'implication accrue de ses plus hauts dirigeants dans des actes de violation des droits humains, la nécessité d'une réaction à l'échelle globale s'avérait indispensable et nécessaire en vue de la préservation des droits des personnes privées.

Pour Gerhard Hafner, ces immunités ont pour but « *de protéger la souveraineté d'un Etat en soustrayant celui-ci à la juridiction d'un autre ; ainsi, [elles sont] la conséquence de l'absence de toute hiérarchie en droit international (...)* »¹⁰. C'est ainsi que lorsqu'un Etat agit hors de ce cadre, il ne jouira pas de ce privilège. Tel est l'essence de la distinction opérée entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*.

⁸ M. Régis DE GOUTTES, « L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers », Cour de Cassation, *Rapport annuel*, Paris, 2003.

⁹ Selon l'expression du Professeur Joe Verhoeven dans son ouvrage: Joe VERHOEVEN (dir.), *Droit international des immunités: Contestation ou consolidation ?*, 2004, Larcier.

¹⁰ Gerhard HAFNER, « L'immunité d'exécution dans le projet de convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens » in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p.

Cependant des auteurs à l'instar de Joe Verhoeven restent sous leurs réserves face aux prétentions faisant état d'une nouvelle limitation des immunités en ces termes :

« Divers éléments ont été avancés à cet effet par des juges, des législateurs ou des savants. Aucun d'entre eux ne s'est révélé parfaitement convainquant. Nul ne sera partant surpris que des incertitudes demeurent. Si dérangeantes qu'elles puissent être, elles ne portent aux immunités étatiques aucun coup fatal. »

Ainsi, les immunités même si fragilisées resteraient debout. Faut-il pour autant en déduire que celles-ci ont toujours une place conséquente en droit international ? Autrement dit, on pourrait ici s'interroger sur la portée réelle de cette institution face à un intérêt toujours croissant accordé au respect des droits de l'homme.

Ainsi posé cette question sera envisagée en deux parties qui consisteront à retracer la pratique récente aussi bien celles des juridictions internationales que les juridictions nationales.

PARTIE I: LA PROPENSION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES EN FAVEUR DE L'EXCEPTION D'IMMUNITÉ

En vue de l'étude de cette notion, nous avons choisi de nous positionner devant deux juridictions à l'instar de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et de la Cour Internationale de Justice (CIJ). Notamment car celles-ci sont quasiment les seules juridictions supranationales qui ont jusqu'à présent eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Cependant, ces juridictions au combien différentes ont choisies d'adopter des approches relativement similaires comme nous le verrons par la suite.

CHAPITRE I : L'INERTIE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.

Introduction :

La Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-dessous la Cour ou la CEDH) s'est saisi de cette question de manière assez tardive à travers ce qu'on pourrait qualifier d'approche « assez prudente ». Cette approche progressive de la question délicate que représentent les immunités s'est faite à travers trois arrêts :

- *Forqaty c. RU*
- *Mc Elhinney c. Irlande*
- *Al Adsani c. RU*

Ce n'est que dans la dernière affaire que la Cour a réellement été confrontée à l'apparente opposition entre les violations graves des droits de l'homme et l'exception d'immunité.

Sur cette question des immunités, la Cour ne s'en tient pas à la différence de nombreux tribunaux étrangers au seul critère de la nature de l'acte, mais retient alternativement celui du but poursuivi par son auteur, ce qui laisse la possibilité d'une compréhension extensive de ce concept et ne met pas les particuliers à l'abri des décisions défavorables et purement circonstanciées. Comme le fait remarquer Isabelle Pingel : « Le risque est d'autant plus grand que la Cour suit en la matière une jurisprudence particulièrement circonspecte. »¹¹

SECTION 1 : L'IGNORANCE DE LA NATURE DES ACTES DEVANT LA COUR EUROPEENNE

En parlant de la nature des actes, il s'agit notamment de savoir si ce sont des actes accomplis en violations des droits de l'homme ou non. La Cour quant à elle nous montre à

¹¹ Isabelle PINGEL (dir), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p. 19

travers sa jurisprudence son désintéret pour de telles considérations. Tel sera cependant son approche dans l'affaire *Al-Adsani*.

I- **Une « attitude circonspecte »¹² clairement exprimée dans l'affaire *Al-Adsani***

L'étude de cette posture de la Cour ne peut se comprendre de façon aisée qu'après un bref rappel des faits :

Les faits de l'affaire¹³:

Sulaiman Al-Adsani, qui a la double nationalité britannique et koweïtienne, est né en 1961 et réside à Londres. Il est pilote de profession. Pendant la Guerre du Golfe, le requérant servit dans l'armée de l'air koweïtienne et, après l'invasion irakienne, demeura au Koweït dans le mouvement de résistance. Il vint à avoir en sa possession des cassettes vidéo à caractère sexuel qui impliquaient le cheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah (« le cheikh »), apparenté à l'émir du Koweït. D'une manière ou d'une autre, ces cassettes furent mises largement en circulation, ce dont le cheikh tint le requérant pour responsable. Vers le 2 mai 1991, le cheikh et deux autres personnes s'introduisirent au domicile du requérant, frappèrent l'intéressé et le conduisirent sous la menace d'un revolver dans une jeep officielle à la maison d'arrêt de la sécurité koweïtienne. Le requérant y fut abusivement emprisonné plusieurs jours au cours desquels des gardiens le rouèrent de coups à maintes reprises. Il fut relâché le 5 mai 1991, après avoir été contraint de signer de faux aveux. Vers le 7 mai 1991, le cheikh conduisit le requérant, sous la menace d'un revolver, au palais du frère de l'émir du Koweït. On plongea la tête du requérant plusieurs fois dans l'eau d'une piscine où flottaient des corps, puis on le traîna dans une petite pièce où le cheikh mit le feu à des matelas imbibés d'essence.

Le requérant séjourna six semaines à l'hôpital en Angleterre pour des brûlures sur 25 % du corps. Il accusa un choc psychologique et on diagnostiqua une forme sévère de tension post-traumatique. En août 1992, le requérant assigna en Angleterre le cheikh et l'Etat du Koweït en dommages-intérêts et, en décembre 1992, un jugement par défaut fut rendu contre le cheikh. En janvier 1994, la Cour d'appel fit droit à une nouvelle demande tendant à ce que l'acte d'assignation fût notifié à l'Etat du Koweït. En mai 1995, la High Court décida de rayer l'affaire du rôle, estimant que l'immunité des Etats s'appliquait en vertu de la loi de 1978 sur l'immunité des Etats (« la loi de 1978 »), qui accordait l'immunité aux Etats souverains pour les actes commis en dehors de leur

¹² Selon l'expression employée par Isabelle Pingel pour qualifier la jurisprudence de la CEDH dans son article: « Droit des immunités et exigences du procès équitable ».

¹³ Les faits ainsi exposés s'inspirent des faits tels que publiés sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int

juridiction, sans exception implicite pour les actes de torture. La Cour d'appel confirma cette décision et le requérant se vit refuser l'autorisation de saisir la Chambre des lords. Il tenta en vain d'obtenir une réparation des autorités koweïtiennes par la voie diplomatique.

La question dans cette affaire était de savoir si un gouvernement pouvait invoquer l'immunité dans le cadre d'une procédure engagée au civil à son encontre pour torture.

A cet égard, la Cour a fait preuve d'un raisonnement assez « stupéfiant » jugeant que les immunités mises en cause dans cette affaire étaient compatibles avec l'article 6(1) estimant selon les critères traditionnels applicables aux limitations implicitement admises au droit d'accès à un tribunal, qu'elles poursuivaient le but légitime d'observer le droit international et que les mesures reflétant les règles de Droit International ne pouvaient être considérées comme disproportionnées.

A- Le souci du respect de la hiérarchie des normes de droit international général.

Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses critiques eu égard notamment au raisonnement dont a fait preuve la Cour pour dénier implicitement l'accès à sa justice à M. *Al-Adsani*.

Le premier élément qui pourrait choquer dans l'analyse de cette jurisprudence est le constat préliminaire fait par la Cour d'une compatibilité des immunités avec l'art 6.1¹⁴ de la CEDH. On pourrait se poser la question de savoir comment en arrive t-elle a cette conclusion ? Car par essence malgré sa nature d'obstacle procédural, elle prive la victime de voir sa cause entendue ce qui est loin d'être équitable ainsi quelqu'un qui aurait subi la même violation de la part d'un particulier pourra prétendre à une « vrai justice ». Cette approche est assez malséante et octroi aux Etats comme un « permis de violer les droits de l'homme » au nom de leur souveraineté. Pour soutenir son propos, « La Cour a jugé les immunités mises en cause compatibles avec l'art 6.1 estimant selon les critères traditionnels applicables aux limitations implicitement admises au droit d'accès à un tribunal, qu'elles poursuivaient le but légitime d'observer le droit international et que les mesures reflétant les règles de droit international ne pouvaient être considérées comme disproportionnées »¹⁵.

¹⁴ L'article 6.1 intitulé: *Droit à un procès équitable*.

¹⁵ Zarbiev FOUAD, « Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la CEDH » *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, page. 622.

La Cour se sert notamment de cet argument pour justifier le caractère légitime et proportionné de la limitation¹⁶.

Cela ressort clairement à la lecture de sa motivation ci-dessus¹⁷ mais semble aller à l'encontre de ses convictions car la CEDH a plusieurs reprises revêtu l'attribut de « juridiction dynamique » et de telles positions cadrent mal avec cette qualité. Car une juridiction soumise à un ordre est par nature incapable d'agir de façon dynamique. Jusqu'ici, la CEDH se voulait « reine » de toutes les questions au niveau européen relatives aux droits de l'homme, à cet effet on lui doit de nombreuses avancées dans ce domaine. C'est pourquoi sa motivation ici est d'autant plus surprenante.

C'est dans cet esprit que le « *Feu* » Professeur Flauss avancera : « L'un des aspects saillants [...] est la volonté de la Cour de ne pas troubler dans toute la mesure du possible, l'ordonnement des règles du droit international général »¹⁸.

Ainsi dans les trois arrêts sur lesquels la Cour s'est prononcé le même jour¹⁹, cette tendance du respect du droit international est omniprésente notamment à travers un paragraphe commun à ces arrêts²⁰ : « La Convention y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats. »²¹

La Cour précisera par la suite qu'il s'agit de la mise en œuvre de l'article 31.3(c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoyant qu'il faut dans

¹⁶ Décision CEDH, *Al-Adsani*, 21 Novembre 2001, paragraphe 54.

¹⁷ Voir la note de bas de page (ci dessous « note ») 15.

¹⁸ J-F FLAUSS, « La compétence civile universelle devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, page 166.

¹⁹ La date de ces trois arrêts est le 21 Novembre 2001

²⁰ Ces trois arrêts sont: *Al-Adsani*; *Foraty*; *Mc Elhinney*.

²¹ CEDH, *Al-Adsani*, paragraphe 55; *Foraty* Paragraphe 35; *Mc Elhinney* Paragraphe 36.

l'interprétation d'un traité, « tenir compte de toutes règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties. »

Cependant cette approche reste très discutable car le juge européen dans sa détermination a pour seul souci de faire avancer le droit européen des droits de l'homme. A cet égard, on ne voit pas de quelle manière son positionnement franc sur cette question aurait un « effet perturbateur »²² sur le droit international. Étant donné notamment que cela ne s'appliquerait qu'aux Etats parties à la Convention sous le fondement suivant lequel, ces Etats ont acceptés de reconnaître aux individus sous leur juridiction un droit d'accès à un tribunal. Et il est difficilement soutenable qu'une telle initiative aille à l'encontre du droit international car, l'état du droit international est particulièrement incertain sur ce point, comme l'admet d'ailleurs cet arrêt. En effet, si certaines décisions ont maintenu l'immunité face à une violation des droits de l'homme²³, d'autres l'ont écarté au motif que : « L'immunité ne pouvait jouer lorsque l'Etat étranger a clairement agi en violation du droit international »²⁴.

Dans la présente affaire, le juge Loucaides dans son opinion dissidente soutenait qu'un contrôle de proportionnalité « normal » ne devrait pas conduire à un constat d'incompatibilité, l'immunité faisant totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans qu'il ait pour les requérants des moyens alternatifs adéquats d'obtenir satisfaction.

Le raisonnement du juge Loucaides paraît opportun quand il expose : « toute forme d'immunité générale, qu'elle repose sur le droit international ou sur le droit national, qu'un tribunal applique afin de faire totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans mettre en balance les intérêts concurrents, à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure pertinente, s'analyse en une limitation disproportionnée à l'art 6.1 de la convention, que par ce motif, elle enfreint ». C'est ainsi que cet auteur perçoit l'immunité de juridiction : comme un obstacle au droit d'accès à un tribunal.

²² *Op Cit* (note 3) page 633.

²³ C'est le cas par ex. dans l'affaire : *Princz*, (D.C. 1994), Voir aussi chr. Tomuschat p. 15

²⁴ *Von Dardel v. USSR*, 623 . Supp. 246, 253 (DDC 1985); 77 *ILR* 258, page 265

Certes ce développement de la Cour laisse assez perplexe, mais celle-ci ira encore plus loin en décidant d'ignorer la nature de l'acte dont il était question dans cette affaire à l'instar de la torture.

B- Le mépris de la nature de la violation : L'interdiction des actes de torture consacrées comme normes *jus cogens*

Dans cette affaire la Cour n'a pas pris en compte la nature de la règle de *jus cogens* sur la prohibition de la torture. C'est ainsi que deux tendances s'opposent : une, vraisemblablement pour qui la règle de *jus cogens* devrait primer en tant qu'hierarchiquement supérieure (1), et l'autre pour qui la nature civile de la contestation fait obstacle à la primauté de la règle prohibant la torture (2).

1- La vision des juges minoritaires

Si l'on considère que l'interdiction de la torture est une norme de *jus cogens*, il faudrait en tirer les conséquences c'est-à-dire : elle est censée primer sur toute autre norme et opérer par là une espèce de hiérarchie au sein de l'ordre juridique international²⁵. En découle l'opportunité de considérer certaines interdictions plus éminentes que d'autres.

« Une norme de *jus cogens* a cette caractéristique que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique international, vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. En cas de conflit entre une norme de *jus cogens* et toute autre règle de droit international, la première l'emporte ».

²⁵ Sur ce point Voir: E. de WET, « The Prohibition of torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law », 15 *EJIL* (2004) 97, 112 et seq.; Caplan Lee M., « State immunity, human rights, and jus cogens: A critique of the normative hierarchy theory », *The American journal of international Law*, October 2003, p.741-780.

Cette quasi-définition découle de l'opinion dissidente commune²⁶ et permet de comprendre l'ampleur de ce que représente une norme de *jus cogens* dans l'ordre juridique international.

Au terme d'une telle argumentation, un schéma se dessine naturellement : La prohibition de la torture : consacrée comme norme de *jus cogens*, la règle d'immunité: norme de droit international coutumier de qualité différente. Ainsi, en cas de conflit entre les deux : la règle de *jus cogens* étant logiquement supérieur devrait primer. C'est à cette même conclusion qu' en arrive les auteurs de cette opinion dissidente commune en ces termes : « (l)a norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouvent automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique »²⁷.

Cette approche des juges minoritaires dans leur opinion dissidente commune pour faire primer la norme de *jus cogens* paraît d'une simplicité déconcertante. Ainsi, quel est a été le procédé des juges majoritaires pour passer à coté d'un tel raisonnement ? Dans la pratique, est ce aussi simple ?

2- La vision des juges majoritaires

Dans cette décision²⁸, au support de son raisonnement, la Cour fait une habile distinction entre les immunités et la règle de *jus cogens*. Elle distingue en effet entre l'immunité en matière pénale où celle-ci est écartée comme dans l'*affaire Pinochet* et en matière civile où l'immunité n'aurait pas la même hiérarchie et primerait ainsi sur la norme de *jus cogens*.

Cependant, quel est le fondement de cette distinction (immunité en matière civile et immunité en matière pénale)?

²⁶ L'opinion dissidente commune a été exprimée par huit juges à l'instar de : Juge Rozaki et Caflisch à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic.

²⁷ CEDH *Al Adsani c. RU*, 21 Novembre 2001, opinion dissidente commune, Paragraphe 3.

²⁸ *Al-Adsani* (Note 16).

Pour les juges majoritaires, cette distinction est indispensable à faire en l'espèce car reflète l'état du droit international en la matière. Car avec notamment l'avènement de juridictions pénales internationales, les immunités sont devenues inopérantes dans ce cadre mais continuent de prévaloir devant d'autres juridictions dans des contestations de nature civile. Tel est l'état actuel de la pratique selon ces derniers.

Pour les juges de l'opinion dissidente commune : « (...) La distinction faite par la majorité entre procédure civile et procédure pénale pour déterminer l'effet de l'interdiction de la torture ne s'accorde pas avec la finalité des règles de *jus cogens*. Ce n'est pas la nature de la procédure mais la valeur de la norme impérative de la règle et de son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle de droit international. Règle de *jus cogens*, la prohibition de la torture s'applique sur le plan international, sur celui-ci prive de tous ses effets juridiques la règle sur l'immunité des Etats étrangers, peu importe le caractère civil ou pénal de la procédure interne»²⁹. Le Juge Loucaides quant à lui salue quasiment ce constat et va même plus loin en proposant que les immunités ne devraient pas seulement reculer en présence des violations des normes de *jus cogens*, mais dans tous les cas où les immunités en raison des actes en cause, constituent un privilège injustifié mettant un obstacle à l'accès au juge qui doit être garanti dans toute société démocratique comme l'a si souvent rappelé la Cour.

Il faut rappeler que la décision dans cette affaire a été adoptée à la majorité de neuf voix contre huit ce qui illustre l'ouverture du débat sur cette question et à cet égard, de nombreux auteurs ont exprimé leur désaveu.

²⁹ *Ibid*, paragraphe 4

II- Le « coup de frein » de la Cour dans une tendance générale à une limitation des immunités

Indépendamment de leur critiques, les auteurs s'accordent cependant sur le fait que la Cour, par ce jugement, aurait opéré un retour en arrière malgré toutes les raisons qui auraient pu la faire converger dans un autre sens.

A- Au mépris des pressions doctrinales³⁰

Face à cette décision, il est important pour le débat de noter l'attitude duale de la doctrine car : tant on a une critique très sévère vraisemblablement contre la décision de la Cour (1), tant la critique s'avère tout aussi dure à l'encontre de l'opinion dissidente commune (2).

1- La critique doctrinale de la décision de la Cour

Dans ce sens, nous nous concentrerons sur trois auteurs à l'instar de : Olivier de Frouville, Isabelle Pingel-Lenuzza et Andrea Bianchi.

- **Olivier de Frouville**³¹ : Ce dernier se montre assez déçu par la décision rendue par la cour et l'exprime en ces termes : « La cour a produit une jurisprudence pour le moins décevante, qui donne par ailleurs l'impression d'aller à contre courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme »³².

Il est possible de percevoir la déception de cet auteur à l'issue de cette décision qui suscitait sûrement beaucoup d'attente de sa part à l'aune de l'évolution sur cette question.

³⁰ On emploie l'expression de "pressions doctrinales" au regard notamment de l'abondance des écrits en ce sens qui aurait pu être perçu par cette juridiction comme une pression dans la prise de sa décision.

³¹ Olivier de Frouville est professeur de droit public à l'Université Paris II (Panthéon-Assas) et directeur-adjoint du Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire (C.R.D.H.)

³² O. de FROUVILLE, « Droit à un tribunal et immunités de juridiction », n°1, *RGDIP*, 2002, p.278.

- Pour sa part, **Isabelle Pingel**³³ retient quasiment la même critique en ces termes : « La Cour se place (...) à contre-courant de l'évolution générale et manque une nouvelle occasion de faire progresser le droit sur ce point. (...) Rendue à l'occasion de faits particulièrement graves, l'affaire Al-Adsani est révélatrice de l'extrême prudence dont fait preuve la Cour européenne lorsqu'elle est confrontée à la question de l'immunité des Etats »³⁴.

- **Andrea Bianchi**³⁵ se montre aussi très « cinglant » à l'encontre de cette décision suggérant la contrariété de cette décision au droit international coutumier codifié par la Commission de Droit International (CDI). Selon lui, « Les articles rédigés par la CDI consacrent expressément l'obligation de ne pas reconnaître les situations issues d'une violation grave des normes impératives du droit international. Chaque violation grave implique un devoir de non-reconnaissance des effets juridiques qui en découlent. La reconnaissance de l'immunité d'un Etat étranger ayant violé une norme impérative constituerait également une telle violation »³⁶.

Il ressort ainsi de ces trois critiques un refrain allant dans le sens d'un coup de frein de la Cour sur cette question et illustré par les termes suivants : « allé à contre courant », « la Cour se place à contre courant ». Ainsi, pour ces auteurs, la tendance va bien dans le sens d'une restriction des immunités en présence d'une violation des droits de l'homme. A cet égard, la cour aurait donc « raté le coche ».

Néanmoins, la critique n'est pas focalisée sur la décision comme il est de coutume mais elle est aussi faite à l'encontre de l'opinion dissidente commune des juges minoritaires.

³³ Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne et auteur de : «*Droit des immunités et exigences du procès équitable, actes du colloque du 30 avril 2004*».

³⁴ I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste », *RGDIP*, n°4, 2002, p. 898 et p. 903.

³⁵ Professeur à l'Institut des Hautes Etudes Internationales pour le Développement et auteurs de nombreux articles sur le sujet.

³⁶ Andréa BIANCHI, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, p.92.

2- La critique doctrinale de l'opinion dissidente commune

Certains auteurs trouvent à cette opinion dissidente un fondement plus politique que juridique³⁷ ce qui viendrait la dénier de pertinence. Cette dénégation se justifie notamment sous l'angle des motifs employés à l'instar de la hiérarchie des normes en droit international qui n'est pas jusqu'à présent reconnu dans l'ordre juridique international. Même si la critique de cette opinion, se comprend sur le fond, sur la forme les maladresses subsistent.

Dans ce débat doctrinal c'est à bon droit qu'un auteur réfute la théorie avancée par les juges de l'opinion dissidente à savoir que : la théorie de la hiérarchie des normes serait ici difficilement soutenable, en soutient à ses propos, **Pierre d'Argent**³⁸ énonce : « L'immunité n'efface aucune illicéité et ne rend pas conforme au droit ce qui le contredit (...) Elle empêche seulement à un acteur étatique (un juge) de constater l'éventuelle contrariété au droit du comportement d'un Etat étranger. On ne saurait y voir le signe que l'ordre juridique international viendrait tolérer la commission d'illicéités (graves). Il faut plutôt comprendre que les immunités témoignent de ce que ce même système entend confier leur sanction à d'autres autorités, selon d'autres mécanismes »³⁹.

Toutefois ce constat est certes pertinent mais le fait est qu'on en arrive au même résultat : Une impunité pour des atteintes graves aux droits de l'homme sous couvert de l'immunité.

Il est clair que l'immunité en elle-même n'efface pas l'illicéité mais cela n'est que le résultat d'un concours de circonstance qui aboutit à une apparence de tolérance de l'ordre juridique international de certains faits notamment à l'aune de l'auteur de l'acte.

³⁷ A l'endroit notamment de Brigitte Stern

³⁸ Pierre d'ARGENT est Professeur à l'université Catholique de Louvain et auteur de : « *Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme* ».

³⁹ P. D'ARGENT, « Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme », *International Law Forum du droit international*, n°1, 2003, p.22.

Dans l'affaire *Al-Adsani*, cela se ressent d'autant plus car cet homme cependant victime d'actes de torture n'a pu obtenir justice.

Pour **Brigitte Stern**⁴⁰, « Toute la question est de savoir si l'on peut vraiment en toute rigueur juridique et non du point de vue des préférences politiques, tenir un tel raisonnement qui pourrait avoir des conséquences bouleversantes pour l'ordre juridique international. » pour soutenir son propos, celle-ci prend un exemple qui illustre aisément la difficulté d'une telle approche : « Supposons ainsi qu'un Etat souhaite mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat pour acte de torture devant la CIJ, alors que ce dernier n'a pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Ne devrait-on pas soutenir en application du raisonnement de l'opinion dissidente, que la règle de *jus cogens* d'interdiction de la torture doit l'emporter sur la règle exigeant un consentement de l'Etat pour que celui-ci puisse être poursuivi sur le plan international devant la juridiction de la Haye pour actes de tortures ? »⁴¹. Critiquant cette opinion dissidente, celle-ci ne se rallie toutefois pas à l'opinion majoritaire faisant valoir qu'il aurait été préférable de se prononcer sur le terrain de la qualification des actes pouvant bénéficier ou non des immunités c'est-à-dire, les actes de torture à l'Etat du Koweït auraient dû être considérés comme des actes publics n'entrant pas dans les fonctions d'un Etat souverain, et en tant que tels comme ne bénéficiant pas de l'immunité⁴².

Cette approche semble être une base assez solide pour la promotion des droits de l'homme et est conditionnée à une énième subdivision des immunités. Cela impliquera de faire des sous catégories dans la partie réservée aux actes *jure imperii*.

⁴⁰ Brigitte Stern est professeur de droit international à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne et a été professeur également à l'Institut des Hautes Etudes Internationales (HEI) de Genève.

⁴¹ Brigitte STERN « Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des Etats et chefs d'Etats en cas de crime de droit international ? » *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, 2004, pp. 511-548.

⁴² Tel est l'approche développée devant les tribunaux pénaux internationaux,

B- Au profit de la subdivision traditionnelle : actes *jure gestionis* – actes *jure imperii*

1- L'actualité de cette subdivision

Le régime des immunités a profondément évolué. A l'origine celles-ci étaient absolues et au cours des siècles, elle a dû laisser place à une immunité restreinte. Selon cette conception, l'Etat devient justiciable mais, que pour les actes *jure gestionis* (actes de gestion) qu'une personne privée pourrait tout aussi bien exercer. Cependant l'immunité serait maintenu pour d'autres actes souverains à l'instar des actes *jure imperii*.

Ce régime qualifié de traditionnel demeure à tort incontesté en doctrine. Ainsi comme le remarque Bianchi : « L'examen attentif de la pratique internationale démontre que cette distinction entre la nature publique et privée de l'acte de l'Etat étranger ne correspond plus à la réalité».

Ce concept a vu émerger de plus en plus d'exceptions au fil des temps et cette dichotomie perd de sa pertinence face à des exceptions toujours nombreuses. Et la tentation serait grande d'envisager une nouvelle division des immunités⁴³.

Cette réalité de la réduction perpétuelle de la sphère réservée à l'immunité absolue n'est pas prise en compte par la CEDH dans cette affaire qui ne fait que se borner à la division traditionnelle⁴⁴ et rate ainsi l'occasion de faire avancer le droit.

Cela dénote sans doute d'une peur de la CEDH d'empiéter dans le domaine du droit international qu'elle tient à respecter comme nous l'avons vu ci-dessus.

⁴³ Comme le propose la Professeur(e) Brigitte Stern.

⁴⁴ Selon l'appellation d'Andrea Bianchi.

2- La pertinence d'actes *jure imperii* accomplis en violation des droits de l'homme

Admettre le raisonnement de la CEDH serait mettre un obstacle au développement des droits de l'homme. Cependant, serait-il envisageable pour un acte de *jure imperii* d'être accompli en violation des droits de l'homme ? La réponse à cette question semble être négative tant dans les rangs des auteurs tels que Andréa Bianchi que devant les juridictions pénales internationales. Ainsi, dès le moment où un Etat accomplit des actes en violation des droits de l'homme, ceux-ci devraient être déclassifiés car ne pouvant pas entrer dans la catégorie d'actes souverains de l'Etat.

Cependant ce n'est pas la position que semble prendre la Cour dans cette affaire. En effet, celle-ci se borne à une application obtuse de cette subdivision⁴⁵ qui pourrait pourtant apparaître aujourd'hui comme désuète.

Cette volonté de la Cour d'ignorer la nature de l'acte, pourrait s'expliquer par une absence de disposition dans la Convention lui permettant de se pencher sur cette question. Cependant, il existe une disposition essentielle permettant à la Cour de contourner ses difficultés, il s'agit de l'article 6.1.

SECTION 2 : LE DROIT D'ACCES A UN TRIBUNAL COMME SEULE LIMITATION CONFIRMEE A L'IMMUNITE.

L'article 6.1 pourrait être qualifié de polyvalent au sein de la convention Européenne des Droits de l'Homme, il a un rôle fondamental à jouer pour l'émergence d'une société démocratique⁴⁶. A cet égard, son usage dans l'étude de cette question pourrait se faire sous deux angles : d'une part dans un souci de promotion du droit (I), et d'autres part comme fondement d'une exception à l'immunité (II).

⁴⁵ Entre les actes *jure gestionis* et ceux *jure imperii*.

⁴⁶ Comme exprimée dans l'affaire *Golder c. RU*, 21 Février 1975 (No 4451/70).

I- **L'article 6 : un outil indispensable devant la Cour pour la promotion du droit**

A- **L'art 6 : comme unique base dans la Convention permettant de trancher la question relative à l'immunité**

1- **La recherche progressive d'un cadre d'étude pour les immunités :**

La base légale pour les études des immunités ne s'est pas d'emblée imposée comme une évidence. Des réflexions ont été faites au support de diverses théories et d'autres articles.

Cela passant tant par la théorie des obligations positives que par celle de l'égalité des armes :

a- **La théorie des obligations positives et l'immunité :**

L'argumentaire sur cette base a été développé par le requérant dans l'affaire *Al Adsani* et celui-ci consistait à soutenir que le requérant était lié par une obligation positive tirée de la combinaison des articles 1,3 et 13 de lui offrir une voie de recours civile pour les tortures que les autorités koweïtiennes lui auraient infligées. En d'autres termes, la Cour était appelé à envisager l'immunité juridictionnelle reconnue à l'Etat koweïtien à la lumière de l'obligation positive qui incomberait au Royaume Uni d'octroyer au requérant une voie de recours civile.

Certes la jurisprudence relative aux obligations positives se révèle être très importante depuis l'arrêt : *X et Y c. Pays Bas* du 26 Mars 1985.

La Cour a reconnu à plusieurs reprises et sans hésitation l'applicabilité de cette théorie. Toutefois, mais dans cette affaire la Cour était invité par le requérant à aller plus loin en reconnaissant que le Royaume Uni avait en vertu des articles 1,3 et 13 de la Convention avait l'obligation de lui offrir une voie de recours civile pour les actes de tortures qu'une autorité étrangère lui avait infligés. La Cour a rejeté cette référence estimant que : « Cette obligation ne vaut toutefois que pour les mauvais traitements dont

il est prétendu qu'ils ont été commis dans la juridiction de l'Etat»⁴⁷. En d'autres termes, la Cour estime qu'un Etat partie à la Convention n'est tenu d'octroyer un recours effectif que lorsque la violation alléguée est imputable à ses propres autorités. Toutefois, cette interprétation donnée à la convention paraît en parfaite harmonie avec l'économie générale de la Convention⁴⁸.

b- L'égalité des armes :

Cet argument n'a pas été invoqué devant la Cour, mais plutôt en doctrine. A cet égard, l'immunité poserait un problème puisqu'elle accorderait à l'Etat étranger défendeur le privilège de ne pouvoir être assigné que devant ses propres tribunaux et obligerait ainsi le demandeur privé à saisir un tribunal étranger en le mettant par conséquent dans une situation de net désavantage. Certes c'est à bon droit que cet argument peut être élevé, mais *quid* de sa pertinence.

Ce principe de l'égalité des armes comme élément fondamental du procès équitable a été affirmé très tôt par la Cour de Strasbourg, dans la décision de la Commission Européenne du 30 juin 1959 *Swabowicz c/ Suède*: « Le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »⁴⁹, puis réaffirmé dans l'arrêt *Delcourt* en 1970, où la Cour précise que « même en l'absence de partie poursuivante, un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse »⁵⁰. Toutefois, ce n'est que dans l'arrêt *Borgers*⁵¹ que la Cour reconnaîtra une violation de ce principe de l'égalité des armes.

⁴⁷ *Op cit*, Note 16, paragraphe 38.

⁴⁸ *Op Cit*, Note 15, pp. 628.

⁴⁹ CEDH., Affaire SZWABOWICZ c/ Suède, 30 juin 1959. Annuaire II, p.535.

⁵⁰ CEDH, *Delcourt c/ Belgique*, 17 janvier 1970, Paragraphe 34.

⁵¹ CEDH, *Borgers c/ Belgique*, 30 octobre 1991.

Cependant, s'il est bien établi qu'en vertu de ce principe, toute partie doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage par rapport à la partie adverse, il n'est en revanche pas établi que cette exigence commande de manière absolue l'égalité des statuts procéduraux des parties⁵².

Qu'à cela ne tienne, cet argument ne semble pas pertinent pour le cas d'espèce. C'est ainsi que l'article 6.1 apparaîtra comme une consécration :

2- La consécration de l'article 6.1 CEDH comme cadre d'étude :

Depuis l'arrêt *Golder* du 21 Février 1975⁵³, la cour européenne affirme que : « La prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux ». C'est dans ce but que la Cour ne cessera de donner une interprétation assez « audacieuse » de ce droit⁵⁴.

Et c'est à cet égard que cet article est présenté par certains auteurs⁵⁵ en ces termes: « nous pensons [...] que l'art 6.1 de la Convention constitue l'unique cadre qui permet d'appréhender les immunités d'Etats ». ⁵⁶

Cet article est l'élément central du concept de la primauté du droit et s'énonce comme suit :

ARTICLE 6

Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère

⁵² *Op Cit*, Note 15, pp. 627.

⁵³ *Op Cit*, (Note 46).

⁵⁴ Selon les propos d'Isabelle Pingel. Toutefois, sur cette question, voir F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^e éd., PUF, 2005, no 203 et s.

⁵⁵ A l'instar de Fouad Zarbiev

⁵⁶ *Op Cit* (note 15) page 632.

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

Le langage employé dans ce paragraphe pourrait sembler quelque peu ambiguë dans la mesure où il ne mentionne pas explicitement le droit d'accès à la justice. Mais cette omission est certes volontaire et dédiée à une interprétation extensive de cette disposition.

La règle d'immunité de juridiction en tant qu'obstacle procédural a pour conséquence de soustraire les Etats notamment dans le cadre de leurs fonctions impérieuses à d'éventuelles poursuites devant les tribunaux, ce qui conduit notamment à priver le justiciable de l'accès aux tribunaux. C'est en ce sens que cet article est d'une opportunité certaine dans de telles affaires en ce qu'il contribue à limiter ces immunités de juridictions au nom du droit d'accès aux tribunaux.

Cependant pour la pleine application de cet article deux conditions doivent être réunies, à savoir : d'une part, l'immunité dont il est question devra être une limitation fonctionnelle qui poursuit un but légitime et d'autres part, qu'il existe des recours alternatifs disponibles et efficaces pour les victimes. Dans l'évaluation de ces conditions, la Cour en arrive à un résultat assez étrange au terme d'un développement pour le moins déroutant.

B- L'interprétation décevante de l'article 6.1

L'usage fait la Cour de cet article apparaît pour certain auteurs comme surprenant⁵⁷ et pour d'autres décevant⁵⁸.

⁵⁷ Selon les propos d'Andréa Bianchi., Cf. Note 36, page 94.

⁵⁸ A l'instar de Frouville

L'applicabilité de l'article 6 face aux questions relevant de l'immunité des organisations internationales est un acquis depuis les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne* rendu par la CEDH le 18 Février 1999. Cependant en matière d'immunité des Etats la Cour tergiverse encore comme on le constate aisément dans la jurisprudence *Al Adsani*. L'application de l'article 6.1 a été écartée dans cette affaire au nom de la légitimité de la reconnaissance par les tribunaux du Royaume Uni de l'immunité du Koweït. A cet égard, la Cour précise que : « l'octroi de l'immunité souveraine à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat »⁵⁹. A ce propos, Isabelle Pingel remarquera pour sa part que : « ... le caractère 'légitime' de l'octroi de l'immunité est tout sauf évident si l'on se place sous l'angle de la personne privée que, par essence il conduit à ignorer »⁶⁰.

Cette remarque est adaptée car pour l'étude de cette légitimité et de cette proportionnalité la Cour s'est limité à « un coup d'œil » du droit international sans réellement prendre en compte la situation de la présumée victime qui du fait d'une telle décision se trouvera privée d'une justice. Cependant, cette position est à relativiser au regard du débat que cela a suscité entre les juges, la majorité restreinte obtenue à l'issu de cette décision met en évidence une possibilité de changement dans un futur proche.

Cette affirmation de la Cour est d'autant plus surprenante car résultant d'un organe juridictionnel de protection des droits de l'homme jusqu'ici toujours sensible à une interprétation évolutive des dispositions de la Convention.

Il est cependant difficile d'argumenter sur ce point tant il est évident que la Cour a fait preuve d'une attitude rétrograde. Comment justifier un tel recul ? Dans une tentative d'explication, A. Bianchi se livre à une âpre critique des juges majoritaires en ces termes : « La méconnaissance du droit international par certains juges, ajoutée à un excès de prudence a anéanti l'opportunité qui s'offrait à la Cour d'apporter une contribution décisive au développement du droit international dans un domaine dépassant le seul cadre

⁵⁹ Op Cit, Note 16, paragraphe 54.

⁶⁰ Op Cit, Note 34 p. 896

de la Convention européenne »⁶¹. Ainsi l'explication se trouverait dans la formation des juges. Il est préférable de sortir de telles considérations et de rester sur un point de vue juridique même si celui-ci ne nous éclaire pas d'avantage sur les réelles motivations de la Cour.

Toutefois, dans l'attente de la prochaine décision de la Cour à cet effet, notons que, les immunités de juridictions, même si donnant l'image d'institution absolue souffrent toutefois de limitations à certains égards.

II- L'article 6.1 : une limite aux immunités de juridiction des Etats.

Décidément, cet article 6.1 est un instrument assez polyvalent conformément au vœu de la CEDH qui voulait en faire un instrument dynamique. Autant, cet article à l'issu d'un raisonnement discutable fait primer l'immunité sur la violation dont il était question dans l'affaire *Al-Adsani*. C'est le même article qui sert pour limiter cette institution.

A- L'exception reconnue aux immunités juridictionnelles concernant les contrats de travail

1- La consécration textuelle

La jurisprudence et les textes internationaux convergent sur ce point. Peut-être c'est cela qui explique l'évolution de la jurisprudence de la CEDH.

La disposition pertinente à cet effet est l'article 11 de la convention sur les immunités de ce texte qui s'énonce comme suit :

Article 11 par la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2004

⁶¹ Voir l'opinion séparée du juge Pellonpää, à laquelle le juge Bratza déclare se rallier, qui précise : « Lorsqu'on aborde des questions clés du droit international général, notre cour doit se montrer très prudente avant de faire figure de précurseur ».

Contrats de travail

1. À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État.

Article 5.1 de la Convention européenne relative aux immunités :

1. Un Etat contractant ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant si la procédure a trait à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne physique, lorsque le travail doit être accompli sur le territoire de l'Etat du for.

Au support de ces articles l'avancée rapide de la CEDH sur ce point se comprend aisément eu égard à la sécurité que représente un texte bien établi en la matière et une pratique dans ce sens dans les ordres juridiques nationaux. Ce qui était loin d'être le cas dans l'affaire *Al-Adsani*.

2- La consécration jurisprudentielle :

Aujourd'hui sur cette question, la jurisprudence pourrait être qualifiée de définitive. Pour illustrer cette convergence jurisprudentielle devant la CEDH, nous prendrons trois exemples avec des faits plus ou moins similaires concernant dans les trois cas les litiges des employés d'ambassades :

a- *Cudak c. Italie : 23 Mars 2010*

Faits :

En novembre 1997, Mme Čudak ressortissante lituanienne fut recrutée par l'ambassade de la République de Pologne à Vilnius pour travailler comme secrétaire-standardiste. Définies

dans son contrat de travail, ses fonctions étaient celles classiquement attribuées aux personnes occupant un tel emploi.

En 1999, Mme Čudak saisit le médiateur lituanien pour l'égalité des chances d'une requête dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet d'un harcèlement sexuel de la part de l'un de ses collègues masculins et être tombée malade à la suite de ses agissements. Le médiateur procéda à une enquête et conclut que l'intéressée avait effectivement été victime de harcèlement sexuel. Lorsqu'après deux mois de congé de maladie Mme Čudak se présenta à son travail le 29 octobre 1999, elle se vit refuser l'accès au bâtiment. Elle se plaignit alors par écrit à l'ambassadeur et, quelques jours plus tard, le 2 décembre 1999, elle se vit notifier son licenciement pour absence au travail pendant la dernière semaine de novembre 1999. Elle intenta une action en licenciement abusif devant **les juridictions civiles, qui se déclarèrent incompétentes pour connaître de la cause sur la base de la doctrine de l'immunité de juridiction des Etats**, qui avait été invoquée par le ministère polonais des Affaires étrangères et en vertu de laquelle un Etat ne peut être soumis à la juridiction d'un autre. La Cour suprême lituanienne jugea en particulier que Mme Čudak exerçait des fonctions de service public dans le cadre de son emploi auprès de l'ambassade polonaise à Vilnius et elle établit que, à s'en tenir simplement à l'intitulé du poste de l'intéressée, on pouvait conclure que les fonctions dont celle-ci était investie facilitaient dans une certaine mesure l'exercice par la République de Pologne de ses fonctions de souveraineté, ce qui justifiait l'application de la règle de l'immunité des Etats⁶².

Le 4 décembre 2001, Mme Čudak saisit la Cour européenne des droits de l'homme, qui déclara sa requête recevable le 2 mars 2006. Le 27 janvier 2009, la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée se dessaisit en faveur de la Grande Chambre, conformément à l'article 301 de la Convention.

b- Guadagnino c. Italie : 18 Janvier 2011 :

Faits :

Mme Guadagnino une ressortissante italienne, née en 1936 et résidant à Rome travailla de 1969 à 1996 à l'Ecole française de Rome. Elle initia deux procédures juridictionnelles en Italie, en lien avec cet emploi.

⁶² Arrêt CEDH Cudak c. Lituanie, 23 Mars 2010.

La procédure initiée par Mme Guadagnino tendait à contester le licenciement dont elle fit l'objet en 1996, au motif qu'elle avait atteint la limite d'âge de 60 ans. Arguant que la limite d'âge fixée par le droit italien était de 65 ans et non 60, en septembre 2007 elle assigna l'Ecole devant le tribunal d'instance de Rome afin d'obtenir l'annulation du licenciement et sa réintégration à son poste, ainsi que le paiement de certaines rétributions. La Cour de cassation italienne déclara à nouveau le juge italien incompetent, s'agissant des demandes relatives à la légitimité du licenciement ; elle souligna que selon sa jurisprudence constante, les procédures concernant le personnel des institutions culturelles de France relevaient du juge français. Concernant le paiement de rétributions en revanche, le juge italien était compétent. Malgré cela, Mme Guadagnino ne reprit pas la procédure devant le tribunal d'instance italien.

En juillet 2001, Mme Guadagnino saisit le Conseil d'Etat français de demandes portant sur la reconstitution de sa carrière et l'annulation de son licenciement (y inclus le paiement de rétributions). Le Conseil d'Etat rejeta ses demandes, jugeant que les juridictions administratives françaises n'avaient pas compétence dans ces affaires⁶³.

c- Sabeh El Leil c. France : 26 Juin 2011 :

Faits :

Le requérant, M. Farouk Sabeh El Leil, est un ressortissant français. Par un contrat à durée indéterminée du 25 août 1980, il fut engagé comme comptable par l'ambassade du Koweït à Paris. Il fut promu chef comptable en 1985. En mars 2000, l'Ambassade licencia le requérant pour motifs économiques, invoquant en particulier la restructuration de l'ensemble de ses services. M. Sabeh El Leil saisit alors le conseil de prud'hommes de Paris, qui, par un jugement rendu en novembre 2000, lui octroya diverses indemnités d'un montant total de 82 224,60 euros. Contestant le montant des sommes accordées, le requérant interjeta appel. La cour d'appel de Paris, infirma le jugement de première instance, concluant en particulier à l'irrecevabilité de l'action de M. Sabeh El Leil en application de l'immunité de juridiction dont bénéficiait l'Etat du Koweït, lequel ne pouvait en conséquence être attiré devant les tribunaux français⁶⁴.

⁶³ Arrêt CEDH Guadagnino c. Italie et France, 18 Janvier 2011, No 2555/03

⁶⁴ Arrêt CEDH Sabeh El Leil c. France, requête No 34869/05.

Dans ces affaires, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme avait à se prononcer sur l'étendue et la portée de l'immunité juridictionnelle des États, en particulier sous l'angle des contentieux de travail impliquant des employés d'ambassades et d'autres organes diplomatiques.

Cependant, le fait que la Convention des Nations Unies sur les immunités ne soit pas encore entrée en vigueur ne semble pas poser de problème à la Cour car celle-ci intègre cette disposition comme reflétant le droit international coutumier en la matière en soulignant qu'il « est bien établi en droit international que, même non ratifiée, une disposition d'un traité peut avoir force contraignante, en plus des obligations créées pour les parties contractantes, si elle reflète le droit international coutumier, soit qu'elle «codifie» ce dernier, soit qu'elle donne naissance à de nouvelles règles coutumières »⁶⁵. Selon les juges, la Convention de 2004 relève bien de cette hypothèse, de sorte que son article 11 « s'applique au titre du droit international coutumier, et ce même si l'État n'a pas ratifié cette convention, dès lors qu'il ne s'y est pas non plus opposé »⁶⁶. Dès lors, la Cour estime « que les dispositions de la Convention de 2004 s'appliquent au titre du droit international coutumier » et qu'elle en « tiendra compte en examinant si le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1 a été respecté » (§ 57), ceci après avoir noté que même « si la France n'a pas ratifié cette convention, elle ne s'y est [toutefois] pas opposée » (§ 56).

Ainsi, tel est le mécanisme utilisé par la Cour. Cependant, la Cour apparaît avec cette interprétation pour l'application de l'article 11 sous un jour dynamique contrairement à l'image qu'elle a donné jusqu'ici. Et même, en vue d'une économie de

⁶⁵ Op Cit, Note 62, Paragraphe 54

⁶⁶ Paragraphe 54 – Cour EDH, G.C. 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, Req. n° 15869/02, § 66-67 – ADL du 24 mars 2010 ; Sur cette idée, v. Cour EDH, G.C. 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Req. n° 34503/97 – ADL du 14 novembre 2008 ; v. d'autres exemples d'interprétation des dispositions conventionnelles à l'aune de textes internationaux : Cour EDH, 4^e Sect. 21 juin 2011, *Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie*, Req. n° 5335/05 – ADL du 22 juin 2011 ; Cour EDH, 1^e Sect. 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, Req. n° 2700/10 – ADL du 13 mars 2011

moyens, la Cour aurait pu se borner à l'application de l'article 11 ou 5.1 de la Convention européenne sur les immunités de juridiction.

Néanmoins, arrivé au terme de cette partie, la réponse à la question initiale reste pendante. En effet, il s'agissait de savoir si les violations des droits de l'homme pouvaient constituer une limite aux immunités de juridiction devant la CEDH.

B- L'interrogation toujours pendante au sujet des « violations graves des droits de l'homme » : limitation ou exception à l'immunité ?

Au terme de ces développements, il est évident que la réponse à cette question sera négative. Toutefois, un constat s'impose, la Cour n'étudie pas ces questions sous l'angle des violations des droits de l'homme mais sous l'angle du droit d'accès à un tribunal, on peut espérer qu'après des débats aussi nourris en termes d'arguments la Cour se donnera l'occasion de renverser sa jurisprudence notamment pour ce qui est des griefs invoquant les violations graves des droits de l'homme.

Ainsi, les violations des droits de l'homme ne constituent en elle-même ni une limite à l'immunité, ni une exception à l'immunité. Cependant on pourrait les aborder dans le cadre de l'art 6.1 à la condition que celles-ci poursuivent un but légitime et soit proportionnées.

Est-il possible qu'une restriction du droit d'accès au tribunal à la suite d'une violation des droits de l'homme poursuive un but légitime ?

Au terme de cette analyse de la jurisprudence devant cette juridiction spécialisée l'impression reste assez décevante ce qui nous amène à nous poser la question de l'état de cette discussion devant une juridiction de droit international à caractère général à l'instar de la Cour Internationale de Justice.

CHAPITRE 2 : LE « RENDEZ-VOUS MANQUÉ » DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.

La Cour internationale de Justice (Ci-dessous CIJ) est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Elle a été instituée en juin 1945 par la Charte des Nations Unies et a débuté son activité en avril 1946. Elle succède à la Cour permanente de Justice internationale instituée en 1920 sous l'égide de la Société des Nations⁶⁷.

La Cour a son siège au Palais de la Paix, à La Haye (Pays-Bas). C'est le seul des six organes principaux des Nations Unies à ne pas avoir son siège à New York (Etats-Unis d'Amérique).

La mission de la Cour est de régler, conformément au droit international, les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis par les Etats et de donner des avis consultatifs sur les questions juridiques que peuvent lui poser les organes et les institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies autorisés à le faire.

La Cour se compose de quinze juges, qui sont élus pour un mandat de neuf ans par l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité des Nations Unies. Elle est assistée du Greffe, son organe administratif. Ses langues officielles sont le français et l'anglais.

L'essentiel du contentieux devant la CIJ porte sur les délimitations territoriales (les frontières) et ce n'est que très peu qu'elle a été saisie des questions relatives à l'opposition entre l'immunité en droit international et les violations graves des droits de l'homme. Cependant, la Cour a rendu très récemment une décision⁶⁸ sur cette question et c'est de la posture de la Cour face à cette question que nous étudierons dans la suite de ce travail.

⁶⁷ Voir : <http://www.affaires-strategiques.info/spip.php?article1785>, Sylvie Guelluy, juriste, « Vers une justice internationale effective ? » 5 août 2009

⁶⁸ CIJ, Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie, 3 Février 2012.

A cette occasion, la Cour a adopté une approche qu'on pourrait qualifier de conservatrice ou traditionnaliste (Section 1) qui dénoterait d'une prudence de sa part en vue de ne pas avancer plus vite que la pratique des Etats (Section 2)

SECTION 1 : L'APPROCHE TRADITIONNELLE DE LA C.I.J. CONFRONTÉE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ETATS.

Le droit international comme toutes les autres branches du droit est évolutif. A cet égard, il a dû de manière progressive prendre en compte les droits de l'homme et aujourd'hui ces derniers font parti intégrantes de son *corpus* à tel point que d'aucun parlent : « d'une invasion des droits de l'homme dans le droit international et dans l'importance désormais accordée au pouvoir de réclamer »⁶⁹. Toutefois, cette opinion n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine car d'autres préférant continuer à avancer avec une approche assez traditionnelle du droit international. Et c'est curieusement cette approche qui semble se dégager devant la C.I.J. tant dans l'affaire du mandat d'arrêt de 2002 (Aussi connu sous le nom de *Yerodia*) que 10 ans plus tard dans l'affaire opposant l'Italie à l'Allemagne du 3 Février 2012. Par cette dernière la C.I.J. montre son attachement au respect de l'immunité des Etats, norme coutumière du droit international. A cet égard, son approche pourrait paraître particulière (I) car par là, et notamment dans sa dernière décision, la Cour s'obstine à n'observer que la pratique des Etats au mépris des apports doctrinaux (II).

⁶⁹ Selon l'expression de J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, 6^e éd., 2004, p. 321. Sur l'émergence des droits de l'homme en droit international, v. par ex. H. RUIZ-FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », *Mél.* Fromont, PU Strasbourg, 2001, p. 371.

I- La relation singulière de la C.I.J. avec l'immunité de juridiction

A- Une trajectoire ouvertement en faveur de l'immunité.

Après cette brève présentation de la cour, il convient de retenir une date : 1920 qui représente le début d'activités de cette dernière, elle a certes changé de nom mais le contenu peut sembler identique. Ainsi, dans le statut de la Cour il apparaît clairement que celle-ci est sensé régler les différends de droit international⁷⁰ tel est son mandat. Eu égard à cela la Cour est très attaché à certains principes qui pourraient-on dire fondent le droit international à l'instar notamment du principe de souveraineté, d'égalité des Etats, de consensualisme vers lesquels sa jurisprudence semble naturellement s'orienter. Pour protéger en quelque sorte une certaine idée du droit international la C.I.J. a souvent entretenu des relations complexes avec de nouveaux concepts à l'instar des normes de *jus cogens*. Et il peut à cet égard s'avérer logique d'observer qu'en cas de conflit entre une institution telle l'immunité⁷¹ et les normes de *jus cogens* ou encore les violations graves des droits de l'homme, la Cour semble privilégier la première. Mais cette approche apparaît dangereuse pour certains acteurs de la doctrine à l'instar Albert de la Pradelle qui n'ont cessé de rappeler la place des droits de l'homme dans le développement du droit international :

« Il est extrêmement grave et dangereux que le droit international se forme sur la conception de droits et de devoirs réciproques des différents États. (. . .). Cette définition, on doit l'écartier. (. . .) Elle devient immédiatement périlleuse en menant les États à ne se préoccuper, dans l'organisation et le développement du droit international, que de leurs libertés particulières réunies sous une expression nouvelle qui est celle de *souveraineté*⁷² ».

⁷⁰ Article 36(2) du statut de la Charte des Nations Unies.

⁷¹ Qui est une norme coutumière du droit international

⁷² A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des Hautes Études Internationales/Centre Européen de la Dotation Carnegie, Novembre 1932/Mai 1933, pp. 33-34.

La Cour prend t-elle en compte ces préoccupations dans sa détermination ? Nous le verrons justement au travers des affaires dont elle a été saisie relatives aux immunités.

La CIJ n'a eu à se saisir que rarement de la question du traitement de l'exception d'immunité face aux violations graves des droits de l'homme. Mais à l'issu de ses saisines relatives à cette question, il en ressort notamment deux arrêts :

B- L'affaire du mandat d'arrêt et le statu quo de la CIJ :

1- Les faits

Cet arrêt a été rendu le 14 Février 2002 dans l'affaire République Démocratique du Congo (RDC) c. Belgique portant sur les controverses entourant l'immunité dont jouit un ministre des affaires étrangères lorsqu'il est en exercice.

A l'origine de cet arrêt, un mandat d'arrêt international avait été émis à l'encontre du Ministre des affaires étrangères de la République Démocratique du Congo (RDC) : Abdulaye Yerodia Ndombasi. Celui-ci était accusé de crimes contre l'humanité et de crimes constituant des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949. C'est ainsi que la RDC saisit la Cour en avançant l'argument qu'en émettant et en diffusant internationalement le mandat d'arrêt du 11 Avril 2000, la Belgique avait violé la règle de droit international coutumier relative à l'inviolabilité et l'immunité pénale absolue des ministres des affaires étrangères en fonction et ce faisant, avait porté atteinte au principe de l'égalité souveraine entre les Etats.

2- Le raisonnement de la Cour

Au cours de cet arrêt l'opportunité a été offerte à la Cour de se prononcer sur l'hypothèse de violations graves des droits de l'homme à savoir les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre prétendument commis. Serait-ce une exception à l'immunité ? Dans sa réponse la Cour rappelle l'objet des immunités dans une telle

hypothèse c'est-à-dire permettre au ministre dont il était question de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'Etat qu'il représente. Au regard d'un des arguments de la Belgique selon lequel les ministres des affaires étrangères ne jouissent d'aucune immunité lorsque pèse sur eux le soupçon d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ; la Cour fait part de ses observations après l'analyse de la pratique des Etats. Elle conclut qu'elle n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence en droit international coutumier d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité⁷³.

Par cette analyse, la Cour rejette le critère de gravité de la violation comme potentielle limite à l'institution que représente l'immunité. Toutefois, la Cour peut bénéficier de circonstances atténuantes au regard notamment de la date de ce jugement. En effet, cette décision a été rendue en 2002 et la pression en ce moment là n'était pas la même que 10 ans plus tard quasiment au jour près lorsqu'elle a rendu une nouvelle décision sur cette question. Depuis la décision de 2002, de nombreuses voix se sont élevées en critiques à l'encontre de cette décision.

Des critiques sont notamment observables dans les opinions dissidentes ayant accompagnées cette décision à l'instar de celle faite par le juge Oda et par le juge ad hoc Van den Wyngaert⁷⁴. La critique de juge ad hoc touche l'essence même de la décision car contrairement à la Cour elle ne reconnaît pas l'existence de règles de droit international coutumier conférant l'immunité aux ministres des affaires étrangères en exercice et surtout, lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Elle l'exprime ainsi par les propos suivants⁷⁵:

« Je suis donc d'avis que, en jugeant que les ministres des affaires étrangères en exercice bénéficient d'une immunité totale de juridiction pénale (par. 54 de l'arrêt), la

⁷³ Il convient de noter que cet arrêt a été rendu avant la mise en place de la Cour Pénale Internationale qui a par la suite écarté les immunités pour des faits similaires lorsque la personne est soupçonnée de crimes les plus graves indépendamment de sa qualité officielle. Mais une telle règle était déjà présente tant dans le statut de Nuremberg que devant les tribunaux *ad hoc*.

⁷⁴ Actuellement juge à la Cour Pénale Internationale.

⁷⁵ Paragraphe 23 de l'opinion dissidente de la juge Van den Wyngaert dans l'affaire Mandat d'arrêt de 2002.

Cour est parvenue à une conclusion dépourvue de fondement en droit international positif. Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour aurait dû s'assurer qu'il existait un *usus* et une *opinio juris* établissant une coutume internationale en la matière. Il n'existe ni *usus* ni *opinio juris* établissant l'existence d'une coutume internationale en ce sens, il n'existe aucun traité sur ce point et la doctrine juridique ne semble pas étayer cette thèse. La conclusion de la Cour ne tient pas compte de la tendance générale de restreindre l'immunité des représentants de l'Etat (y compris les chefs d'Etat), non seulement dans la sphère du droit privé et du droit commercial - qui limitent de plus en plus le principe, autrefois sacro-saint - mais également en droit pénal, lorsque sont allégués des crimes graves au regard du droit international »⁷⁶.

La critique est certes très dure à l'encontre de la décision de la Cour mais il reste dès à présent à envisager si la Cour dans ses futures décisions sur cette question a tenu compte de toutes les critiques qui lui avaient été préalablement opposées.

C- L'arrêt Allemagne c. Italie du 3 fév. 2012 ou le caractère conservateur de la CIJ

Cet arrêt est relatif à l'immunité de l'Etat d'Allemagne pour les actes commis pendant la deuxième guerre mondiale et qui s'apparenteraient aux violations graves des droits de l'homme.

Pour bien comprendre le raisonnement de la Cour, un rappel des faits s'impose :

1- Rappel des faits de l'affaire⁷⁷ :

Alors qu'en juin 1940 l'Italie entre en guerre aux cotés du Reich allemand, Mussolini est destitué trois ans plus tard et l'Italie se range du côté des Alliés en déclarant la guerre à

⁷⁶ Paragraphe. 58, al. 1, de l'arrêt Mandat d'arrêt du 14 Avril 2002.

⁷⁷ Commentaire comparé des arrêts de la CIJ du 3 février 2012 et de la Cour de cassation italienne du 11 mars 2004 sur la question de l'immunité juridictionnelle des Etats. Soumis par Sami Derradji le 12/03/2012 <http://m2bde.u-paris10.fr/node/2352>.

l'Allemagne nazie. S'en suivent de nombreuses exactions de la part des forces armées allemandes en Italie entre octobre 1943 et la fin de la guerre qui se soldent notamment par la déportation et la soumission au travail forcé de nombreux civils et soldats italiens.

Le 23 septembre 1998, M. Luigi Ferrini, ressortissant italien arrêté en août 1944, déporté en Allemagne et astreint au travail forcé, engage des poursuites en Italie contre la République fédérale d'Allemagne. La question qui se pose est de savoir si les tribunaux italiens vont faire aboutir les demandes en réparation de ressortissants italiens à l'encontre de l'Allemagne ou s'ils vont les rejeter au titre de l'immunité de juridiction de la République fédérale d'Allemagne.

C'est le début d'une saga judiciaire qui voit M. Ferrini débouté en première instance le 3 novembre 2000 devant le tribunal d'Azezzo (tribunale di Azezzo) puis en appel le 16 novembre 2001 devant la Cour d'appel de Florence (Corte di Appello di Firenze) au motif que les tribunaux n'avaient pas compétence pour juger les actes de la République fédérale d'Allemagne. Le requérant décide alors de se pourvoir en cassation devant la Corte di Cassazione qui décide que les juridictions italiennes peuvent connaître de l'action en réparation de ressortissants italiens. Se faisant, la plus haute juridiction italienne s'inscrit à contre-courant de la pratique internationale qui consacre l'immunité de juridiction des Etats. Suite à la décision de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Florence condamne l'Allemagne à verser des dommages et intérêts à M. Ferrini. La République fédérale d'Allemagne (ci-après Allemagne) introduit alors une procédure contre l'Italie devant la Cour internationale de justice(CIJ) pour violation de ses droits souverains le 23 décembre 2008.

La décision de la Cour était très attendue, non seulement par les ressortissants italiens mais aussi grecs, en contentieux avec l'Allemagne dans une affaire similaire (Tribunal de Livadia, Préfecture de Voiotia c. RFA, 30 octobre 1997, aff. 137/1997, AJIL 2001, vol.95 p.198 ; Areios Pagos, Préfecture de Voiotia c. RFA, 4 mai 2000, aff.11/2000). En effet l'affaire Ferrini pourrait redéfinir les limites de l'immunité étatique et avoir un impact sur l'opportunité d'obtenir réparation à titre individuel pour les victimes de crimes de guerre.

La question qui se pose dans cette affaire est de savoir si le droit d'un Etat au respect de son immunité juridictionnelle peut être tempéré par celui de l'individu de faire

valoir ses droits fondamentaux en cas de violations graves des droits de l'homme ou des règles du *jus cogens*.

2- Les incohérences du raisonnement

A la lecture de l'arrêt il est possible de noter une évolution dans le raisonnement de la Cour qui arrive à admettre une limitation des immunités fondée sur la territorialité. Toutefois, cette reconnaissance n'est pas spontanée et est largement impulsée par les Nations unies au travers du projet d'articles sur les immunités de juridiction des Etats. Néanmoins, la Cour se refuse à envisager une limitation à l'immunité fondée sur le critère de la gravité de la violation. Une telle décision selon certains auteurs ne fait pas de sens car ignore les considérations et avancées doctrinales. *Quid* de la nature de cette omission : volontaire ou pas ?

II- Les manquements de la Cour dans sa jurisprudence relative aux immunités

Après un aperçu rapide de ces décisions, la Cour semble dans chacune de ces affaires omettre sa vocation de potentielle créatrice du droit ce qui va non seulement à l'encontre de ses origines (A) mais présente aussi un obstacle au développement du droit international (B).

A- L'échec de la mission de la Cour d'harmonisation de la pratique.

Ancêtre de la CIJ, uniquement sous un angle nominatif, la Cour Permanente de Justice Internationale fut créée en 1922 et devient par là la deuxième instance de recours international après la Cour d'arbitrage internationale. Cette juridiction a apporté des innovations considérables dans l'histoire de la justice internationale en se plaçant à divers points de vue:

Le point qui nous intéresse dans l'innovation que présentait à l'époque cette juridiction était la suivante : « le tribunal permanent ainsi constitué était désormais en

mesure d'établir progressivement une pratique homogène et de donner une certaine continuité à ses décisions, ce qui le mettait dans une meilleure position pour contribuer au développement du droit international »⁷⁸ Il est toutefois à noter que cette vocation a dans une large mesure été transmise à la C.I.J.

Ainsi, l'un des objectifs de ce tribunal serait l'établissement d'une pratique homogène étant donné que celle-ci passe nécessairement par une continuité dans ses décisions⁷⁹. Le droit diffère certes selon l'endroit où on se trouve, mais le droit international a notamment cette vocation inédite de tenter d'unifier la pratique pertinente. Pour se faire, la Cour, constituée de juges de différents continents peut s'arguer d'être à l'écoute de différentes sensibilités régionales. Aujourd'hui, le constat tant au travers de la lecture de divers articles que des textes juridiques de divers pays sur la question des immunités est le même, la pratique est assez disparate sur cette question. D'où l'embarras suscité par le positionnement de la Cour. Cela suffirait-il à conclure que la C.I.J. aurait perdu cette vocation ?

Certainement pas, mais en sa faveur, cela pourrait être assimilé à de la frilosité dans un souci de ne pas avancer trop vite. Avec cette inquiétude, la C.I.J. n'avance tout simplement plus. Comme nous l'avons observé ci-dessus, il est curieux qu'une décision rendu avec 10ans de décalage sur une question aussi discutée en doctrine en arrive à la même conclusion (réserve faite de quelques avancées). La cour a certainement raté une occasion de réaffirmer sa capacité d'assurer une pratique homogène, elle va certes dans le sens d'une continuité de ces décisions mais à quel prix ?

B- Le sacrifice du développement du droit international :

Cela représente un aspect très important du travail de la Cour. C'est dans ce même esprit que l'ordre juridique international a vu naître les concepts de *jus cogens* au travers de la Convention de Vienne de 1969⁸⁰, concept qui ne fut consacré par la cour qu'en 2002⁸¹

⁷⁸ Telle était l'une des innovations de la Cour Permanente de Justice Internationale.

⁷⁹ A noter que continuité ne signifie pas forcément immobilisme. La continuité des décisions à mon sens suit l'évolution de la société.

⁸⁰ Voir articles 53 et 64 de la Convention de Vienne.

même si aujourd'hui toujours pas clairement défini. Comme quoi malgré les débats doctrinaux, la Cour a eu à attendre 33 ans pour consacrer ce concept ce qui entache quelque peu sa vocation originelle.

La question de l'immunité est au centre de beaucoup de débats et la Cour n'est que rarement saisie de celle-ci et encore moins de questions relatives aux violations graves des droits de l'homme car avec l'émergence des tribunaux régionaux des droits de l'homme, l'essentiel de ce contentieux se règle au niveau régional. Cette occasion eu été pour la Cour une opportunité de montrer sa préoccupation pour les droits de l'homme qui sont originellement lié au droit international comme l'ont souligné d'illustres publicistes à l'instar d'Albert de La Pradelle⁸² ou Max Hubert⁸³ qui prônent en quelque sorte pour une humanisation du droit international. Ainsi, la valeur humaine devrait passer au dessus des préoccupations interétatiques qui sont malheureusement l'essence même de ce droit. La C.I.J., réfractaire à une idée d'hierarchie du droit international, confrontée à ce dilemme entre immunité de juridiction et violations graves de droit international se dérobe. Il aurait fallu ne serait ce que pour faire avancer la pratique dans un souci de développement du droit international se prononcer au travers d'un *obiter dictum*⁸⁴. Allé à contre-courant, la C.I.J. donne à cet effet une image assez rétrograde.

Toutefois, cet aspect ne serait-il pas pour se protéger d'elle-même, de peur d'avancer trop vite ? La CIJ a ainsi fait le choix de la prudence. Car étant donné l'évolution de la pratique sur cette question, celle-ci préfère peut-être laisser les institutions telles que la Commission du Droit International faire le premier pas.

⁸¹ L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo C. Rwanda).

⁸² *Op Cit*, Note 72

⁸³ M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.

⁸⁴ Un *obiter dictum* est une expression latine signifiant « soit dit en passant ». Il existe trois définitions à cette expression : * littéralement, quelque chose dit [*dictum*] en passant [*obiter*], * une remarque ou observation incidente ; * une opinion incidente et secondaire exprimée par un juge, mais qui ne s'applique pas nécessairement au cas sous étude et n'est pas un motif du jugement qu'il rend.

SECTION 2 : L'APPROCHE PLUS QUE PRUDENTE DE LA COUR EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT INTERNATIONAL.

Préalablement, il faudrait souligner que la Cour est libre de sa détermination ; Ce n'est pas parce qu'elle opte pour une approche aussi passive soit-elle et qu'elle n'interprète pas comme on le voudrait la Charte des Nations Unies qu'on pourrait y voir une inconformité au droit international. Face à une pratique assez allogène, celle-ci a fait preuve d'une grande prudence dans son dernier arrêt : l'affaire opposant l'Allemagne à l'Italie 3 Février 2012. Ainsi dans cet arrêt la Cour se focalise sur la pratique des Etats et en oublie les autres moyens de développement du droit. Toutefois, dans son raisonnement, elle se démarque de sa position de 2002 à certains égards.

I- La prise en compte stricte de la pratique pertinente des Etats en la matière

A- La reconnaissance explicite de l'évolution de la pratique fondée sur la territorialité

Ce point apparaît comme une évolution dans le raisonnement de la Cour à distinguer de la position de la Cour en 2002. A cet effet, la Cour fait une distinction entre les actes des personnes civiles (1) et les actes des forces armées (2).

1- La distinction entre les actes des personnes civiles...

Cette évolution du droit dans le domaine des immunités face à une violation des droits de l'homme apparaît sous certains angles comme une évidence notamment au travers de certains textes à l'instar de l'art 11 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats et de l'article 12 de la convention y relative des Nations Unies.

Ab initio, la Cour se réfère aux usages et constate l'évolution de la pratique des Etats telle que reflétée par les législations nationales. Son enquête révèle que neuf des dix Etats auxquels les parties au différend se sont référées ont légiféré en la matière et

adoptés des dispositions prévoyant qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité en ce qui concerne les actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel sur le territoire de l'Etat du for (Exemple : Etats-Unis d'Amérique, Royaume Uni, Afrique du Sud, Canada, Singapour, Argentine, Israël, Japon...) ⁸⁵.

A l'issue de ce constat de la Cour force est de s'interroger sur la signification « des actes dommageables ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou matériel sur le territoire de l'Etat du for » tel que abordé dans cet article 12. La véritable question qu'il convient dès à présent de se poser est de savoir si ces actes recouvrent les violations graves des droits de l'homme ?

A cet égard, les actes dont il est question dans cet article 12 ne rentreraient pas dans la subdivision classique ⁸⁶. Cette idée se perçoit au travers de cet extrait de l'arrêt :

« Aucune des législations nationales prévoyant une telle exception territoriale à l'immunité n'opère de distinction expresse entre les actes de *jure gestionis* et actes de *jure imperii*. Or il ressort du commentaire de la Commission du Droit International relatif à ce qu'est devenu l'art 12 de la Convention des Nations Unies qu'il s'agissait d'un choix délibéré et que cette disposition ne devrait être limitée aux actes de *jure gestionis* » ⁸⁷.

Les « des actes dommageables ayant entraînés la mort » pourraient ainsi constituer une catégorie autonome.

Néanmoins, dans le rapport explicatif sur la Convention Européenne sur l'immunité, il est explicitement mentionné qu'en cas de dommage corporel ou matériel, la règle de la non immunité s'applique également aux demandes en réparation du préjudice moral. Dans le paragraphe 49 de ce rapport, en soulignant l'importance de la territorialité du litige, l'exemple pris pour illustrer une situation est l'exemple d'un accident de circulation. Cet exemple pourrait faire pencher la balance en faveur de ceux soutenant que ces actes sont du domaine de gestion des Etats. Mais, au regard de la date d'élaboration de ce texte la réponse paraît évidente. En effet, la Convention européenne

⁸⁵ Voir, Note 68, paragraphe 70

⁸⁶ Subdivision permettant d'avoir d'une part des actes *jure gestionis* et de l'autre des actes *jure imperii*.

⁸⁷ *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1991, vol II, deuxième partie, p.47, para.8

date de 1972 et il est certain qu'à cette époque la tendance n'était pas encore vers une restriction des immunités notamment en faveur des droits de l'homme.

C'est pourquoi il vaut mieux interpréter ce fragment à l'aune de l'article 12 de la Convention des Nations Unies qui reflèterait mieux la pratique en la matière.

Le « préjudice corporel » se définirait comme l'atteinte portée à la santé physique ou mentale d'une personne et ce préjudice pourrait aussi bien recouvrir des actes de torture, l'esclavage, la servitude (*autrement dit les crimes commis sous le régime nazi dont il était question en l'espèce.*). Fort de cette éclaircie, il est possible de parier qu'une fois en vigueur ce texte pourra pleinement faire office d'exception à l'immunité.

Dans son raisonnement, après avoir abordé les actes des personnes civiles, la C.I.J. souligne la spécificité des actes des forces armées.

A cet égard, sous quelle base exclue t-elle les actes des forces armées et les place quasiment dans une catégorie particulière ? Cela suggérerait-il une tentative de gradation des violations des droits de l'homme basé sur l'auteur de l'acte ?

2- ... et les actes des forces armées

a- La pertinence de la subdivision

Une fois de plus pour exclure les actes des forces armées, la Cour se fonde sur la pratique pertinente en question à l'instar de : deux textes ayant trait à l'immunité qui ont été adopté par le Royaume Uni en 1978⁸⁸ et par Singapour en 1985⁸⁹ prévoyant des dispositions excluant les forces armées étrangères dans la limitation des immunités éventuelle. Il en est de même pour d'autres pays ayant adopté des lois similaires à l'instar de l'Australie, le Canada, Israël...⁹⁰

⁸⁸ Loi sur les immunités au royaume Uni, 1978, art. 16.2

⁸⁹ Loi sur les immunités à Singapour, 1985, art. 19.2a

⁹⁰ CIJ, Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie, 3 Février 2012, page 30, paragraphe 71

Cette distinction que fait la Cour est certes basée sur la pratique de divers Etats mais, elle est critiquable, car une violation des droits de l'homme en demeure une quelque soit l'auteur de l'acte. Tant les actes des agents diplomatiques que ceux des forces armées effectués sous la suggestion d'un Etat doivent lui être attribuable. Adopter cette approche comme le fait la C.I.J. revient en quelque sorte à doter les actes des forces armés d'une immunité absolue dans une période où la tendance serait plutôt en faveur d'une immunité restreinte en ce qui concerne les violations des droits de l'homme. Ce qui entrainera forcément des déviances dans ce domaine.

b- Actes des forces armées et actes *jure imperii* :

Dans sa détermination concernant le sort des actes des forces armées, la Cour semble confondre ou du moins placer au même niveau actes de forces armées et actes *jure imperii* ; ce qui ne recouvre toutefois pas la même réalité. Cette confusion est notamment perceptible au travers des extraits suivants :

- Paragraphe 77⁹¹ : « De l'avis de la Cour, la pratique étatique qui ressort des décisions judiciaires atteste qu'un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for... »

- Paragraphe 78⁹² : « A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé. »

Cette assimilation de la Cour pourrait contribuer à alimenter une confusion entre ces deux catégories d'actes. En effet, les actes des forces armées sont à priori des actes *jure imperii*, mais tous les actes des forces armées ne peuvent pas être considérés comme

⁹¹ *Ibid*, page 33, paragraphe 77.

⁹² *Ibid*, page 33, paragraphe 78

tels. Ainsi, des forces armées qui posent des actes en violation des règles du droit international humanitaire ne pourraient pas voir leurs actes entrer dans cette catégorie⁹³. Ceux-ci au contraire seront perçus plutôt comme des crimes de guerre.

Certes en l'espèce s'il n'avait pas été question d'actes des forces armées, on aurait sûrement assisté à une évolution sur ce point. Toutefois, comme la Cour Européenne, la Cour internationale ignore ainsi la nature de l'acte.

B- Le déni d'une évolution de la pratique fondée sur la gravité de la violation

1- Le critère de la gravité des violations invoqué par l'Italie :

La question revient ici à savoir : Est-ce que les actes des forces Allemandes qui sont à l'origine des violations graves du droit des conflits armés et constituent par là un crime en Droit International doivent malgré leur nature bénéficier de l'immunité ?⁹⁴

Pour répondre à cette question, la Cour choisit obstinément une fois de plus de se fier à la pratique. Et à cet effet, constate qu'hormis les décisions de la justice italienne qui font l'objet de la présente instance, il n'existe quasiment aucune pratique qui viendrait étayer cette proposition. Pour illustrer son propos la Cour cite quelques jurisprudences dans lesquelles l'argument selon lequel le Droit International n'imposerait plus l'immunité à un Etat lorsque sont en cause des allégations de violations graves de droit international des droits de l'homme, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité a été rejeté par la justice canadienne⁹⁵, française⁹⁶, slovène, néo-zélandaise, polonaise et britannique⁹⁷.

⁹³ Tel est l'opinion d'Andréa Bianchi sur cette question (*Opinion que personnellement je partage*). Cf, *Op Cit*, Note 57.

⁹⁴ *Op Cit*, Note 68, page 35, paragraphe 83

⁹⁵ *Bouzari c. Rep. Islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, (2004) *Dominion Law Reports* (DLR), 4th series, vol.243, p.406 ; *ILR*, vol.128, p.586

⁹⁶ Cour d'appel de Paris, 9 Septembre 2002 et Ccass., *pourvoi n° : 02-45961*, 16 Déc. 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n°258, p.206 (*L'affaire Bucheron*).

⁹⁷ *Op Cit*, Note 68 paragraphe 85

Dans sa détermination sur ce point la Cour ne fait preuve d'aucune créativité et choisit de prendre un chemin opposé à celui emprunté par les juridictions Pénales Internationales à l'aune de la particulière gravité de ces crimes. La Cour pourrait être considérée à cet égard comme spectatrice du droit.

Elle relève également qu'aucune limitation à l'immunité fondée sur la gravité de la violation ou sur le caractère impératif de la règle violée ne figure dans la Convention Européenne sur les immunités, dans la Convention des Nations Unies y relative⁹⁸.

Ce constat se révèle plutôt être un raccourci car il lui appartient d'interpréter le droit justement à l'aune de la pratique des Etats en la matière et aussi à la lumière de l'objet et du but des conventions dont il est question. Il est difficilement acceptable qu'on puisse prévoir une limitation à l'immunité pour « cause de mort ou d'atteinte physique à une personne » et qu'on le refuse dans l'hypothèse d'une action plus grave. Les commentaires de la CDI constatent que pendant que les juridictions de certains Etats maintiennent une distinction entre : 'acte *jure imperii*' et 'acte *jure gestionis*' la *tort exception* dans son article 12 ne fait pas ce genre de distinction⁹⁹. Selon ce commentaire: « The *locus delicti commissi* offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether *jure imperii* or *jure gestionis*. »

La question a parait-il été étudiée en 1999 par la CDI qui en est arrivé à la conclusion qu'elle n'était pas assez mure pour justifier une œuvre de codification du groupe de travail. Comme on peut le remarquer, cela était le cas en 1999, mais qu'en est-il aujourd'hui en 2012 ? Une étude de cette question ne s'avère t-elle pas indispensable ?

Une fois de plus c'est à regret qu'on constate la non pertinence devant la cour internationale du fait que les actes revêtent la nature de *jus cogens*.

⁹⁸ *Ibid*, paragraphe 89

⁹⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 45

2- Jus cogens et immunité :

En effet, selon l'Italie, il existerait un conflit entre les règles de *jus cogens* qui font partie du droit des conflits armés et la reconnaissance de l'immunité de l'Allemagne, selon elle, les règles de *jus cogens* prévalent toujours sur toute règle contraire du droit international.

De l'avis de la Cour, pareil conflit n'existe pas. Pour étayer son propos la Cour une fois de plus rappelle la différence de nature de ces deux règles en soulignant que les règles qui régissent l'immunité sont de nature procédurales et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre.

« A supposer, aux fins du présent examen, que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite. »

La nature procédurale des règles sur les immunités paraît ici non pertinente car une fois de plus une victime se trouve privée de réparation pour ce motif. La question n'est pas là, ainsi malgré leur nature procédurale, rien n'empêche une opposition entre ces deux concepts. C'est ainsi dommage que la Cour n'envisage pas une étude de cette question à l'aune du principe de proportionnalité.

III- Une décision au mépris considérations et avancées doctrinales

A- L'article 38(d) du statut de la C.I.J.

Tout au long de sa décision la C.I.J. ne prend malheureusement pas la peine de se placer sur un autre angle que celui de la pratique des Etats. Ainsi, en observant une pratique aussi disparate en la matière, pour un éclaircissement et une meilleure approche de cette question, elle aurait dû prendre en compte cet **article 38(d)** En vertu duquel :

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 Etats en litige;
 - b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme 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.**
2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

S'il ya bien un facteur d'évolution du droit, la doctrine est sans contexte un précurseur dans ce domaine. Ce sont ces publicistes actifs sur le terrain qui sont aux premières loges de l'évolution de la société et se transforment en acteurs au moment de la mise en œuvre de ces évolutions dans un registre juridique.

Sur la question de l'immunité et des droits de l'homme, les écrits affluents cela dénote justement de l'intérêt pour la matière. La grande majorité des auteurs optent pour une immunité tempérée en présence d'une violation grave des droits de l'homme tandis que d'autres vont plus loin en arguant une renonciation implicite de l'auteur à son

immunité par la commission d'actes constituant des violations graves des droits de l'homme.

B- La critique du juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente :

En parcourant la jurisprudence de la CIJ, le reproche qui pourrait lui être fait est celui d'avoir complètement ignoré d'autres éléments dans sa détermination. Seule la pratique des Etats en la matière a été prise en compte et positions des plus grands publicistes en la matière ont été ignorées comme l'a à juste titre fait constater juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente relative à la décision de la CIJ du 4 Février 2012.

Dans cette opinion il souligne l'oubli que fait la Cour en ne mentionnant pas trois penseurs tous trois ayant eu une grande contribution à la C.I.J. :

- **Albert de la Pradelle** : (1871-1955), Membre du Comité exécutif de juristes qui en 1920 rédigeait le statut de la Cour Permanente de Justice Internationale devenu la CIJ : Pour lui, le droit des gens cherche à assurer le respect des droits humains de la personne, la conformité par les Etats de leurs devoir vis-à-vis des êtres humains sous leur juridiction. Le droit international était construit à partir de la personne humaine et existe par et pour elle¹⁰⁰. Cette approche met clairement en exergue l'exigence d'une complémentarité entre les deux droits et renie implicitement l'approche adoptée par la C.I.J. qui semble ne considérer que le droit international.

- **Max Huber** (1874-1960), Juge à la Cour Permanente de Justice Internationale : Pour sa part, dans un ouvrage publié vers la fin de son existence attire l'attention sur la pertinence des « valeurs supérieures » au dessus des « intérêts des Etats »¹⁰¹ ; regardant en arrière, il écrivait : « Si l'on compare l'époque actuelle avec celle de 1914, on doit bien constater un affaiblissement du

¹⁰⁰ *Op Cit*, Note 72.

¹⁰¹ M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.

sens du droit, une diminution du respect instinctif des limites qu'il impose ; conséquence certaine des dégradations subies à l'intérieur des structures juridiques des États (...). Dévalorisation de la personne et de la vie humaine ainsi qu'affaiblissement de la conscience juridique dans de larges milieux. Tout cela explique pourquoi une partie importante de l'humanité accepta, sans grandes réactions apparentes, de sérieuses altérations du droit de la guerre¹⁰² ». Une fois de plus, les auteurs mettent en étroite collaboration les droits de l'homme avec le droit international public.

- **Alejandro Álvarez** (1868-1960), Juge à la CIJ : dans un livre publié un an avant sa mort intitulé « *Le Droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959) », il visualisait aussi les fondements du droit international subséquent au cataclysme social de la deuxième guerre mondiale comme de ses principes généraux. Pour lui aussi ces principes généraux de droit international émanent de consciences juridiques et devraient être réaffirmées dans les temps actuels¹⁰³. Il observait : « La distinction traditionnelle est souvent difficile à faire entre la '*lex lata*' et la '*lex ferenda*'. A coté d'un droit international formé, il y a toujours un droit international en processus de formation ».

Cependant, quelle a été l'accueil faite à cette décisions tant chez les juristes que chez les défenseurs des droits de l'homme ?

¹⁰² *Ibid.*, pp. 291-292.

¹⁰³ A. Álvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962, pp. 49, 57, 77, 155 - 156, 163, 292 and 304.

III - L'écho de cette décision chez les défenseurs des droits de l'homme

Au regard de l'actualité de cette décision, à ce jour des commentaires n'ont pas encore été vraisemblablement faits et le seul commentaire qui a été fait à l'endroit de cette décision est le fait d'une Organisation Non Gouvernementale. Il s'agit d'Amnesty International qui par le billet de sa directrice générale chargée des questions relatives au droit international et à la stratégie politique, Widney Brown a indiqué ce qui suit :

« Cet arrêt est très surprenant. Aujourd'hui, la C.I.J. fait un grand pas en arrière sur le terrain des droits humains et fait du droit à réparation pour les crimes de guerre un droit sans recours »

C'est ainsi que pourrait être résumée l'opinion de beaucoup dans cette affaire. Le risque ici est que les juridictions nationales suivent ce jugement. Ce qui représenterait un frein dans l'évolution du droit international en ce sens.

On ne peut ignorer l'impression selon laquelle, la Cour en rendant ce jugement a voulu en quelque sorte réaffirmer le caractère sacré que revêt l'immunité dans l'ordre juridique international.

CONCLUSION

En définitive l'étude de cette question au travers des juridictions internationales tant spécialisée (la CEDH) que générale (CIJ) paraît dans l'ensemble assez décevante. Malgré les tendances des tribunaux pénaux internationaux et les voies qui se font de plus en plus entendre en doctrine, celles-ci maintiennent le *statu quo* et continuent à fantasmer sur un privilège qui tendrait à se réduire aujourd'hui comme une « peau de Chagrin »¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Selon l'expression d'Andréa Bianchi, *Op Cit*, Note 36.

PARTIE II : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'INFLECHISSEMENT DE L'IMMUNITÉ

Les arguments en faveur de l'infléchissement de l'immunité ne manquent pas tant devant certaines juridictions qu'en doctrine. C'est ainsi qu'on observe une absence d'immunité devant les juridictions pénales internationales, devant certaines juridictions nationales, mais aussi en doctrine. Le moteur de cette inclinaison des immunités de juridiction serait l'intense gravité des crimes en question. Ainsi, sous cet angle, les violations graves des droits de l'homme pourraient être considérées comme responsables de cet homicide programmé des immunités.

CHAPITRE 1- L'EXCEPTION DES TRIBUNAUX PENaux **INTERNATIONAUX**

INTRODUCTION :

"Il ne peut y avoir de paix sans justice, ni de justice sans loi, ni de loi digne de ce nom sans un tribunal chargé de décider ce qui est juste et légal dans des circonstances données" Tel est la célèbre citation de M. Benjamin Ferencz, ancien procureur au Tribunal de Nuremberg, rappelant les liens équivoques entretenues par la paix et la justice¹⁰⁵. Et surtout exprimant la nécessité pour l'ordre juridique international de se doter de tribunaux pénaux internationaux.

Ainsi, l'idée de créer une juridiction indépendante et permanente émerge dans les années 20 avec l'élaboration de projets qui seront abandonnés par la suite. La guerre froide et les réticences des Etats ont continué, après la seconde guerre mondiale, à freiner ce processus. Cependant, deux phénomènes ont contribué, après la fin de l'opposition Est-Ouest, à la réémergence de l'idée de justice pénale internationale. D'une part, les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda ont conduit à la mise en place de nouvelles juridictions indépendantes dans le cadre des Nations unies, les Tribunaux Pénaux Internationaux (Ci-dessous TPI). Des juridictions d'Etats européens se sont engagées d'autre part dans la poursuite de responsables de crimes jusque là impunis, tel le général *Pinochet*. Ces deux événements, et leur résonance dans l'opinion publique grâce aux médias et au travail des ONG, ont contribué à faire renaître l'idée de créer une juridiction permanente indépendante des Etats¹⁰⁶.

Les juridictions pénales internationales mises en place par les Etats depuis la seconde guerre mondiale n'ont pas pour but de juger toutes les infractions commises par des individus à l'échelle internationale mais seulement les crimes les plus graves notion

¹⁰⁵ Dulait André, Rapport d'information sur la Cour pénale internationale (n°313/1998-99), Paris, Sénat (http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-313_mono.html).

¹⁰⁶ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/justice-penale-internationale-index.shtml/justice-penale-internationale-introduction.shtml>

souvent employée pour signifier les crimes touchant l'ensemble de la communauté internationale.

Eu égard à l'intensité que revêt de telles exactions, la « communauté internationale » a fait le choix d'une ignorance des privilèges motivée tant dans un souci d'égalité des justiciables à une fin d'impunité jusque là « une tare » dans l'ordre juridique international. Il est important de noter que l'application des dispositions de ces tribunaux fait appel à une coopération des Etats¹⁰⁷.

SECTION 1: LE CHOIX D'UNE IGNORANCE DES PRIVILEGES

Les tribunaux pénaux internationaux tant *ad hoc*¹⁰⁸, que permanent¹⁰⁹ ne reconnaissent pas de privilèges aux personnes. C'est ainsi notamment que dans le statut de la Cour, a été inscrit à cette fin l'article 27.

I- Les précédents dans les statuts des tribunaux ad hoc sur la question de la qualité officielle d'un individu:

A- Les dispositions pertinentes

D'une manière générale ces tribunaux excluent la possibilité d'invoquer comme excuse le statut officiel d'une personne afin de la soustraire à la responsabilité pénale.

Certes dans ce souci, on peut noter la présence d'une disposition allant dans ce sens dès le statut de Nuremberg, à l'instar de **l'article 7** qui énonce :

¹⁰⁷ La Coopération devant ces tribunaux est une issue indispensable car sans coopération des Etats, ces dispositions resteraient inopérantes et ne pourraient pas avoir la dimension qu'elles ont aujourd'hui sur la scène internationale notamment en termes de dissuasion.

¹⁰⁸ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et son pendant au Rwanda (TPIR) ont tous deux été créés par le Conseil de sécurité des Nations Unies

¹⁰⁹ La Cour Pénale Internationale reste le seul tribunal pénal permanent.

« La situation officielle des accusés, soit comme chef d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine »¹¹⁰.

Cependant à cette époque, il ne s'agit que d'une disposition exceptionnelle qui ne s'est pas étendue immédiatement après la seconde guerre mondiale eu égard au poids que revêtait l'immunité dans l'ordre juridique international.

La brèche viendra de la Grande Bretagne avec la levée de l'immunité du général Pinochet le 25 Novembre 1998 qui marqua un véritable précédent. En effet, la chambre des Lords a jugé que des actes publics accomplis par un chef d'Etat pouvaient faire l'objet de poursuites lorsqu'ils ne relèvent pas des compétences de l'Etat. Ainsi, les crimes tels que la torture ou les crimes contre l'humanité ne sauraient appartenir aux fonctions d'un chef d'Etat. En d'autres termes, cela revient implicitement à admettre qu'un acte accomplis en violation grave des droits de l'homme ne pourrait pas entrer dans la catégorie des actes dits *jure imperii*¹¹¹.

Cependant, ce principe d'absence d'immunité des chefs d'Etats et des haut-fonctionnaires est mentionné explicitement dans les statuts des Tribunaux pénaux internationaux :

Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie : **article 7.2** :

« La qualité officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de sa peine. »

Les mêmes propos apparaissent dans l'**article 6.2** du statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda et de la Cour Spéciale pour la Sierra Leone (CSSL). Ainsi

¹¹⁰ Dans le même sens voir l'article 7 du projet de Code des Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. « La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité même s'il a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine », *Annuaire de la Commission de droit international*, 1996, Vol. II p.273.

¹¹¹ Conformément à la subdivision traditionnelle des immunités abordées ci-dessus : Acte *jure imperii* et acte *jure gestionis*.

des dirigeants comme : Jean Kambanda¹¹² devant le TPIR, Slobodan Milosevic¹¹³ devant le TPIY se sont trouvés jugés sous cette base devant ces juridictions.

Dès lors quelle est la source de ce désaveu à l'immunité ?

B- L'importance du mode de création des tribunaux internationaux : Le Chapitre VII de la Charte

Ainsi, selon Anyssa Bellal : « Ce qui semble déterminant dans le fait que ces juridictions ont écartés la règle de l'immunité de juridiction *ratione personae* [...] c'est le mode de création des deux tribunaux internationaux sur la base d'une résolution du Conseil de sécurité, adopté en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité ainsi que l'application de l'article 103 de la charte auraient ainsi pour conséquence d'écarter la règle coutumière de l'immunité de juridiction et d'exécution protégeant les dirigeants en exercice et d'exiger de tous les membres de l'ONU de coopérer avec les tribunaux en vue d'exécuter les mandats d'arrêts »¹¹⁴.

William Schabas quant à lui relativise la portée des dispositions de ces trois statuts en soulignant la différence entre le fait d'alléguer une absence de responsabilité pénale sous prétexte d'actes de *jure imperii* (que les actes étaient dictés par la fonction officielle et donc, pas de responsabilité pénale) argument qui intervient au fond de l'affaire ; l'exception d'immunité doit quant à elle être invoquée dans la phase préliminaire de la procédure. Ainsi, ces trois statuts aborderaient selon lui la question du statut officiel et non de l'immunité proprement dite. Cela semblerait confirmé par le statut de Rome qui lui distingue les deux arguments par deux paragraphes¹¹⁵.

¹¹² Premier ministre du Rwanda au moment des faits a été jugé pour génocide et crime contre l'humanité. (*Le Procureur c. Jean Kambanda*, jugement du 4 Septembre 1998, affaire n° : ICTR 97-23S.)

¹¹³ Président de la République de Yougoslavie au moment de son inculpation pour crimes contre l'humanité et violation des lois et coutumes de la guerre. Ce fut ainsi la première fois qu'un tribunal jugeait un chef d'Etat en exercice.

¹¹⁴ Anyssa BELLAL, *Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant (AUF), 2011, pp. 265.

¹¹⁵ Schabas W., *the UN International Criminal Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 329 et s.

En effet, cette interprétation est confirmée par la décision de la Cour d'appel du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone concernant Mr Charles Taylor¹¹⁶. Le 7 Mars 2003, il était encore président du Libéria lors de son inculpation pour crimes contre l'humanité et ce dernier argua du fait de son statut d'être protégé par une immunité absolue pour toute procédure pénale en son encontre. Il ajouta que seules les résolutions du conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII de la Charte pouvaient écarter le principe d'immunité *ratione personae*. A cet effet, la CSSL (n'étant pas créée par une résolution du conseil de sécurité de l'ONU mais par un accord entre l'ONU et la Sierra Leone¹¹⁷), à la suite d'un raisonnement assez confus rejeta son argument. Pour ce, la CSSL se référa notamment à la décision de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Yerodia* selon laquelle l'immunité des dirigeants en exercice ne pouvaient pas être invoquée devant les tribunaux pénaux internationaux. Elle ajouta que malgré le fait que la CSSL n'ai pas été créée sous la base d'une résolution du conseil de sécurité, elle était un tribunal international et que par conséquent Charles Taylor ne pouvait alléguer de son statut de chef d'Etat en exercice pour échapper à sa responsabilité pénale.

A l'aune de ces éclaircissements, ces tribunaux semblent tirer cette force certes en partie des résolutions prises en vertu du Chapitre VII de la Charte mais aussi et surtout comme le laisse sous-entendre le CSSL de leur nature intrinsèque de juridictions pénales internationales. Dans ces trois dispositions, nous pouvons y voir la genèse d'une séparation entre responsabilité civile et pénale des individus.

La consécration ne se fera que devant la CPI avec l'inscription d'une disposition y relative dans le Statut.

¹¹⁶ Charles Taylor était l'ancien président du Libéria.

¹¹⁷ *Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a special court in sierra leone*, voir <http://www.scsl.org>.

II- La Consécration dans le Statut de Rome du principe de défaut de qualité officielle.

En effet, cette disposition est l'**article 27** du statut qui s'énonce comme suit :

Article 27

Défaut de pertinence de la qualité officielle

1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine.

2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne.

En effet, cette disposition a le mérite de réintégrer une certaine égalité des justiciables face à la justice.

A- L'analyse de l'article 27

Pour une meilleure assimilation de la portée de cet article, son interprétation est nécessaire et doit être faite à l'aune de son objet et son but¹¹⁸. C'est sous cet angle qu'il s'est avéré indispensable de se fier à l'interprétation faite par des auteurs tels qu'Otto Triffterer¹¹⁹ et William A. Shabas¹²⁰.

Cette disposition est l'émanation de l'intérêt accordé dans le Statut à la lutte contre l'impunité présent dans le paragraphe 5 du préambule. Prêtant ainsi les termes de Triffterer: Cet article est une des manifestations claires de: « *put an end to impunity for*

¹¹⁸ Comme il est de coutume en droit international.

¹¹⁹ Otto Triffterer, 'Article 27', in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999), page 786

¹²⁰ William A. Shabas, "*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*", Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 446-453.

the perpetrators of these crimes and thus, to contribute to the prevention of such crimes »¹²¹.

Ainsi l'objectif de cet article serait duale : mettre fin à l'impunité et prévenir ce genre de crimes.

Tel sont les buts avoués de cette disposition comme nous le verrons ci-dessous. Au préalable, nous étudierons l'article 27 phrase par phrase afin de mieux appréhender son essence même.

1- La mise en évidence du principe d'égalité

Cette mise en évidence se fait dès la première phrase de cet article « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale ». Il est ainsi clairement fait allusion au principe d'égalité.

Le principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui figure à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, implique nécessairement l'égalité des citoyens devant l'application qui est faite de la loi par l'institution judiciaire. A cet effet, le Conseil constitutionnel a consacré en 1975 cette équivalence, affirmant en conséquence que le principe d'égalité de tous les individus devant la justice possède une valeur constitutionnelle. Cela signifie que tous les justiciables, quelle que soit notamment leur nationalité, doivent être traités de manière identiques par les juridictions françaises.¹²² Concrètement cette égalité dans notre ordre juridique interne est une égalité circonstanciée car elle s'analyse notamment à l'aune de la situation de chaque individu ce qui implique par ce raisonnement d'admettre implicitement l'état inégalitaire de la société.

A l'aune de cet article 27, l'égalité qui en ressort se conçoit cependant comme absolu car en ignorance de la situation personnelle des individus en présence. Une telle approche n'est pas assimilable à celle faite en droit interne eu égard aux enjeux en cause dans cet ordre juridique. En effet déjà devant les tribunaux *ad hoc*, l'absence de

¹²¹ *Op Cit*, Note 119 page 786

¹²² Voir: <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/principes/justice-est-elle-egale-pour-tous.html>

reconnaissance de la qualité officielle était dictée par la gravité des crimes en jeu en ce sens qu'ils affectent la communauté internationale dans son ensemble. C'est donc naturellement que la même approche de « liberté absolue » est ainsi retenue.

2- L'indifférence de la qualité officielle

Cette expression est utilisée dans la deuxième phrase du paragraphe 1 et décrit différentes fonctions officielles. Cependant au terme d'une lecture minutieuse, cette phrase semble conçue de façon assez large pour englober toutes fonctions qui pourraient être invoquées par une personne pour se soustraire à sa responsabilité devant la CPI.

3- Le problème du champ d'application de l'article 27 (2):

Dans le deuxième paragraphe, précision est faite sur le sort des immunités ou autres règles similaires qui prendraient leurs sources même en droit coutumier. Celles-ci seraient inopérantes devant la Cour. Il est ainsi mis en évidence la qualité de juridiction d'exception que revêt la Cour Pénale Internationale et qui lui permet de déroger non seulement au droit interne, mais aussi au droit international coutumier.

L'effet réel de cet article s'avère plus problématique pour ce qui est des Etats non parties au statut. A cet égard William Shabas dénie l'application de cet article aux Etats non parties qui tiennent comme source de leur immunité le droit coutumier en ces termes : « *Article 27(2) cannot apply to Heads of State of non-party States, who retain their immunity under customary international law. Nor does it affect those who benefit from immunity as a result of the Charter of the United Nations, which is hierarchically superior to the Rome Statute.* »¹²³.

Ainsi, le débat sur cet article viendrait du fait que ce dernier créerait des obligations aux Etats non parties au statut en dédain aux règles de droit international public.

¹²³ *Op Cit*, Note 120, pp. 450.

Néanmoins, la lecture de cet article ne doit pas se faire de façon isolé. Pour une meilleure conception de sa portée, celle-ci devra être lu de concert avec une disposition essentielle du Statut relative à l'obligation de coopération des Etats.

4- La lecture coordonnée des articles 27 et 98:

Cette lecture coordonnée a été encouragée par divers auteurs à l'instar du Professeur Bassiouni qui a présidé le comité de rédaction à la Conférence de Rome et proposait la jonction de ces deux articles en une seule disposition afin d'éviter des problèmes d'interprétation¹²⁴.

Article 98¹²⁵

Coopération en relation avec la renonciation à l'immunité et le consentement à la remise

1. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un **État tiers**, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.

2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise.

Dans cet article, se pose la question de savoir : A qui est-il fait référence quand il est mentionné « Etat-tiers ». Selon le raisonnement naturel en droit international général, ce terme ferait allusion aux Etats non parties aux Conventions.

¹²⁴ M.Cherif Bassiouni, «*International Criminal Justice in Historical Perspective*», in M. Cherif Bassiouni, *the Legislative History of the International Criminal Court: Introduction, Analysis and Integrated Text*, Vol. I, Ardsley, New York, 2005, Page 84.

¹²⁵ Article 98, Statut de Rome.

Pour Gaeta Paula, chaque fois que la Cour fait référence à un Etat n'ayant pas ratifié le statut, elle emploie le terme « d'Etats non parties »¹²⁶, donc Etats non parties et Etats tiers seraient différents.

Ainsi, l'interprétation qui primerait, serait celle suivant laquelle, l'articulation de ces deux articles impliquerait que la Cour puisse exiger d'un Etat partie l'arrestation de tout officiel d'un autre Etat partie se trouvant sur son territoire ; de sorte qu'une personne officielle ou un haut dignitaire d'un Etat non partie continuerait à bénéficier des immunités accordées par le droit international coutumier. Le consentement en vue de la levée de ces immunités devrait être obtenu avant toute mesure entreprise par la cour à cet égard¹²⁷.

Dès lors se pose la question du pourquoi d'une telle disposition dans le statut.

B- Une option dictée par le refus de l'impunité pour les crimes les plus graves :

1- Un « devoir de mémoire »

De nombreux conflits à travers le monde, qu'ils soient internationaux ou internes, ont donné lieu à des atrocités dont les populations civiles furent les premières victimes. Le XXe siècle aura été le théâtre de différentes barbaries à l'instar ; du nazisme, du stalinisme, de l'apartheid, des dictatures militaires, des opérations de purification ethnique...¹²⁸ C'est ainsi que de nouveaux instruments de lutte contre l'impunité ont vu le jour, notamment avec : le mécanisme de « compétence universelle », la création des tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda puis la Cour pénale internationale effective, depuis le 1er juillet 2002. Un apport certes fragile, mais majeur, car permettant de punir « les bourreaux », de prévenir l'oubli et de dissuader les criminels potentiels. Ainsi tels sont les précédents de cette lutte contre l'impunité à laquelle se livrent les

¹²⁶ Gaeta P., « Official capacities and Immunities », dans Cassesse A., Gaeta P., Johr R., Jones D., (éds), *The Rome statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.993.

¹²⁷ *Op Cit*, Note 114, pp. 171.

¹²⁸ Voir : Benoît Guillou, « Lutte contre l'impunité et processus de réconciliation », *La Revue Nouvelle*, Novembre 2003 / n°11, Bruxelles, page 24.

juridictions pénales internationales. Et au regard de ces antécédents celle-ci apparaît comme indispensable notamment pour les victimes.

2- Une nécessité pour les victimes

Ainsi, la prise en compte de cette cause s'avère être indispensable pour les victimes et, cette impulsion en faveur des victimes a notamment été le fait de la CPI avec la dédicace d'un Fond Spécial pour les Victimes. L'une des grandes innovations du Statut et du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale est l'ensemble des droits accordés aux victimes. Pour la première fois de l'histoire de la justice pénale internationale, les victimes ont la possibilité, en vertu du Statut de Rome, de présenter leurs observations et leurs arguments à la Cour.

La participation des victimes peut intervenir à différentes phases de la procédure et revêtir diverses formes. Il revient toutefois aux juges de donner des directives quant au moment et à la forme de cette participation¹²⁹. Ainsi, désormais les victimes sont pleinement parties à la procédure devant la Cour non plus en tant que spectateurs mais désormais en tant qu'acteurs. Acteurs tant pendant qu'après le procès cela s'est encore vérifié le 7 Aout 2012 à l'issu de la décision sur les réparations rendues dans l'affaire Lubanga¹³⁰. C'est dans le but de leur donner cette parole libératrice que l'abolition de tels privilèges s'impose.

Cependant, ce choix doit être fait dans le respect des règles de droit international public.

¹²⁹ Voir le site de la Cour: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/>.

¹³⁰ *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Décision du 7 Août 2012: "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations", Affaire n° ICC-01/04-01/06-2904.

SECTION 2 : UN CHOIX FAIT AU MEPRIS DU PRINCIPE DU CONSENSUALISME EN DROIT INTERNATIONAL

I- L'arrêt *Al Bashir* comme une illustration de l'excès de zèle de la CPI ?

A- Les faits de l'affaire - Selon la chambre préliminaire I¹³¹ de la CPI :

De Mars 2003 au 14 juillet 2008 au moins, le Darfour a connu un conflit armé ne présentant pas un caractère international, qui a opposé de manière prolongée le Gouvernement soudanais et plusieurs groupes armés organisés, en particulier le Mouvement/Armée de libération du Soudan (M/ALS) et le Mouvement pour la justice et l'égalité (MJE) ; peu après l'attaque de l'aéroport d'El Fasher en avril 2003, Omar Hassan Al Bashir et d'autres dirigeants politiques et militaires soudanais de haut rang ont adopté un plan commun visant à mener une campagne anti-insurrectionnelle contre le M/ALS, le MJE et d'autres groupes armés s'opposant au

Gouvernement soudanais au Darfour ; une composante centrale de cette campagne consistait à attaquer illégalement la partie de la population civile du Darfour, appartenant principalement aux groupes four, massalit et zaghawa, qui était considérée comme proche des groupes armés organisés s'opposant au Gouvernement soudanais au Darfour. La campagne a été menée au moyen de forces gouvernementales, notamment des Forces armées soudanaises et de leurs alliés des milices *janjaouid*, des forces de police soudanaises, du Service du renseignement et de la sécurité nationale et de la Commission d'aide humanitaire. Elle s'est poursuivie au moins jusqu'à la date du dépôt de la requête de l'Accusation, à savoir le 14 juillet 2008 ; au cours de cette campagne anti-insurrectionnelle, les forces du Gouvernement soudanais auraient commis des crimes contre l'humanité au sens des alinéas a), b), d), f) et g) de l'article 7-1 du Statut et des crimes de guerre au sens de l'article 8-2-e-i et de l'article 8-2-e-v du Statut, et en particulier :

a. elles ont mené de nombreuses attaques illégales, suivies par des actes systématiques de pillage de villes et de villages principalement peuplés de civils appartenant aux groupes four,

¹³¹ Nous employons l'expression « selon la Chambre préliminaire I » car ces faits n'ont pas fait l'objet de débats, ils n'ont pas encore été confirmés ou infirmés. C'est dans un souci de prudence qu'il s'est avéré nécessaire d'émettre cette précision.

massalit et

zaghawa ;

b. elles ont fait subir des actes de meurtre ainsi que des actes d'extermination à des milliers de civils appartenant principalement aux groupes four, massalit et zaghawa ;

c. elles ont fait subir des actes de viol à des milliers de civils de sexe féminin appartenant principalement à ces groupes ;

d. elles ont fait subir des actes de transfert forcé à des centaines de milliers de civils appartenant principalement à ces groupes ; et

e. elles ont fait subir des actes de torture à des civils appartenant principalement à ces groupes.

La Chambre préliminaire I a également conclu qu'il y a des motifs raisonnables de croire que :

Omar Hassan Al Bashir, dans la mesure où il était en droit et en fait le Président de l'État du Soudan et le commandant en chef des Forces armées soudanaises pendant toute la période concernée par la requête de l'Accusation, a joué un rôle essentiel dans la coordination de l'élaboration et de la mise en œuvre du plan commun.¹³²

L'arrêt *Al Bashir* est un cas d'école devant la CPI en ce sens où le Soudan n'a pas ratifié le statut. D'où la question qu'il convient dès lors de se poser relative à la force et la portée des règles contenues dans le statut. S'agit-il de règles *erga omnes*? Par quel mécanisme la Cour arrive cependant à attirer un Etat non partie en mépris du principe du consensualisme en droit international qui est l'essence même de ce droit.

B- Le fondement de la Compétence de la Cour l'égard d'un Etat tiers

1- Le fondement

Dans cette affaire, la cour s'est trouvée saisie par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, cela par la résolution 1593 de 2005. Cette possibilité est prévue dans le statut à l'instar de l'article 13 qui se lit comme suit:

¹³² Pour les faits tels que relatés ci-dessus, voir document : http://www.aidh.org/Justice/Images/Fiche_Info.pdf

« La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent statut : b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la charte des Nations Unies.»¹³³

C'est donc ainsi par le jeu de ces dispositions que la Cour pourrait se trouver saisi de la situation d'un Etat non partie au statut.

Cependant, cela doit rester très exceptionnel car allant à l'encontre des principes de droit international et par la même occasion très dangereux car pourrait servir à des fins politiques.

C'est ainsi que forte de cette saisine, la Cour émis un mandat à l'encontre *d'Omar Al Bashir*¹³⁴ le 4 Mars 2009 pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Dans sa décision portant sur la délivrance de ce mandat, la Chambre préliminaire de la Cour Pénale Internationale a estimé que sa compétence était établi *ratione materiae* et *ratione personae*¹³⁵.

2- La compétence proprement dite

a- La compétence *ratione materiae*: Car, les crimes dont sont accusés le président Al Bashir sont couverts par le statut¹³⁶. A cet égard, la Cour note en particulier qu'il existe des éléments raisonnables permettant de penser que la situation au Darfour peut être qualifiée de conflit armé ne présentant pas un caractère international au sens de l'art. 8(2) (f) et que dans ce contexte, des crimes de guerre¹³⁷ auraient été commis grâce à l'appareil de l'Etat¹³⁸. En outre des éléments raisonnables peuvent amener à la conclusion qu'Omar Al Bashir aurait usé de l'appareil de l'Etat pour commettre des crimes contre

¹³³ Article 13 du statut de Rome

¹³⁴ Alors président en exercice du Soudan.

¹³⁵ Cour Pénale Internationale, Chambre préliminaire I, *Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 Mars 2009.

¹³⁶ *Ibid*, paragraph 39.

¹³⁷ Tels que définis aux articles 8(2)(i) et 8(2)(v).

¹³⁸ Voir para 55 à 78 de la décision (Note 135).

l'humanité et que les éléments de l'art 7(1) et 7(1)(a)(b)(d)(f)(g) sont remplis en l'espèce¹³⁹. Pour ce qui est du crime de génocide, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas assez d'éléments pour remplir les conditions de l'art 6 et n'a en conséquence pas retenu ce crime dans l'accusation¹⁴⁰. Cependant le procureur a fait appel sur ce point¹⁴¹.

b- Pour ce qui est de la compétence *ratione personae*: Celle ci est établit par l'art 13 cité ci dessus.

A travers tous ces développements il apparaît que la qualité d'Etat non partie du Soudan n'est pas un élément pertinent en l'espèce. Cela notamment à la lecture du paragraphe 40 de la décision¹⁴²: *“Finally, in relation to the jurisdiction ratione personae, the Chamber considers that, insofar as the Darfur situation has been referred to the Court by the Security Council, acting pursuant to article 13(b) of the Statute, the present case falls within the jurisdiction of the Court despite the fact that it refers to the alleged criminal liability of a national of a state that it is not party to the statute, for crimes which have been allegedly committed in the territory of a State not party to the Statute”*.

User du jeu de ces dispositions est très clairement discutable à point tel qu'on pourrait se demander l'intérêt de la ratification ou non du traité qui aurait presque une vocation universelle, à travers l'articulation qui en est faite et qui arrive à l'étendre aux Etats non parties.

C- L'usage des dispositions du statut de Rome à l'égard d'un Etat tiers.

Comme le faisait remarquer Sarah Williams et Lena Sherif dans leur article¹⁴³, ni le statut de Rome, ni la Résolution 1593 du conseil de sécurité n'ont expressément élevé l'immunité des chefs d'Etat d'un Etat non partie dans l'hypothèse où une situation concernant cet Etat a été référée à la CPI par le Conseil de Sécurité. Cependant, il est

¹³⁹ Voir Para 79 à 109 de la décision (Note 135)..

¹⁴⁰ Voir Para 110 à 208 de la décision (Note 135)..

¹⁴¹ *Op Cit*, Note 135.

¹⁴² *Ibid*.

¹⁴³ Lena Sherif & Sarah Williams “The arrest warrant for the president Al-Bashir/ immunities of incumbent heads of state and the ICC”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2009, 14(1), pp.71-92.

clair que le renvoi par le conseil ne fait pas du Soudan un Etat partie au Statut.

Aussi pour Paola Gaeta¹⁴⁴, le principe consacré à l'art 27(2) s'applique à toute personne jouissant de l'immunité en vertu du droit coutumier¹⁴⁵, au mépris du fait de savoir si la personne concernée est ressortissant d'un Etat partie ou non. Cela signifie selon elle que la CPI jusqu'ici a une juridiction au-delà des cas particulier, à cet égard, peut émettre un mandat d'arrêt international aussi contre un représentant d'Etat non partie au mépris de savoir si ce représentant pourrait se prévaloir des immunités.

La remarque qui pourrait être faite à ce stade est celle suivant laquelle la Cour n'explique pas réellement par quel procédé *Al Bashir* se trouve lié par l'art 27 du statut. Elle fait certes référence au Chapitre VII de la charte qui est invoqué de façon assez lapidaire. Le but de la CPI à l'instar de mettre fin à l'impunité, est toutefois un argument difficilement opposable comme base légale. Dans le paragraphe 41 de sa décision, la Chambre préliminaire énonce: "*the current position of Omar Al Bashir as Head of a state which is not a party to the statute, has no effect on the Court's jurisdiction over the present case*". La Cour continue dans son paragraphe 45 en soutenant que, le Conseil de sécurité, en lui déférant la situation aurait néanmoins implicitement accepté que le statut y compris les dispositions sur l'immunité s'appliquent au cas d'espèce:

*« By referring the Darfur situation to the Court, pursuant to article 13(b), the security council of the United Nations has also accepted that the investigation into the said situation, as well as any prosecution arising there from, will take place in accordance with the statutory framework provided for in the statute, the Element of Crimes and the Rules as a whole »*¹⁴⁶.

Cet aspect est regrettable, et pour pallier à cet état la Cour aurait été bien inspiré de motiver longuement sa décision sur ce point.

¹⁴⁴ *Op Cit*, Note 126, p.993.

¹⁴⁵ Ainsi pour cet auteur cette règle découlant de l'art 27 serait tout simplement du droit coutumier qui s'appliquerait aux Etats sans distinction.

¹⁴⁶ *Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 Mars 2009, para 45. En ce sens voir Akande D., "*The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's Immunities*", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, p. 336.

Certes par rapport aux autres tribunaux *ad hoc*, la Cour est très novatrice et dynamique sur la question des droits de l'homme mais ne va t-elle pas justement trop loin? Il est certain que dans son combat pour l'impunité, un tel positionnement envoie un signal fort aux Etats et dirigeants en leur faisant comprendre que même si non parties aux statuts, ils pourraient répondre de leurs actes devant la Cour Pénale Internationale.

Cependant où est ce que mène une telle initiative ? Est ce réellement productif ?

II- Les effets du pragmatisme de la Cour

A- Pour l'institution :

La CPI comme les Nations Unies ne pourraient que se discréditer si le même Conseil de Sécurité qui a décidé le transfert du cas du Soudan à la CPI en mars 2005 par la résolution 1593 décidait, en vertu de l'article 16, de suspendre finalement toute poursuite contre *Omar Al-Bashir* en raison d'une menace d'aggravation de la situation sécuritaire dans le Darfour et l'ensemble du pays. Cependant, il ne s'agirait sans doute pas là de la première contradiction de l'ONU.

Enfin, comme le souligne Gideon Rachman¹⁴⁷, la CPI souffre déjà, dix ans après sa création, de nombreuses critiques (politisation¹⁴⁸, contre productivité, incompetence à arrêter les conflits, faible reconnaissance internationale en raison des nombreux pays non signataires).

Elle a ici une occasion en or de prouver son efficacité.

L'impression qui en ressort est une CPI aux mains liées, en d'autres termes, comment prouver son efficacité quand on fait face à un refus systématique de coopération qui est rappelons le, un élément vital pour cette juridiction.

¹⁴⁷ Dossier *Justice internationale jusqu'où ira la CPI ?*, Jeune Afrique, semaine du 19 juillet 2008.

¹⁴⁸ Selon Roland Marchal, chargé de recherche au CNRS/CERI, « *la CPI fait beaucoup de politique et peu de droit* », Le Monde, 15 juillet 2008.

B- En matière de coopération

Aujourd'hui dans la situation au Soudan dans laquelle ce mécanisme a été utilisé, l'Etat concerné par la voix de son chef d'Etat Omar Al Bashir refuse de coopérer avec la Cour et est allé au niveau national jusqu'à criminaliser toute coopération d'un de ses ressortissants avec cette juridiction¹⁴⁹. Ce qui contribue à bloquer le processus. Aussi l'accord signé par certains Etats africains en 2009 refusant conventionnellement de livrer le concerné à la Cour ne fait qu'enrailler la machine. C'est en ce sens que l'ancien Procureur de la CPI, Luis Moreno-Ocampo constatant que le Kenya avait failli à son obligation de coopération avec la Cour déclara : « Le président Bachir combat pour sa liberté en usant de différentes tactiques [...] y compris en abusant de l'hospitalité africaine »¹⁵⁰.

Cependant, au regard de la nature des faits reprochés la Cour ne pourrait se satisfaire et atteindre ses objectifs en n'avançant que sur des bases consensuelles. Elle est ainsi obligé de prendre des risques quitte à se priver de la coopération de certains Etats pour aller dans le sens de la lutte contre l'impunité.

CONCLUSION

Ainsi, les juridictions pénales internationales ont fait de l'ignorance de l'immunité en présence des violations graves des droits de l'homme une réalité. En outre, ils veulent apparemment faire de cette obligation une obligation *erga omnes* car s'imposant à tous indépendamment de leur consentement. Une telle position paraît pour le moins radical. Néanmoins, même si déjà réelle devant cette juridiction, d'autres continuent à « hurler » pour faire entendre et peut être accepter leur voix dans ce sens.

¹⁴⁹ Cela notamment au travers de différentes déclarations.

¹⁵⁰ Voire: <http://www.france24.com/fr/20100830-nairobi-embarrasse-apres-visite-president-soudanais-omar-el-bechir-kenya-cpi>

CHAPITRE II : LA POUSSEE AUDACIEUSE D'AUTRES ACTEURS POUR LA PRIMAUTE DES DROITS DE L'HOMME.

Ce qu'on pourrait ici appeler une pression sur les juridictions pertinentes en vue d'une détermination définitive se fait par le canal de trois acteurs : Les organisations internationales (ou assimilées), les auteurs et les instances compétentes nationales. Leur influence est ainsi matérialisée à travers ces trois sections :

- Les esquisses de codification sur la question (Section 1)
- L'émergence de théorie en doctrine (Section 2)
- Les juridictions nationales (Section 3)

SECTION 1 – LES ESQUISSES DE CODIFICATION.

A plusieurs reprises il y a eu des tentatives de codification sur cette question, nous nous limiterons à trois dans nos développements ci-dessous.

I- La convention européenne sur les immunités des Etats et leurs biens

A- Observations générales

Cette Convention fut conclut à Bâle le 16 Mai 1972 sous les auspices du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 7 Octobre 1982¹⁵¹. Cette convention n'a été ratifiée que par huit Etats de l'Europe de l'Ouest et a donc une portée relativement réduite.¹⁵²

¹⁵¹ Voir : Convention Européenne sur l'immunité des États (ci-après « convention européenne »), 16 mai 1972, [<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>]

¹⁵² Voir : Cf. le site du Conseil de l'Europe pour l'état des ratifications : [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=2&DF=10/01/05&CL=FRE>]

Dès le départ, il est rappelé la nécessité de cette Convention dans l'ordre juridique européen à l'aune d'un des buts du Conseil de l'Europe qui est de réaliser une union plus étroite entre ses membres. Le constat est ainsi fait d'une tendance en droit international à restreindre les cas dans lesquels un Etat peut invoquer l'immunité devant les tribunaux étrangers.

Il faudrait noter à cet effet, que la rédaction de ce texte est intervenue en 1972 et l'attention était déjà portée sur cette notion d'où le besoin d'uniformiser les règles applicables en la matière.

B- Le texte de la Convention

Cette Convention comprend 41 articles divisés en 6 Chapitres réparties comme suit:

- Chapitre I : Immunité de juridiction
- Chapitre II : Les règles de procédures
- Chapitre III : Effets des jugements
- Chapitre IV : Régime facultatif
- Chapitre V : Dispositions générales
- Chapitre VI : Dispositions finales

Celui qui nous intéresse dans cette étude est le premier chapitre et plus précisément l'**article 11** qui est rédigé comme suit :

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

Cet article s'avère être très proche de l'article 12 de la convention des Nations Unies bien que plus précis. Cependant, dans cet article il est fait interdiction aux Etats d'invoquer leur immunité de juridiction en présence d'un préjudice corporel ou matériel sous deux conditions : que le dommage soit survenu sur le territoire de l'Etat du for et que l'auteur de ce dommage y ait été présent. A travers cette disposition, on peut y percevoir un souci pour la protection des droits de l'homme face à cet instrument que

représente les immunités quand il est question du préjudice corporel. En effet le préjudice corporel englobe les actes touchant à l'intégrité physique d'une personne et à cette occasion entrent dans la sphère des droits de l'homme. Cette notion de préjudice corporel pourrait ainsi être définie comme une atteinte portée à la santé ou à l'intégrité mentale d'une personne.

Cependant, ce texte pêche par son impopularité car conclu en 1972 (c'est-à-dire quatre ans avant la FSIA des Etats Unies), il a ouvert une brèche vers la limitation des immunités que les Etats n'ont pas suivies dans leur pratique. Ainsi, c'est le texte des Nations Unies que beaucoup d'auteurs semblent retenir sûrement dû au fait de la limitation géographique du texte européen¹⁵³.

D'autres initiatives sur cette question se sont manifestées, ce notamment au sein de l'Institut de Droit International (IDI).

II- La portée de la résolution de l'institut du droit international

A- Présentation¹⁵⁴

L'Institut de Droit International (Ci-dessous IDI) a été fondé en 1873 à Gand en Belgique. Il avait pour mission de soutenir les efforts visant à éliminer des sociétés les sources de conflit et à codifier le droit international. Il a comme slogan « Justice et Paix ». L'institut a reçu le prix Nobel de la paix en 1904. Il se compose de 132 juristes ayant vocation à représenter l'ensemble des systèmes juridiques mondiaux. L'institut se réunit tous les deux ans dans un pays différent et la ville hôte donne son nom à la session.

Dans l'intervalle des sessions, des communications scientifiques étudient des thèmes choisies par l'Assemblée plénière. En amont de chaque session, les commissions rendent un rapport discuté par ses membres. Chaque membre de l'institut reçoit les travaux des commissions qu'il examine en amont de chaque session. L'Assemblée

¹⁵³ Car ce texte n'est applicable que dans l'espace européen.

¹⁵⁴ Voir : [http://www.idi-iil.org/idiF/navig_historique.html].

plénière après échange et discussions adopte, si cela lui apparaît opportun par vote à bulletin secret de chacun de ses membres, une résolution de caractère normatif.

B- La valeur juridique de la résolution de Naples 2009

A la session de Naples de Septembre 2009, l'Institut de Droit International (IDI) adoptait une résolution sur les immunités face aux crimes les plus graves et à cet effet, cet institut concluait à une inexistence d'une immunité en présence de tels crimes toutefois, cela n'est pas concrétisée dans la résolution car celle-ci dans son Article II paragraphe 3 : ne fait que « proposer » aux Etats de lever l'immunité des agents soupçonnés de crime international mais ne prend en aucun cas l'initiative d'une coercition textuelle.

Anyssa Bellal¹⁵⁵ regrette que cette résolution ne prenne pas réellement position sur les immunités des Etats en présence de violations graves des droits de l'homme à cause d'une absence de consensus entre les membres.

Selon Olivier Corten¹⁵⁶, dans la revue belge de Droit International¹⁵⁷, il est stipulé que les textes de cet institut revêtent une force doctrinale. Ainsi, un tel texte s'il avait été plus précis aurait eu un impact certain sur la jurisprudence. Au regard de la disparité de la pratique en la matière les acteurs de cet institut se sont gardés de donner une impulsion à cette question toujours pendante dans l'ordre juridique international.

Il n'est pas possible de parler d'esquisse de codification sur cette question sans aborder cette Convention des Nations Unies sur les immunités.

¹⁵⁵ Bellal Anyssa, « The 2009 resolution of the institute of international law on immunity and international crimes: a partial codification of the law? » *Westlaw*, 2011, P. 6.

¹⁵⁶ Professeur à l'université Libre de Belgique.

¹⁵⁷ Olivier Corten, « Les Résolutions de l'Institut de Droit International sur la légitime défense et sur les actions humanitaires », *Revue Belge de Droit International*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1.

III- La Convention des Nations Unies sur les immunités : Une réelle exception à l'immunité ?

Cette Convention a été le résultat d'un long processus, ce qui illustre la volonté des Etats d'œuvrer en vue de la résolution de cette question. Même si celui-ci est présenté comme le premier texte international semblant résoudre cette question, sa portée reste assez limitée comme nous le verrons ci dessous.

A- La genèse de la Convention des Nations Unies sur les immunités.

Cette résolution a été adoptée le 2 Décembre 2004 et est le fruit de 27 années de travail de codification du droit coutumier en la matière¹⁵⁸. Cependant, la motivation pour une telle convention et leur nécessité s'est imposé eu égard à la disparité des législations nationales sur la question qui contribua à fragmenter le droit des immunités au niveau universel¹⁵⁹. Diverses tentatives pour établir des normes conventionnelles universelles ou régionales en la matière ont été entreprises dans le but de trouver une solution acceptable pour surmonter cette fragmentation. Des sociétés savantes comme l'Institut du Droit International (IDI) et International Law Association (ILA) ont également œuvrées pour une unification des normes en la matière, ce qui a mené pour l'IDI à l'adoption de différentes résolutions¹⁶⁰ et, en ce qui concerne l'ILA, à un projet de convention. Au niveau international, la Commission du Droit International (CDI) s'est très tôt saisie de cette question, puisque les immunités des États et de leurs biens figuraient déjà sur le programme de travail initial établi lors de la première session de la Commission en 1949¹⁶¹.

¹⁵⁸ United Nations, *The work of the International Law Commission*, New York, United Nations Publications, 1996, page 104.

¹⁵⁹ C.H. SCHREUER, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge University Press, 1993, p.3.

¹⁶⁰ Résolutions de Hambourg en 1891 [www.idi-iil.org/idiF/résolutions/1891_ham_01_fr.pdf], d'Aix-en-Provence en 1954 [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1954_aix_02_fr.pdf], et de Bâle en 1991 [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991Jjal_03_fr.pdf].

¹⁶¹ *Op Cit*, Note 158, p. 9

La CDI a commencé son travail sur le sujet en 1978 en instituant un groupe de travail présidé par Sompong Sucharitkul, désigné rapporteur spécial par la suite. M. Sucharitkul a présenté huit rapports¹⁶², entre 1979 et 1986, dans lesquels il fait une analyse exhaustive de la pratique des États, c'est-à-dire de leur jurisprudence ainsi que des législations nationales adoptées par certains États, notamment les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, le Canada, l'Afrique du Sud, le Pakistan et par Singapour¹⁶³. Cependant ces rapports de M. Sucharitkul ont permis l'adoption en première lecture d'un projet de Convention¹⁶⁴.

Pour la deuxième lecture, Motoo Ogiso a été nommé rapporteur spécial. Il a présenté trois rapports¹⁶⁵, qui prenaient en compte les observations formulées par les États, les points de vue des membres de la Commission, ainsi que les débats menés au sein de la sixième commission de l'Assemblée générale au sujet des dispositions du projet¹⁶⁶.

A la lecture de ce projet, la préférence de celle-ci pour l'immunité restreinte est patente. Le principe posé est certes l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens mais ce dernier est jalonné par nombre d'exceptions à l'instar de:

«Selon le texte soumis à l'examen de l'Assemblée générale, les États ne bénéficieraient pas d'immunité dans les cas suivants : le consentement donné par l'État à l'exercice de juridiction d'un autre État (article 7) ; la participation à une procédure devant

¹⁶² S. SUCHARITKUL, Rapport préliminaire, Annuaire de la CDI (ACDI) 1979, vol. II (première partie), pp. 243-262 (résumé du sujet et de l'approche restrictive de l'immunité, l'exception des activités commerciales) ; Deuxième Rapport, ACDI 1980, vol. II (première partie), pp. 195-225 (définition de l'État, juridiction, et rétroactivité) ; Troisième Rapport, ACDI 1981, vol. II (première partie), pp. 131-158 (rapport entre compétence et immunité, consentement à l'exercice de la juridiction) ; Quatrième Rapport, ACDI 1982, vol. II (première partie), pp. 242-280, UN-Doc. A/CN.4/357 (la règle générale de l'immunité, l'exception des transactions commerciales) ; Cinquième Rapport, ACDI 1983, vol. II (première partie), pp. 27-56 (les exceptions pour les contrats de travail, les atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens, et pour la propriété, la possession et l'usage de biens) ; Sixième Rapport, ACDI 1984, vol. II (première partie), pp. 5-60 (autres exceptions) ; Septième Rapport, ACDI 1985, vol. II (première partie), pp. 21-48 (saisie et exécution) ; Huitième Rapport, ACDI 1986, vol. II (première partie), pp. 21-38.

¹⁶³ C. KESSEDJIAN/C.H. SCHREUER, « Le projet d'articles de la Commission du Droit international des Nations Unies sur les immunités des États », *RGDIP*, 1992, pp. 299-341, p. 301.

¹⁶⁴ Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-huitième session, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ACDI* 1986, vol. II (deuxième partie), pp. 7-22.

¹⁶⁵ M. OGISO, Premier Rapport, ACDI 1988, vol. II (première partie), p. 96 ; Deuxième Rapport, ACDI 1989, vol. II (première partie), p. 59 ; Troisième Rapport, ACDI 1990, vol. II (première partie), p. 5.

¹⁶⁶ H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 218. En ce qui concerne la procédure de l'élaboration du projet voy. UNITED NATIONS, *The Work of the International Law Commission*, New York, United Nations Publications, 1996, p. 9

un tribunal ou l'introduction de demandes reconventionnelles (article 8 et 9) ; les transactions commerciales (article 10) ; les contrats de travail (article 11) ; certains dommages aux personnes ou aux biens (article 12) ; certaines contestations relatives à la propriété, possession et usages de biens (article 13) ; à la propriété intellectuelle ou industrielle (article 14) ; à la participation à des sociétés ou autres groupements (article 15) ; ou à des navires dont un État est le propriétaire ou l'exploitant (article 16) ; un accord d'arbitrage (article 17) »¹⁶⁷. Ce texte n'a cependant pas été approuvé par les États à l'assemblée générale.

En 1998, l'Assemblée générale a décidé de détailler, au sein de la sixième commission, un groupe de travail qui sera chargé, en 1999, d'examiner les questions de fond restant à régler concernant le projet d'articles. La CDI a établi un groupe de travail sous la présidence de Gerhard Hafner.

La tâche de rapporteur fut confiée à Chusei Yamada, du Japon. Le groupe de travail élaborera un rapport sur les cinq questions restées en suspens à l'issue des consultations sous la présidence de Roberto Calero-Rodriguez, qui contenait également des suggestions pour amender le projet de 1991.

Un appendice fut ajouté au rapport, dans lequel l'attention de la sixième commission était attirée sur une évolution importante, survenue dans la pratique des États au cours de la dernière décennie. Il concerne l'argumentation, soutenue de plus en plus fréquemment, selon laquelle: « l'immunité ne devrait pas être accordée dans le cas d'actions au civil concernant des décès ou blessures résultant d'actes étatiques violant gravement les droits fondamentaux de l'homme ayant un caractère de *jus cogens*, en particulier en ce qui concerne l'interdiction de la torture »¹⁶⁸. Ce rapport fut annexé à celui de la CDI. Celle-ci adopta les suggestions faites, tandis qu'elle se contenta de prendre note du rapport en lui-même¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Gerhard HAFNER et Léonore LANGE, « La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *Annuaire Français de Droit International*, L-2004, CRNS Editions, Paris, pp : 47-48.

¹⁶⁸ *Ibid*, p: 49.

¹⁶⁹ Annexe au Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante et unième session, ACIDI 1999, vol. II (deuxième partie), pp. 162-182.

B- Le positionnement flou de la Convention sur les questions relative aux limitations des immunités pour violation des droits de l'homme

Ainsi, après de nombreuses tractations, cette convention fut finalement adopté le 2 Décembre 2004 avec en son sein l'article 12 apparaissant dans la partie consacrée aux situations dans lesquelles les immunités ne peuvent être invoqués.

Cet article aussi connue sous le nom de *Tort Exception* se lit ainsi :

Atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou dommages aux biens

À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.

1- L'indécision de l'article 12

Cependant en première lecture, la réponse à l'inquiétude qui avait été soulevé par certains Etats et par la doctrine est difficilement perceptible. En effet certains Etats réfutaient l'invocation de l'immunité dans l'hypothèse de violations graves des droits de l'homme revêtant notamment le caractère de *jus cogens*. Si réponse il y a dans cet article celle-ci reste assez discrète car la CDI a quasiment conservé le même propos que dans son projet ; propos que chacun pourrait lire et interpréter à sa guise selon sa conception des immunités. C'est ainsi que certains¹⁷⁰ y voient une limitation de l'immunité uniquement pour ce qui est des actes de gestion car selon eux, les violations contenues dans cet articles constituent des violations mineures à l'instar des accidents de

¹⁷⁰ Tel a été la position de la CIJ dans son arrêt du 03 Février 2012 opposant l'Allemagne à l'Italie.

circulations et ne peuvent pas intervenir lorsque l'Etat agit dans le cadre de ses fonctions régaliennes.

D'autres au contraire y voient la preuve d'une pratique consacrée dans cette convention qui conduit à limiter l'immunité de juridiction des Etats pour des violations graves des droits de l'homme.

L'interprétation de cette disposition n'est certes pas aisée mais une tentative de solution pourrait sortir du commentaire des dispositions de cette convention.

2- L'opportunité du commentaire de l'article 12 par les rédacteurs de la Convention.

Ainsi selon Gerhard HAFNER : « Un Etat ne bénéficie pas d'une immunité pour les actions en réparation pécuniaire concernant des atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou des dommages à ses biens. Cette exception vise principalement les affaires liées aux accidents de la circulation causés lors du transport de biens et de personnes par voie ferroviaire, routière, aérienne, ou sur l'eau. **Elle est formulée dans des termes suffisamment larges pour comprendre également tout dommage intentionnel, voire même l'assassinat politique**¹⁷¹ ».

A travers ce commentaire, il semblerait logique d'y inclure les violations graves des droits de l'homme car les rédacteurs eux même mentionnent la nature flexible de cette formulation. Cela certainement pour laisser une marge de manœuvre aux Etats dans ce domaine. Ainsi, si les dommages intentionnels tels que l'assassinat politique sont inclus, il semble évident que les violations, tels que la torture qui constituent des dommages intentionnels puisse naturellement y trouver une place.

Un tel commentaire aurait pu mettre fin à la polémique autour de cet article mais il n'en est rien, d'où la nécessité d'une intervention plus franche de la commission en vue d'éclaircir son propos sur ce point. Le lien reste à établir mais cependant, cette convention n'est toujours pas entrée en vigueur par manque de ratification, serait-ce à cause de ces flous persistants ? La question reste en suspend.

¹⁷¹ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ACDI* 1991, vol. II (deuxième partie), p.46, § 4; *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F Supp. 665 (DDC 1980), *ILR*, vol. 63, pp. 378-390.

Qu'en est-il dès lors des conditions d'application de cet article ?

3- Les conditions d'application de cet article

La non invocation de son immunité par un Etat conformément à l'article 12 est soumise à deux conditions :

- Une condition *ratione loci* : Elle nécessite la réalisation de l'acte litigieux sur le territoire de l'Etat du for.
- Une condition *ratione materiae* qui est soumise à la présence de l'auteur de l'acte sur le territoire de l'Etat du for au moment de l'acte ou de l'omission.

L'exception à l'immunité ne comprend donc pas les actes effectués en dehors du territoire de l'Etat du for, même s'il s'agit de violations de droits de l'homme¹⁷². Cette précision apportée dans l'affaire *Al-Adsani* ne fait que conforter la thèse militante en faveur de l'article 12 comme limite à l'immunité face aux violations graves des droits de l'homme. Car la façon dont il est abordé devant la CEDH sous-tend que cet argument aurait été recevable si les actes de torture s'étaient produits sur le territoire anglais.

Une fois de plus en soutien à cette thèse, il est expressément stipulé que : « La convention ne fait pas de distinction entre les actes *jure gestionis* et les actes *jure imperii* à l'origine du dommage, dès qu'un lien territorial suffisant est établi »¹⁷³.

Cette exception a donc une portée très large quant au type d'activités à l'origine du dommage, en ce sens que même les activités des services secrets de l'Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for sont potentiellement concernées¹⁷⁴. Toutefois, cet article ne

¹⁷² L'assignation en dommages-intérêts de l'Etat du Koweït par un ressortissant britannique pour des allégations de torture a été rejetée parce que les actes avaient été effectués en dehors du territoire du Royaume-Uni : *Al-Adsani v. Government of Kuwait and others*, arrêt du 21 janvier 1994, ILR, vol. 100, p. 465 ; voire également l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, requête n. 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001.

¹⁷³ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ACDI* 1991, vol. II (deuxième partie), p. 47, § 8 ; article 11 de la convention européenne ; Section 5, State Immunity Act 1978 (Royaume-Uni), 1978, ILR vol. 17, p. 1123 ; également C. SCHREUER, *op. cit.*, note, p. 51.

¹⁷⁴ B. HEB, « The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property », *EJIL*, 1993, pp. 269-282, p. 274 ; cf. *Liu v. Republic of China*, 892 F.2d.1419

s'applique pas à des situations de conflits armés¹⁷⁵ comme il a aussi été remarqué dans le dernier arrêt de la CIJ¹⁷⁶.

4- Vers l'hypothèse d'une nouvelle limitation des immunités de juridiction ?¹⁷⁷

Devant la CDI, en relation avec cet article, la question a été soulevée de savoir: “si l'immunité des Etats devait être déniée pour les actions au civil, en cas de décès ou de dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en dehors du territoire de l'Etat du for en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*”. Dans l'état actuel de l'exception concernant les actions en réparation en cas de décès ou de dommage corporel, l'Etat bénéficie d'immunité pour ces actions. Le rapport du groupe de travail de la CDI contient une annexe qui attire l'attention de la sixième commission sur les développements récents de la pratique des États suggérant l'émergence d'une nouvelle exception à l'immunité des États¹⁷⁸. Il fait référence à des actions de ce type et cite l'amendement du « *Foreign Sovereign Immunity Act* » par les États-Unis pour y incorporer une nouvelle exception à l'immunité¹⁷⁹. Cette exception couvre les cas où « des indemnités pécuniaires sont demandées à un État étranger pour préjudices corporels ou mort causés par un acte de torture... ». L'annexe cite également *l'affaire Pinochet* pour démontrer l'existence de limites de l'immunité en cas de violations massives des droits de l'homme perpétrées par des agents de l'État¹⁸⁰. Cependant, la sixième commission ainsi que l'Assemblée générale ont estimé que ce développement

(9th Cir.1989), ILR, vol. 101, p. 519, concernant l'assassinat d'un journaliste par un agent des services secrets de Taiwan.

¹⁷⁵ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session, « Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *ACDI* 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48, § 10.

¹⁷⁶ Voir arrêt 03 Février 2012 (Footnotes No ...)

¹⁷⁷ Cette partie a été inspirée du Commentaire de ce texte fait par Gerhard HAFNER.

¹⁷⁸ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante et unième session, annexe, *ACDI* 1999, vol. II (deuxième partie), p. 180

¹⁷⁹ *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* (États-Unis), Public Law 94-583, §§ 1330, 1602- 1611, *ILM*, 1976, vol. 15, p. 1388, modifié par Public Law 100-669, *ILM*, 1989, vol. 28, p. 397, § 1602.

¹⁸⁰ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-et-unième session, annexe, *ACDI* 1999, vol. II (deuxième partie), p. 163, à ce sujet, voir M. COSNARD, « Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *RGDIP*, 1999, pp. 309-328 ; J. BROHMER, « Diplomatie Immunity, Head of State Immunity, State Immunity : Misconceptions of a notorious Human Rights Violator », *LJIL*, 1999, pp. 361-371.

n'était pas encore suffisamment consolidé pour faire l'objet d'une codification et n'ont pas inclus de nouvelle exception dans la convention¹⁸¹.

A l'aune de tout cela c'est avec une certaine satisfaction qu'on pourrait se rendre compte que malgré les positions des juridictions internationales sur cette question, rien n'est joué et cette institution se verra vraisemblablement encore limitée dans un futur très proche au profit de l'attention toujours croissante accordée aux droits de l'homme.

C- La Convention des Nations Unies : une exception crédible à l'immunité ?

Pour répondre à la question de savoir si ce qu'on a appelé en doctrine la « *tort exception* » est une limite à l'immunité, la réponse est sans contexte oui, dès l'entrée en vigueur de ce texte, celui-ci pourra largement jouer ce rôle et constituera par la même occasion une impulsion devant les juridictions internationales sous réserve de remplir les conditions ci-dessus.

Par la même occasion ce texte représentera aussi la première limite conventionnelle aux immunités sous l'égide des droits de l'homme.

Cependant, les autres arguments militant pour une limitation des immunités sont-ils tout aussi concrets et pertinents ?

Les initiatives à ce sujet ne sont pas restés des esquisses, de véritables théories se sont développés dans le sens d'une restriction des immunités tant dans les ordres juridiques nationaux qu'internationaux.

¹⁸¹ Sixième commission, *Rapport du président du Groupe de travail*, 12 novembre 1999, UN-Doc. A/C.6/54/L.12, p. 7.

SECTION 2 : L'EMERGENCE DE THEORIES EN DOCTRINE

A travers les écrits de certains auteurs, émergent certaines théories lorsqu'il est question d'aborder la question des immunités face aux violations graves des droits de l'homme. Cependant, ces théories reviennent souvent dans les arguments et c'est à cet égard que nous avons identifié deux à l'instar de :

- La théorie de la renonciation implicite
- La théorie de la hiérarchie des normes en droit international.

Dès à présent il est opportun d'étudier leur pertinence dans ce débat.

I- L'opportunité de la théorie de la renonciation implicite à l'immunité

A- Origines et applications de l'argument de la renonciation implicite et ses applications.

1- L'origine américaine de cette théorie

Cette thèse tire son origine dans l'approche américaine des immunités et a notamment été utilisé aux Etats-Unis du fait de la formulation de la section 1605 du FSIA qui stipule que :

« A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the State in any case [...] in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect, except in accordance with the terms of the waiver ».

2- L'application variable

L'application de cette règle varie selon les cas, à cet égard, nous envisagerons cette variété à travers trois arrêts qui constituent l'ossature d'interprétation de cette notion:

- **L'arrêt Siderman**¹⁸² ou une approche étroite : Affaire dans laquelle l'Argentine demandait l'entraide judiciaire des Etats Unies pour faire revenir *Siderman* réfugié aux Etats Unis en Argentine. Les Etats-Unis interprétèrent cela comme une renonciation implicite de l'argentine à son immunité. Cela a le mérite d'être une interprétation assez large de cette notion.

A la suite de cela, Bianchi observa que cette interprétation du texte de la disposition du FSIA permettra peut-être d'établir à l'avenir plus facilement la compétence des cours américaines dans des cas de violations graves des droits humains. Cela n'est pas si sûr car le refus de reconnaître l'immunité de l'argentine a été semble-t-il moins motivé par la gravité des faits en cause comme le constate à bon droit Anyssa Bellal¹⁸³.

- **L'arrêt Von Dardel**¹⁸⁴ ou une approche large : Dans cette affaire, la Cour estima opportun de considérer qu'un pays ayant ratifié un traité de protection des droits de l'homme avec implicitement renoncé à son immunité pour des contentieux y afférant. Cela apparaît notamment dans sa motivation en ces termes :

« These conclusions are directly relevant to the present case, which involves violations not only of international human rights agreements but also of treaties codifying the fundamental principles of diplomatic immunity, which has been universally recognized as binding since before the times of Blackstone and the Vattel. By explicitly agreeing to be bound by the terms of those agreements, the URSS has implicitly waived its immunity in this action alleging their breach ».

Cette approche apparaît plus politique que juridique car, il est certes louable en faveur des Etats Unis de vouloir refuser des immunités pour les actes de violation des

¹⁸² *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, pp. 722-723.

¹⁸³ *Op cit*, Note 114, pp. 75.

¹⁸⁴ *Von Dardel v. Union of soviet Socialist Republics*, 1985

droits de l'homme en se prévalant de cette théorie. Cependant que devient le principe du consensualisme et de sécurité juridique ? Qui voudrait que les Etats ne soient liés par des conventions internationales que dans la mesure où ils ont explicitement consentis à celles-ci de sorte que les effets de ces conventions soient prévus par l'Etat concerné. Certes cette approche pourrait paraître comme « avant-gardiste », car plaçant les droits de l'homme au sommet d'une « pseudo-hiérarchie » des normes en droit international mais à quel prix ? Au prix de sacrifice des principes primordiaux de droit international ?

➤ **L'affaire Amerada Hess et les cas de violation des normes de jus cogens** : Les exceptions prévues par la FSIA avait été interprété de façon stricte par la Cour suprême américaines qui avait notamment estimé que l'immunité d'un Etat étranger devait être reconnues par les cours américaines même si l'Etat avait violé le droit international.

Cela est un revirement quasi-radical des juridictions américaines notamment après l'affaire *Von Dardel*. Toutefois, dans un article cet arrêt fut fortement critiqué par trois étudiants en droit qui avancèrent que l'immunité de l'Etat ne pouvait pas être accordée lorsque celui-ci avait violé des normes impératives de droit international¹⁸⁵. Ceux-ci soutinrent que le principe de l'immunité des Etats était lié à une certaine conception du droit international basée avant tout sur la volonté de l'Etat comme source des obligations juridiques.¹⁸⁶

Il semblerait selon ces mêmes auteurs que l'avènement du concept de *jus cogens* aurait fait évoluer le concept d'immunité en droit international, ainsi, désormais, l'Etat peut être lié par des normes auxquelles il n'a pas directement consenties. Ainsi, cette même logique du *jus cogens* ferait qu'un acte d'un état en violation des normes de droit impératif ne peut pas constituer un acte souverain. Dans le contexte plus précis de la pratique américaine et du FSIA, il s'agit d'une renonciation implicite au principe de l'immunité de l'Etat car en acceptant la notion de *jus cogens*, les Etats auraient renoncé

¹⁸⁵ Voir: Belsky A., Merva M. et Roht-Arriaza N., « Implied waiver under the FSIA: A proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law », *California Law Review*, Mars 1989, pp.365 et s.

¹⁸⁶ *Ibid*, p.378.

implicitement à l'invocation de l'immunité pour tous les actes de violation du droit impératif¹⁸⁷.

Malgré sa nature radicale¹⁸⁸, cet argument a souvent été évoqué devant les juridictions tant nationales¹⁸⁹ qu'internationales¹⁹⁰ sans réel succès jusqu'ici.

➤ **L'affaire Hugo Princz**¹⁹¹ :

Faits¹⁹² :

M. Hugo Princz est un ressortissant américain portant plainte contre l'Allemagne pour ce qu'il a subi dans les camps de concentration nazis. Après la guerre, l'Allemagne avait mis en place un fond pour dédommager les victimes de l'holocauste. Mais en 1955, le gouvernement allemand rejeta la demande en réparation d'Hugo Princz parce qu'il n'était pas de nationalité allemande. Cependant ces critères ont été modifiés en 1965 mais il ne déposa pas de nouvelle demande dans les temps. Après de vaines négociations par les voies diplomatiques pour obtenir réparation après ce délai de prescription, en 1992, il décida de saisir les tribunaux américains à la suite de laquelle la République fédérale de l'Allemagne invoqua son immunité de juridiction.

La Cour de première instance a considéré que l'Allemagne ne pouvait invoquer son immunité car le FSIA n'avait selon elle pas de rôle à jouer quand : « les réclamations font allusion à d'indiscutables actes de barbarisme commise par une nation hors la loi qui a démontré un manque de respect total pour les droits fondamentaux du citoyen américain simplement parce qu'il est juif », selon les termes de la Cour. La Cour dans cette affaire examina l'argument de la renonciation implicite à l'immunité en cas de violation du *jus cogens* avec l'argument des requérants :

« *The third Reich impliedly waived Germany's sovereign Immunity under the FSIA by violating jus cogens norms of the law of nations. In their own words: 'A foreign state*

¹⁸⁷ *Ibid*, p. 390 et 398.

¹⁸⁸ Le terme radical est ici employé pour illustrer le fait que tant la pratique que la doctrine ne s'accorde pas sur ce point, c'est une approche pour l'instant isolée qui va à l'encontre du droit international et de ses principes.

¹⁸⁹ Elle a été évoquée dans la jurisprudence des Etats Unis dans les affaires *Siderman* 1992 et *Hugo Princz* 1994 et en Grande Bretagne dans l'affaire *Al Adsani*.

¹⁹⁰ Notamment devant la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani* 2001.

¹⁹¹ *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir.), 1994.

¹⁹² Les faits de cet arrêt s'inspirent du commentaire de Anyssa Bellal à la page 79 à 80 de son ouvrage : *Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*

that violates these fundamental requirements of a civilized world thereby waives its right to be treated as a sovereign'. »¹⁹³.

La Cour rejeta cette interprétation. Pour elle, une renonciation implicite exigeait que soit prouvée la réelle intention de l'Etat et à cet égard, cette renonciation n'interviendrait que dans les hypothèses selon lesquels les Etats se présenteraient devant la Cour alors même qu'ils pourraient invoquer l'immunité. Ainsi la demande d'*Hugo Princz* fut rejetée mais ce dernier pu par la mise en place par l'Allemagne d'un fond de compensation pour les victimes américaines obtenir une réparation. On s'abstient volontairement de dire ici que M. *Princz* a obtenu justice car au vu de l'issu de cette affaire, la voie diplomatique a été préféré à la justice des tribunaux.

Cependant, en dépit de ses applications tant nombreuses que variées mais restant toujours géographiquement limitée, que peut-on tirer de la pertinence de ce concept ?

B- Les limites flagrantes de cette théorie

Les limites de cette théories apparaissent à plusieurs égard, elles sont d'une part matérielles (1) et d'autre part géographiques (2).

1- Les limites matérielles

La maladresse qui pourrait être reprochée à cette théorie est sa négligence des règles et des principes de droit international. Ce qui fait notamment d'elle une théorie si on peut le dire qui manque cruellement de recul par rapport aux actes. Elle s'est forgée uniquement sur la pratique interne au mépris du droit international. A cet effet, dans l'affaire *Hugo Princz*, la juge Wald dans son opinion dissidente, souligne d'ailleurs que les cours américaines doivent tenir compte du droit international en appliquant une loi interne ; cela en ces termes : « *The only way to reconcile the FSIA's presumption of foreign sovereign immunity with international law is to interpret the paragraph 1605 (a)*

¹⁹³ *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir.), 1994, p. 1171.

(1) of the Act as encompassing the principle that a foreign state implicitly waives its right to sovereign immunity in United states courts by violating jus cogens norms»¹⁹⁴.

Cette argumentation a été violemment rejetée par la majorité mettant certes l'accent sur l'importance du respect du droit international mais surtout sur la médiation du droit interne.

Une fois de plus de telles approches répondent plus à un souci politique et pourraient mettre sérieusement à mal les immunités qui même si de plus en plus contestées continuent à avoir à bon droit leur place dans l'ordre juridique international. Même dans une hypothèse de restriction de celle-ci, ce processus devra être évolutif eu égard à l'impact que cela puisse avoir dans cet ordre juridique notamment à l'aune du principe de souveraineté des Etats.

Toutefois, les limites ne sont pas que matérielles mais aussi et surtout se pose le problème de son application local.

2- Les limites géographiques

La limite géographique de cette théorie est évidente car applicable uniquement aux Etats Unis, elle ne pourrait à cet égard pas rentrer dans le processus de formation d'une règle de droit et est en principe le fruit d'une certaine pratique des Etats si on se place plutôt sur un angle coutumier. Et même dans une Convention, préalablement, il faudrait que la question faisant l'objet de celle-ci soit suffisamment développée pour en faire l'objet. Ainsi cette théorie s'imposerait difficilement dans l'ordre juridique international au regard de sa sphère d'application assez restreinte.

C- La pertinence de la théorie de la renonciation implicite à l'immunité

A l'aune de ces limites, la pertinence de cette théorie paraît fortement compromise. Une des issues possibles serait sur la scène internationale de militer pour une limitation

¹⁹⁴ *Ibid*, p.1183

des immunités face aux violations graves des droits de l'homme en s'unissant avec d'autres théories émergentes. Car c'est la multiplication et la disparité des pratiques qui contribuent à freiner la codification de ce droit.

La majorité des Etats et de la doctrine s'accordent pour une limitation de l'immunité des Etats face aux violations graves des droits de l'homme. Mais le problème est que ces derniers mettent en avant des motivations différentes, ce qui ne peut que contribuer à complexifier le travail des entités chargés d'une codification ou même des juges dans leur détermination.

II- L'acuité de la hiérarchie des normes en droit international

A- Les origines et applications de cette théorie

Cette théorie a commencé à émerger en droit international après l'émergence des normes de *jus cogens*.

L'argument de la hiérarchie des normes voudrait qu'en cas de conflit, une norme de droit impératif prime sur toute autre norme n'ayant pas le même rang normatif. Cet argument tire sa source dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui stipule :

« **Article 53** : TRAITÉS EN CONFLIT AVEC UNE NORME IMPÉRATIVE DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL (JUS COGENS)

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Et à **l'article 64** d'ajouter : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. »

Ainsi si on suit ce raisonnement, le respect des droits de l'homme revêtant le caractère de *jus cogens* devrait primer sur celui du principe de l'immunité de l'Etat, règle faisant partie du droit international coutumier mais pas considéré comme du droit impératif. C'est ainsi que devant la CEDH, les juges dissident reprochaient à la majorité de n'avoir pas assumé les conséquences d'une telle hiérarchisation en ces termes :

« 1.[...] En admettant que la norme prohibant la torture est une règle de *jus cogens*, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle de droit international, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de *jus cogens*.

2. [...] La majorité de la Cour ne semble pas d'autres part contester que les règles sur l'immunité des Etats qu'elles soient coutumières ou conventionnelles, ne relèvent pas du *jus cogens* [...];

3. [...] Dès lors, si l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de *jus cogens*, un Etat qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence celles relative à l'immunité des Etats) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions. Dans la présente affaire, le Koweït ne peut valablement se retrancher derrière les règles de l'immunité des Etats pour éviter une procédure sur de graves allégations de torture qui aurait eu lieu devant la justice d'un Etat étranger ; et les cours et tribunaux de cet Etat (le Royaume uni) ne peuvent accueillir une exception d'immunité, ou l'invoquer d'office, pour refuser de statuer sur une affaire de torture comme le leur demande un individu. La norme de *jus cogens* prohibant la torture et ses règles en matière d'immunité des Etats étant imbriquées, l'obstacle procédural l que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles ci ne déploient aucun effet juridique. De même, on ne peut invoquer le droit national sensé donner un effet sur le plan interne aux normes internationales en matière d'immunité des Etats, pour l'ériger en obstacle à la compétence ; on doit au contraire l'interpréter dans les limites et la lumière des principes impératifs du *jus cogens*. »¹⁹⁵

¹⁹⁵ Affaire *Al Adsani c. RU*, opinion dissidente commune (Note 27).

A certains égards, cette position est pertinente mais l'incertitude demeure quant à cette hiérarchisation des normes internationales. Toutefois, quel serait la place occupée par les normes coutumières ?

L'approche diverge notamment selon le tribunal devant le quel on se trouve :

- Devant la CEDH par exemple, Dans l'affaire *Al- Adsani*, les juges dissidents établissent que de part sa définition, la norme de *jus cogens*, vu sous un angle vertical est supérieur à toute autre norme de l'ordre juridique international, ce qui inclut les normes tant coutumières que conventionnelles.

A cet effet, on arriverait à la structure suivante :

Représentation :

Au sommet : Norme de jus cogens

En dessous : Normes coutumières ou conventionnelles

- Devant le TPIY : Dans l'affaire *Procureur c. Furundzija* 1998, il est fait état des conséquences qu'entraîne la consécration d'une norme en tant que norme de *jus cogens*. Le tribunal l'exprime comme suit : « En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu un principe une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles de droit coutumier ordinaire. La conséquence la plus manifeste en est que les Etats ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de normes coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative»¹⁹⁶.

Représentation :

Au sommet : Norme de jus cogens ou normes coutumière de même valeur

En dessous : Normes coutumières ordinaires ou conventionnelles

¹⁹⁶ *Procureur c. Furundzija*, Tribunal Pénal pour l'ex Yougoslavie, affaire n° IT-95-17/1-t, jugement du 10 Décembre 1998, paragraphe 153.

Cela a le mérite d'être clair, et confirme par là même, la théorie d'une hiérarchie en droit international. Certains observateurs dubitatifs pourraient trouver comme argument que ces constats n'ont été faits que devant des juridictions spécialisés. En réponse à de tels constats, il serait opportun de mentionner que la position de la Commission du Droit international dans un de ses rapports sur cette question a le mérite d'être assez claire. Celle-ci, a considéré que : « Le conflit d'un traité avec le *jus cogens* fait perdre sa validité au traité – ou à l'une de ses dispositions. [...] Il en va de même en cas de conflit entre *jus cogens* et droit coutumier (général), celui-ci se retrouvant invalide.»¹⁹⁷

Cependant jusqu'ici, bien que souvent invoqué dans différentes affaires, cette théorie n'a jamais été appliqué en tant que tel. Car les juridictions trouveront toujours un moyen à l'instar de l'article 53 de la Convention de Vienne pour écarter l'application d'une convention ne faisant par là jamais allusion à une telle théorie en droit international.

B- La pertinence de cette théorie

Concernant la primauté des droits de l'homme sur les immunités étant donné les positions divergentes des Etats quant à l'existence même d'une telle théorie en droit international, il serait difficile pour une juridiction de la reconnaître. Comme il a été de coutume jusqu'ici, les juridictions se baseront semble-t-il toujours sur un moyen autre pour faire prévaloir une norme réputée supérieure.

¹⁹⁷ Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversité du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 Avril 2006, paragraphe 367.

SECTION 3: « MORCEAUX CHOISIS » DES LEGISLATIONS NATIONALES.

Il est ici question d'étudier quelques juridictions nationales ayant adoptés des législations en matière d'immunité de juridiction. Et, ce sont ces Etats qui fournissent l'essentiel du contentieux relatif à la question de l'opposition entre les immunités et les violations graves des droits de l'homme.

A cet effet, nous verrons la législation américaine, britannique et canadienne.

I- L'impulsion des Etats-Unis : Le « Foreign Sovereign Immunity Act » (1976)¹⁹⁸

Le constat qu'on peut faire à ce propos est que, depuis longtemps, notamment 1976, les Etats unis ont adoptés une disposition particulière de l'immunité qui va notamment dans le sens d'une promotion des droits de l'homme. Cela matérialisé par la loi américaine sur l'immunité des Etats étrangers de 1976 qui prévoit notamment une exception à la disposition selon laquelle l'immunité ne saurait être invoquée comme suit : « lorsqu'une action en réparation est intentée contre un Etat étranger à raison de dommages corporels, d'un décès, de dommages matériels ou de pertes de biens survenus aux Etats-Unis et causés par un acte dommageable ou une omission de cet Etat étranger »¹⁹⁹ Ce texte fut adopté par le Congrès en 1976 avec pour but de codifier la pratique relative à l'immunité pour des actes de *jure gestionis* notamment. Sa disposition fondamentale est l'article 1605 ci-dessus qui expose les exceptions à l'immunité en invoquant en outre la théorie de la renonciation implicite²⁰⁰, l'exception pour les activités commerciales²⁰¹ et l'exception pour les dommages corporels²⁰². Cependant tous ces actes dont il est question doivent s'être déroulés sur le territoire américain.

Les Etats Unis à l'aune de cette théorie font figure de pionnière dans l'étude de cette question.

¹⁹⁸ L'essentiel de cette partie déjà été étudié dans la Section 2 du Chapitre II relative à la théorie de renonciation implicite à l'immunité.

¹⁹⁹ La loi des Etats Unis sur l'immunité des Etats étrangers de 1976, art. 1605 a

²⁰⁰ Article 1605, chapitre 1.

²⁰¹ *Ibid*, chapitre 2.

²⁰² *Ibid*, chapitre 5.

II- La Grande Bretagne : La « Sovereign Immunity Act » (SIA) (1978)

Dans l'adoption de ce texte, la grande Bretagne fut largement inspirée par la Convention Européenne sur les Immunités des Etats qui a une force juridique en droit britannique. Ce texte consacre une série d'exceptions aux immunités. Parmi celles-ci, figurent l'exception commerciale pour les contrats exécutoires en toute ou partie en Grande Bretagne ; une exception pour les dommages corporels ou mort d'hommes en ces termes : « *A state is not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury ; or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom* »²⁰³.

Le SIA ne distingue pas cependant entre les actes de *jure imperii* et ceux de *jure gestionis*.

Ce texte a par la suite servi à d'autres Etats qui ont adopté une législation similaire à l'instar de L'Australie, de l'Afrique du Sud, Singapour, Pakistan...

III- Canada : Le «State Immunity Act» (SIA)

Le *State Immunity Act* canadien est adopté en 1985 et très inspiré du texte britannique. Le principe de l'immunité est posé et comme d'habitude encadré par diverses exceptions apparaissant à l'article 5 et suivant. Nous nous attarderons très peu sur cette partie compte tenu du fait qu'elle est calquée sur le SIA britannique.

La remarque qu'il est possible de faire est celle suivant laquelle les Etats les plus actifs sur le plan national sur cette question sont principalement ceux d'obédience de Common Law.

²⁰³ UK, ST 1978 chap. 33, Point I, Paragraph 5.

CONCLUSION GENERALE :

« Il n'est pas moins prématuré d'enterrer l'immunité. Celle-ci n'est pas seulement une idée, elle constitue une règle, une institution juridique dont les applications quotidiennes sont multiples. On voit mal qu'elle disparaisse en un tournemain du seul fait du déplaisir ou des abus dont elle a été l'objet. Mais il est clair aussi que si elle veut survivre, l'immunité doit trouver un fondement solide. Le temps n'est plus où l'on peut se satisfaire des formules un peu magiques (souveraineté etc...). Si l'on ne veut pas que l'institution disparaisse. »²⁰⁴. Cette citation de J. Verhoeven, laisse percevoir que l'immunité est certes toujours présente, mais avec l'intérêt croissant accordé aux droits de l'homme la nécessité de lui trouver un autre support s'avère indispensable pour sa survie.

Opposé aux violations graves des droits de l'homme, pour l'instant, l'immunité plie mais ne rompt pas. Malgré cette pression intense de la doctrine, celle-ci ne réussit pas à trouver la faille qui fera converger la jurisprudence en son sens. Mais certains auteurs à l'instar de Brigitte Stern restent confiants comme nous pouvons le percevoir au travers de ce propos : « De la même façon qu'il a peu à peu été admis, pour être aujourd'hui généralement accepté, que l'immunité ne s'applique pas pour un acte de gestion, il ne paraît en rien de choquant que se développe, sur une base juridique solide, une nouvelle exception à l'immunité, à savoir que l'immunité ne s'applique pas lorsque est en cause un acte qualifié de crime de droit international, et ceci aussi tant dans le domaine pénal que dans le domaine civil »²⁰⁵.

Dans les deux citations ci-dessus énoncés revient toujours « la nécessité d'une base juridique solide », ce serait ce facteur qui ferait perdurer nos interrogations sur cette question. Cependant, l'espoir demeure et l'actualité de ce sujet nous encourage

²⁰⁴ Joe Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités: Contestation ou consolidation ?*, 2004, Larcier, Page 6.

²⁰⁵ Stern Brigitte « Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des Etats et chefs d'Etats en cas de crime de droit international ? » *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international*, 2004, p. 548

d'avantage notamment au regard du programme²⁰⁶ de la 9^e session des travaux de l'Académie de Droit International de Janvier 2013²⁰⁷ consacrée à l'étude de ce sujet. Et cette espérance perdue quant à l'imminence d'une solution sur ce point.

A l'issu de ces développements, parler de mort serait un propos radical car ayant une certaine importance et assise en droit international, celle-ci se verra surement limitée dans un futur proche eu égard à la pratique des Etats mais on est encore très loin de sa disparition²⁰⁸.

²⁰⁶ Au cours duquel notamment le Lundi 14 Janvier la question de l'immunité des Etats face aux violations graves des droits de l'homme se posera.

²⁰⁷ Programme disponible à l'adresse suivante: <http://www.hagueacademy.nl/?cours-de-perfectionnement/cours-de-perfectionnement-programme>

²⁰⁸ Notamment eu égard aux abus d'ordre politique que cela pourrait susciter dans l'ordre juridique international.

BIBLIOGRAPHIE²⁰⁹

I- Ouvrages:

- 1- **Annuaire de la Commission du Droit International**, 1991, vol II, deuxième partie, p.47, para.8
- 2- **A. BELLAL**, *Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ?*, Bruxelles, Bruylant (AUF), 2011, pp. 265. **(Note 114)**
- 3- **COSNARD M.**, *La soumission des États aux tribunaux internes : face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 403. **(Note 5)**
- 4- **COMBACAU J. et SUR S.**, *Droit international public*, LGDJ, 6^e éd., 2004, p. 321
- 5- **DAILLIER P., PELLET A.**, *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 2002, p. 446.
- 6- **DE LA PRADELLE**, *Droit international public*, Institut des Hautes Études Internationales, Paris, Novembre 1932/Mai 1933, pp. 33-34. **(Note 72)**
- 7- **PINGEL I. (dir)**, *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p. 19 **(Note 11)**
- 8- **RAPHAEL D.D.**, « *La tradition libérale des droits de l'homme dans l'occident* », Macmillan, London, 1970.
- 9- **SCHABAS W.**, *the UN International Criminal Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 329 et s.
- 10- **SINCLAIR**, « *The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments* », RdC 167 (1980-11), pp. 113-284, p. 133.
- 11- **SUDRE F.**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^e éd., PUF, 2005, no 203 et s.
- 12- **VERHOEVEN J. (dir.)**, *Droit international des immunités: Contestation ou consolidation ?*, 2004, Larcier. **(Note 9)**

II- Articles:

- 1- **AKANDE D.**, "*The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's Immunities*", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, p. 336.
- 2- **BASSIOUNI C.**, «*International Criminal Justice in Historical Perspective*», in M. Cherif Bassiouni, *the Legislative History of the International Criminal Court*:

²⁰⁹ Les éléments de bibliographie cités avec la mention "note" suivie d'un numéro sont ceux qui ont été sollicités au cours de la rédaction à plusieurs reprises.

- Introduction, Analysis and Integrated Text, Vol. I, Ardsley, New York, 2005, Page 84.
- 3- BELLAL A., « *The 2009 resolution of the institute of international law on immunity and international crimes: a partial codification of the law?* » Westlaw, 2011, P. 6.
 - 4- BELSKY A., Merva M. et Roht-Arriaza N., « *Implied waiver under the FSIA: A proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of international law* », California Law Review, Mars 1989, pp.365 et s.
 - 5- BIANCHI A., « *L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international* », RGDIP, 2004, p. 94. **(Note 36)**
 - 6- BROHMER J., « *Diplomatic Immunity, Head of State Immunity, State Immunity: Misconceptions of a notorious Human Rights Violator* », LJIL, 1999, pp. 361-371.
 - 7- CAPLAN LEE M., « *State immunity, human rights, and jus cogens: A critique of the normative hierarchy theory* », The American journal of international Law, October 2003, p.741-780.
 - 8- CORTEN O., « *Les Résolutions de l'Institut de Droit International sur la légitime défense et sur les actions humanitaires* », Revue Belge de Droit International, Editions Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1.
 - 9- COSNARD M., « *Quelques observations sur les décisions de la chambre des Lords du 25 Novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet* », RGDIP, 1999, pp. 309-328.
 - 10- D'ARGENT P., « *Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ? La question des réparation en cas de violation massive des droits de l'homme* », International Law Forum du droit international, n°1, 2003, p.22.
 - 11- DE FROUVILLE O., « *Droit à un tribunal et immunités de juridiction* », n°1, RGDIP, 2002, p.278. **(Note 32)**
 - 12- DE GOUTTES R., « *L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers* », Cour de Cassation, Rapport annuel, Paris, 2003. **(Note 8)**
 - 13- DE WET E., « *The Prohibition of torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implications for National and Customary Law* », 15 EJIL (2004) 97, 112.
 - 14- FLAUSS J-F, « *La compétence civile universelle devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », Rev. Trim. Dr. H. page 166. **(note 18)**
 - 15- FOUAD Z., « *Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la CEDH* » Revue trimestrielle des droits de l'homme, 59/2004, page. 622 **(note 15)**.
 - 16- GAETA P., « *Official capacities and Immunities* », dans Cassesse A., Gaeta P., Johr R., Jones D., (éds), *The Rome statute of the International Criminal Court: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.993. **(Note 126)**
 - 17- HAFNER G., « *L'immunité d'exécution dans le projet de convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* » in Droit des immunités et exigences du procès équitable, Paris, Pedone, 2004, p. **(Note 10)**
 - 18- HEB B., « *The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property* », EJIL, 1993, pp. 269-282, p. 274.

- 19- HUBER M., *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270 and 293.
- 20- GUILLOU B., « *Lutte contre l'impunité et processus de réconciliation* », La Revue Nouvelle Novembre 2003 / n°11, Bruxelles, page 24.
- 21- KESSEDJIAN C. /C.H. SCHREUER, « Le projet d'articles de la Commission du Droit international des Nations Unies sur les immunités des États », RGDIP, 1992, pp. 299-341, p. 301.
- 22- KOSKENNIEMI M., *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversité du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 Avril 2006, paragraphe 367.
- 23- NEDJAR, D. « *Tendances actuelles du droit international des immunités des États* », Journal du Droit International, n.1, 1997, p. 92.
- 24- PINGEL-LENUZZA I., « *droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour de Strasbourg persiste* », RGDIP, n°4, 2002, p. 898 et p. 903. **(Note 34)**
- 25- RUIZ-FABRI H., « *Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ?* », Mél. Fromont, PU Strasbourg, 2001, p. 371.
- 26- SCHREUER C.H., *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge University Press, 1993, p.3.
- 27- SHABAS W., "*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*", Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 446-453. **(Note 120)**
- 28- SHERIF L. & WILLIAMS S., "The arrest warrant for the president Al-Bashir/ immunities of incumbent heads of state and the ICC", *Journal of Conflict and Security Law*, 2009, 14(1), pp.71-92.
- 29- STERN B. « *Vers une limitation de l'irresponsabilité souveraine des Etats et chefs d'Etats en cas de crime de droit international ?* » La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international, 2004, pp. 511-548. **(Note 41)**
- 30- TRIFFTERER O., 'Article 27', in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute* (1999), page 786. **(Note 119)**
- 31- UNITED NATIONS, *The work of the International Law Commission*, New York, United Nations Publications, 1996, page 104.

III- Rapports :

- 1- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-huitième session, « *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* », ACDI 1986, vol. II (deuxième partie), pp. 7-22.
- 2- M. OGISO, Premier Rapport, ACDI 1988, vol. II (première partie), p. 96 ; Deuxième Rapport, ACDI 1989, vol. II (première partie), p. 59 ; Troisième Rapport, ACDI 1990, vol. II (première partie), p. 5.

- 3- H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 218. En ce qui concerne la procédure de l'élaboration du projet voy. UNITED NATIONS, *The Work of the International Law Commission*, New York, United Nations Publications, 1996, p. 9
- 4- Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session, « *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* », ACIDI 1991, vol. II (deuxième partie), p.46
- 5- Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session, « *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* », ACIDI 1991, vol. II (deuxième partie), p. 47
- 6- Sixième commission, *Rapport du président du Groupe de travail*, 12 novembre 1999, UN-Doc. A/C.6/54/L.12, p. 7.

IV- Jurisprudence:

- 1- CEDH *Forgaty c. RU*, 21 Novembre 2001, [GC²¹⁰] N° 37112/97
- 2- CEDH *Mc Elhinney c. Irlande*, 21 Novembre 2001, [GC], No31253/96
- 3- CEDH *Al Adsani c. RU*, 21 Novembre 2001, [GC], No35763/97, (Note 16)
- 4- CEDH *Al Adsani c. RU*, 21 Novembre 2001, opinion dissidente commune (Note 27)
- 5- CEDH, l'affaire *Golder c. RU*, 21 Février 1975, série A No18 (Note 46)
- 6- Décision Commission Européenne : 30 juin 1959 *Swabowicz c/ Suède*, No 434-58, *Annuaire II, page 335*.
- 7- CEDH, l'arrêt *Delcourt*, 17 janvier 1970, série A No11.
- 8- CEDH, l'arrêt *Borgers* 30 octobre 1991, série A No214-B.
- 9- CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 Février 1999, [GC], No26083/94.
- 10- CEDH, *Beer et Regan c. Allemagne*, 18 Février 1999, [GC], No28934/95.
- 11- CEDH, *Cudak c. Lituanie*, 23 Mars 2010, [GC], No15869/02.
- 12- CEDH, *Guadagnino c. Italie et France*, 18 Janvier 2011, No2555/03.
- 13- CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, Allemagne c. Italie, 3 Février 2012, *Rôle Général, No 143. (Note 68)*

²¹⁰ GC signifie "Grande Chambre". Les arrêts de la CEDH non signalés par ce sigle (GC) indiqueraient des arrêts de Chambre.

- 14- CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)(République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. *Recueil 2006, p. 6 (Rôle général No 126)*
- 15- *Bouzari c. Rep. Islamique d'Iran*, Cour d'appel de l'Ontario, (2004) *Dominion Law Reports* (DLR), 4th series, vol.243, p.406 ; *ILR, vol.128, p.586*
- 16- Cour d'appel de Paris, 9 Septembre 2002 et Ccass., *pourvoi n° : 02-45961*, 16 Déc. 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, *n°258, p.206* (L'affaire *Bucheron*).
- 17- *TPIR, Le Procureur c. Jean Kambanda*, jugement du 4 Septembre 1998, *affaire n° : ICTR 97-23S*
- 18- TSSL, Cour d'appel du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone concernant Mr Charles Taylor, affaire *No. SCSL-2003-01-T*.
- 19- Cour Pénale Internationale, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Décision du 7 Août 2012: "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations", *Affaire n° ICC-01/04-01/06-2904*. (note **130**)
- 20- Cour Pénale Internationale, Chambre préliminaire I, *Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *ICC-02/05-01/09, 4 Mars 2009*. (Note **135**)
- 21- Cour Pénale Internationale , "Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *ICC-02/05-01/09, 4 Mars 2009*"
- 22- *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 1992, *pp. 722-723*.
- 23- *Von Dardel v. Union of soviet Socialist Republics*, 1985
- 24- Dans l'affaire *Procureur c. Furundzija* 1998
- 25- *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F. 3d 1166 (D.C. Cir.), 1994
- 26- *Al-Adsani v. Government of Kuwait and others*, arrêt du 21 janvier 1994, *ILR, vol. 100, p. 465*

V- Textes juridiques:

- 1- La Convention Européenne des Droits de l'Homme: Article 6.1 CEDH.
- 2- La Convention de Vienne : articles 53 et 64.
- 3- La convention des Nations Unies sur les immunités des états et de leurs biens (2004) : Articles 11 - 12.
- 4- La convention européenne sur les immunités des états et de leurs biens : Articles 5.1 – 11.
- 5- Statut du tribunal de Nuremberg : Article 7.
- 6- Statut du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie : Article 7.2
- 7- Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda : l'article 6.2.
- 8- Projet de Code des Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité : l'article 7
- 9- La Charte des Nations Unies : Article 103 et Chapitre VII.
- 10- Le Statut de Rome : Article 27 – 98 – 13.

VI- e-sources:

- [http://www.ritimo.org/dossiers_thematiques/droits_humains/droits_homme/droits_homme_intro.html#1]
- [<http://www.affaires-strategiques.info/spip.php?article1785>, Sylvie Guelluy, juriste, « Vers une justice internationale effective ? » 5 août 2009]
- Dulait André, Rapport d'information sur la Cour pénale internationale (n°313/1998-99), Paris, Sénat (http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-313_mono.html).
- <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/justice-penale-internationale-index.shtml/justice-penale-internationale-introduction.shtml>
- <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/principes/justice-est-elle-egale-pour-tous.html>
- <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/>.
- http://www.aidh.org/Justice/Images/Fiche_Info.pdf
- <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>
- http://www.idi-iil.org/idiF/navig_historique.html.
- Résolutions de Hambourg en 1891 [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1891_ham_01_fr.pdf], d'Aix-en-Provence en 1954 [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1954_aix_02_fr.pdf], et de Bâle en 1991 [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991jal_03_fr.pdf].

VII- Journaux :

- *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Part Two, p. 45
- A. Álvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 [reed.], pp. 49, 57, 77, 155 - 156, 163, 292 and 304.

TABLE DES MATIERES

LES IMMUNITES DE JURIDICTION FACE AUX VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME : LA « CHRONIQUE D'UNE MORT ANNONCÉE ? »

Introduction:.....	- 6 -
I- Des droits de l'homme au droit impératif.....	- 7 -
II- De l'immunité absolue à l'immunité restreinte	- 9 -
PARTIE I: LA PROPENSION DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES EN FAVEUR DE L'EXCEPTION D'IMMUNITE	- 11 -
CHAPITRE I : L'INERTIE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	- 12 -
Introduction :	- 12 -
SECTION 1 : L'IGNORANCE DE LA NATURE DES ACTES DEVANT LA COUR EUROPEENNE	- 12 -
I- Une « attitude circonspecte » clairement exprimée dans l'affaire <i>Al-Adsani</i>	- 13 -
A- Le souci du respect de la hiérarchie des normes de droit international général.....	- 14 -
B- Le mépris de la nature de la violation : L'interdiction des actes de torture consacrés comme normes <i>jus cogens</i>	17
1- La vision des juges minoritaires	17
2- La vision des juges majoritaires	18
II- Le « coup de frein » de la Cour dans une tendance générale à une limitation des immunités	20
A- Au mépris des pressions doctrinales	20
1- La critique doctrinale de la décision de la Cour	20
- <i>Olivier de Frouville</i>	20
- <i>Andrea Bianchi</i>	21

2- La critique doctrinale de l'opinion dissidente commune	22
B- Au profit de la subdivision traditionnelle : actes <i>jure gestionis</i> – actes <i>jure imperii</i>	24
1- L'actualité de cette subdivision	24
2- La pertinence d'actes jure imperii accomplis en violation des droits de l'homme	25
SECTION 2 : LE DROIT D'ACCES A UN TRIBUNAL COMME SEULE LIMITATION CONFIRMEE A L'IMMUNITE.	25
I- L'article 6 : un outil indispensable devant la Cour pour la promotion du droit	26
A- L'art 6 : comme unique base dans la Convention permettant de trancher la question relative à l'immunité	26
1- La recherche progressive d'un cadre d'étude pour les immunités :.....	26
<i>a- La théorie des obligations positives et l'immunité</i>	26
<i>b- L'égalité des armes</i> :	27
2- La consécration de l'art 6.1 CEDH comme cadre d'étude :.....	28
B- L'interprétation décevante de l'article 6.1.....	29
II- L'article 6.1 : une limite aux immunités de juridiction des Etats.	31
A- L'exception reconnue aux immunités juridictionnelles concernant les contrats de travail	31
1- La consécration textuelle	31
2- La consécration jurisprudentielle :.....	32
<i>a- Cudak c. Italie : 23 Mars 2010</i>	32
<i>b- Guadagnino c. Italie : 18 Janvier 2011</i> :	33
<i>c- Sabeh El Leil c. France : 26 Juin 2011</i> :	34
B- L'interrogation toujours pendante au sujet des « violations graves des droits de l'homme » : limitation ou exception à l'immunité ?	36
CHAPITRE 2 : LE « RENDEZ-VOUS MANQUÉ » DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.	37
SECTION 1 : L'APPROCHE TRADITIONNELLE DE LA C.I.J. CONFRONTÉE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ETATS.....	38
I- La relation singulière de la C.I.J. avec l'immunité de juridiction	39
A- Une trajectoire ouvertement en faveur de l'immunité.	39
B- L'affaire du mandat d'arrêt et le statu quo de la CIJ :	40
1- Les faits	40
2- Le raisonnement de la Cour	40
C- L'arrêt Allemagne c. Italie du 3 fév. 2012 ou le caractère conservateur de la CIJ.....	42

1- Rappel des faits de l'affaire :	42
2- Les incohérences du raisonnement	44
II- Les manquements de la Cour dans sa jurisprudence relative aux immunités	44
A- L'échec de la mission de la Cour d'harmonisation de la pratique.....	44
B- Le sacrifice du développement du droit international :	45
SECTION 2 : L'APPROCHE PLUS QUE PRUDENTE DE LA COUR EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT INTERNATIONAL	47
I- La prise en compte stricte de la pratique pertinente des Etats en la matière	47
A- La reconnaissance explicite de l'évolution de la pratique fondée sur la territorialité.....	47
1- La distinction entre les actes des personnes civiles...	47
2- ... et les actes des forces armées	49
<i>a- La pertinence de la subdivision</i>	49
<i>b- Actes des forces armées et actes accomplis jure imperii :</i>	50
B- Le déni d'une évolution de la pratique fondée sur la gravité de la violation.....	51
1- Le critère de la gravité des violations invoqué par l'Italie :	51
2- Jus cogens et immunité :	53
II- Une décision au mépris considérations et avancées doctrinales.....	54
A- L'article 38(d) du statut de la C.I.J.	54
B- La critique du juge Cançado Trindade dans son opinion dissidente :	55
III- L'écho de cette décision chez les défenseurs des droits de l'homme	57
CONCLUSION	57
 PARTIE II : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'INFLECHISSEMENT DE L'IMMUNITÉ	58
CHAPITRE 1- L'EXCEPTION DES TRIBUNAUX PENaux INTERNATIONAUX.....	59
INTRODUCTION :	59
SECTION 1: LE CHOIX D'UNE IGNORANCE DES PRIVILEGES.....	60
I- Les précédents dans les statuts des tribunaux ad hoc sur la question de la qualité officielle d'un individu:.....	60
A- Les dispositions pertinentes.....	60
B- L'importance du mode de création des tribunaux internationaux : Le Chapitre VII de la Charte	62
II- La Consécration dans le Statut de Rome du principe de défaut de qualité officielle.	64

A- L'analyse de l'article 27.....	64
1- La mise en évidence du principe d'égalité	65
2- L'indifférence de la qualité officielle	66
3- Le problème du champ d'application de l'article 27 (2):	66
4- La lecture coordonnée des articles 27 et 98:	67
B- Une option dictée par le refus de l'impunité pour les crimes les plus graves :.....	68
1- Un « devoir de mémoire »	68
2- Une nécessité pour les victimes	69
SECTION 2 : UN CHOIX FAIT AU MEPRIS DU PRINCIPE DU CONSENSUALISME EN DROIT	
INTERNATIONAL	70
I- L'arrêt <i>Al Bashir</i> comme une illustration de l'excès de zèle de la CPI ?	70
A- Les faits de l'affaire - Selon la chambre préliminaire I de la CPI :.....	70
B- L'usage des dispositions du statut de Rome à l'égard d'un Etat tiers.	71
1- Le fondement	71
2- La compétence proprement dite	72
a- La compétence <i>ratione materiae</i>	72
II - Les effets du pragmatisme de la Cour	75
A- Pour l'institution :	75
B- En matière de coopération	76
CONCLUSION	76
CHAPITRE II : LA POUSSEE AUDACIEUSE D'AUTRES ACTEURS POUR LA PRIMAUTE DES DROITS DE	
L'HOMME.	77
SECTION 1 – LES ESQUISSES DE CODIFICATION.	
I- La convention européenne sur les immunités des Etats et leurs biens	77
A- Observations générales	77
B- Le texte de la Convention	78
II- La portée de la résolution de l'institut du droit international : Naples 2009.....	79
A- Présentation	79
B- La valeur juridique de la résolution de Naples 2009	80
III- La Convention des Nations Unies sur les immunités : Une réelle exception à l'immunité ?	81
A- La genèse de la Convention des Nations Unies sur les immunités.	81

B- Le positionnement flou de la Convention sur les questions relative aux limitations des immunités pour violation des droits de l’homme	84
1- L’indécision de l’article 12	84
2- L’opportunité du commentaire de l’article 12 par les rédacteurs de la Convention.	85
3- Les conditions d’application de cet article	86
4- Vers l’hypothèse d’une nouvelle limitation des immunités de juridiction ?	87
C-La Convention des Nations Unies : une exception crédible à l’immunité ?	88
SECTION 2 : L’EMERGENCE DE THEORIES EN DOCTRINE	89
I- L’opportunité de la théorie de la renonciation implicite à l’immunité	89
A- Origines et applications de l’argument de la renonciation implicite et ses applications.....	89
1- L’origine américaine de cette théorie	89
2- L’application variable	90
☐ <i>L’arrêt Siderman</i>	90
☐ <i>L’arrêt Von Dardel</i>	90
☐ <i>L’affaire Amerada Hess et les cas de violation des normes de jus cogens</i>	91
☐ <i>L’affaire Hugo Princz</i> :	92
B- Les limites flagrantes de cette théorie	93
1- Les limites matérielles	93
2- Les limites géographiques	94
C-La pertinence de la théorie de la renonciation implicite à l’immunité	94
II- L’acuité de la hiérarchie des normes en droit international	95
A- Les origines et applications de cette théorie	95
B- La pertinence de cette théorie	98
SECTION 3: « MORCEAUX CHOISIS » DES LEGISLATIONS NATIONALES.	99
I- L’impulsion des Etats-Unis : Le « Foreign Sovereign Immunity Act » (1976).....	99
II- La Grande Bretagne : Le « <i>Sovereign Immunity Act</i> » (SIA) (1978)	100
III- Canada : Le « <i>State Immunity Act</i> » (SIA)	100
CONCLUSION GENERALE :	101
BIBLIOGRAPHIE.....	103
TABLE DES MATIERES (DETAILLÉE)	110
ANNEXES.....	115

ANNEXES

- La convention des Nations Unies sur les immunités des états et de leurs biens (2004) - **Annexe I**
- La convention européenne sur les immunités des états et de leurs biens - **Annexe II**