

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-6
II. QUESTION PRÉLIMINAIRE: LA DIMENSION INTERTEMPORELLE DANS L'EXAMEN DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT	7-17
III. LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ET LES DEMANDES DE RÉPARATIONS DE GUERRE: UNE RELATION INÉLUCTABLE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE	18-23
IV. RECONNAISSANCE PAR L'ALLEMAGNE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN L'ESPÈCE	24-31
V. VALEURS HUMAINES FONDAMENTALES: DES DÉVELOPPEMENTS DOCTRINAUX TIRÉS DE L'OUBLI	32-40
VI. L'ŒUVRE DOCTRINALE COLLÉGIALE D'INSTITUTIONS SAVANTES DE DROIT INTERNATIONAL	41-52
VII. LE SEUIL DE GRAVITÉ DES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME ET AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	53-62
VIII. LA QUESTION DE LA RENONCIATION AUX RÉCLAMATIONS S'AGISSANT DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LA PROCÉ- DURE DEVANT LA COUR: ÉVALUATION	63-68
IX. LES ÉTATS NE PEUVENT, DANS LE CADRE DE LEURS RELATIONS, RENONCER À DES DROITS APPARTENANT À DES INDIVIDUS VIC- TIMES DE VIOLATIONS GRAVES DU DROIT INTERNATIONAL	69-72
X. POSITIONS DES PARTIES QUANT AU DROIT D'ACCÈS À LA JUS- TICE	73-79
XI. ÉCLAIRCISSEMENTS DONNÉS PAR LES PARTIES ET LA GRÈCE EN RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES PAR LA COUR	80-96
1. Questions posées aux Parties et à la Grèce	80
2. Première série de réponses	81-91
a) Réponses de l'Allemagne et de l'Italie	82-89
b) La réponse de la Grèce	90-91

3. Deuxième série de réponses	92-96
a) Observations de l'Allemagne	93
b) Observations de l'Italie	94-96
XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE	97-120
1. L'interdiction normative	97-101
2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction	102-113
3. L'interdiction dans les travaux de codification	114-116
4. Les crimes internationaux et les interdictions du <i>jus cogens</i>	117-120
XIII. PLAIDOIRIES DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT CONCERNANT LE <i>JUS COGENS</i> ET LE REFUS D'ACCORDER L'IMMUNITÉ: ÉVALUATION	121-129
XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE	130-155
1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	130-142
a) L'affaire <i>Al-Adsani</i> (2001)	130-134
b) L'affaire <i>McElhinney</i> (2001)	135-138
c) L'affaire <i>Fogarty</i> (2001)	139-140
d) L'affaire <i>Kalogeropoulou et autres</i> (2002)	141-142
2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes	143-148
3. La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international	149-155
XV. LES ARGUMENTS DES PARTIES EN CE QUI CONCERNE LES ACTES <i>JURE IMPERII</i> ET LES ACTES <i>JURE GESTIONIS</i>	156-160
XVI. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: MYOPIE DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE	161-171
XVII. LA PERSPECTIVE INTERÉTATIQUE VICIÉE FACE À L'IMPÉRATIF DE JUSTICE	172-176
XVIII. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT: LE DÉPASSEMENT DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE	177-183
XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE <i>DELICTA IMPERII</i>	184-198
1. Massacres de civils sans défense	185-191
a) Le massacre de Distomo	185-188
b) Le massacre de Civitella	189-191
2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre	192-198

XX.	LA PRÉVALENCE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU: L'INVOCATION PAR LES PARTIES DE L'AFFAIRE <i>GOIBURÚ ET AUTRES</i> (CIADH, 2006)	199-213
XXI.	LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU: ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA LOI DU <i>JUS COGENS</i>	214-220
XXII.	SORTIR DU NON-DROIT: LE DROIT AU DROIT DE LA VICTIME INDIVIDUELLE	221-226
XXIII.	VERS LA PRIMAUTÉ DE LA <i>RECTA RATIO</i> , QUI NE DISPARÂT JAMAIS	227-239
XXIV.	LE DROIT DES INDIVIDUS À RÉPARATION EN TANT QUE VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	240-281
	1. Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles	240-257
	2. Les catégories de victimes en l'espèce	258-260
	3. Le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000)	261-267
	4. Evaluation des conclusions des Parties	268-281
XXV.	L'IMPÉRATIF D'ACCORDER RÉPARATION AUX VICTIMES INDIVIDUELLES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	282-287
	1. La réalisation de la justice en tant que forme de réparation	282-284
	2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves	285-287
XXVI.	LA PRIMAUTÉ DU <i>JUS COGENS</i> : UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION	288-299
XXVII.	UNE RÉCAPITULATION: CONCLUSIONS	300-316

\*

## I. PROLÉGOMÈNES

1. Je regrette de ne pouvoir me joindre à la majorité dans la décision que la Cour vient d'adopter aujourd'hui, le 3 février 2012, dans l'affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*. Ma position dissidente concerne l'ensemble de la décision, y compris la méthode adoptée, la démarche suivie, l'ensemble du raisonnement quant aux questions de fond ainsi que les conclusions de l'arrêt. Cela étant, je souhaite consigner les fondements de ma position dissidente, étant donné l'importance que j'attache aux questions soulevées

en l'espèce par l'Allemagne et l'Italie, ainsi que par la Grèce, et conscient que le règlement du différend est inéluctablement lié à l'impératif de *réalisation de la justice* telle que je perçois celle-ci.

2. Je présente donc avec le plus grand soin les fondements de ma position totalement dissidente sur l'ensemble de la question dont traite la Cour dans l'arrêt qu'elle vient d'adopter, par respect pour l'exercice de la fonction judiciaire internationale et dans le souci de cet exercice, guidé par-dessus tout par l'objectif ultime consistant précisément à *réaliser la justice*. A cette fin, je me pencherai sur tous les aspects du différend qui fait l'objet du présent arrêt, dans l'espoir de contribuer à la clarification des questions soulevées et au développement progressif du droit international, notamment dans le cadre de l'administration par la Cour de la justice internationale dans les affaires de ce type sur la base de considérations fondamentales d'humanité, chaque fois que, comme en l'espèce, les origines factuelles de ces affaires seront des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

3. A titre préliminaire, j'analyserai la dimension intertemporelle de l'examen de l'immunité de l'Etat, pour passer ensuite à mon premier groupe de considérations touchant, premièrement, la relation inéluctable (à mon sens) qui existe en l'espèce entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre et, deuxièmement, la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat dans la présente affaire. J'essaierai ensuite de réhabiliter certains développements doctrinaux aujourd'hui tombés dans l'oubli, consacrant des valeurs humaines fondamentales, et de rappeler le travail doctrinal collégial effectué sur le sujet par des institutions savantes de droit international. Je me pencherai ensuite sur le seuil de gravité des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

4. Cela m'amènera à examiner la question de la renonciation à des réclamations du point de vue du droit d'accès à la justice dans les écritures devant la Cour, et à faire valoir que les Etats ne peuvent, dans leurs relations, renoncer à des droits appartenant à des individus victimes de violations graves du droit international. Je passerai ensuite aux arguments des Parties quant au droit d'accès à la justice. J'appellerai alors l'attention sur les éclaircissements donnés par lesdites Parties, l'Allemagne et l'Italie, et par l'Etat intervenant, la Grèce, en réponse à une série de questions que je leur ai posées lors de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011.

5. J'examinerai ensuite l'interdiction du travail forcé à l'époque de la seconde guerre mondiale, et les interdictions relevant du *jus cogens* et le déni de l'immunité. Cela m'amènera à me pencher sur la tension existant, dans la jurisprudence internationale, entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, ainsi qu'à évaluer les arguments des Parties quant aux actes *jure imperii* et *jure gestionis*. J'exposerai alors mes réflexions sur la personne humaine et les immunités de l'Etat, en insistant sur la myopie dont font preuve ceux qui adoptent une perspective strictement inter-étatique, surtout face à l'impératif de justice, et en soulignant la nécessité d'abandonner cette perspective tronquée. Cela m'amènera à défendre

la position selon laquelle il n'y a pas d'immunités de l'Etat pour les *delicta imperii*, le droit d'accès à la justice de l'individu prévalant dans le domaine du *jus cogens*.

6. Enfin, je me pencherai sur la configuration du droit de la victime individuelle au droit (le *droit au Droit*), attestant la primauté de la *recta ratio*, toujours d'actualité. Je passerai ensuite au droit à réparation des individus victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et à l'obligation impérative qui s'impose à l'Etat d'accorder réparation à ces victimes. Cela m'amènera à réaffirmer la primauté du *jus cogens*, en en réfutant la déconstruction. Il me sera alors possible, enfin et surtout, de présenter mes conclusions.

## II. QUESTION PRÉLIMINAIRE: LA DIMENSION INTERTEMPORELLE DANS L'EXAMEN DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT

7. L'examen de la question de l'immunité de l'Etat oblige à se pencher sur une question préliminaire, à savoir celle de la dimension intertemporelle de cet examen. Il s'agit de savoir si l'immunité de l'Etat doit être envisagée dans la présente espèce opposant l'Allemagne à l'Italie comme on l'entendait à l'époque (les années 1940) où les actes pour lesquels elle est invoquée ont été commis, ou telle qu'elle est alors que la Cour a été saisie du présent différend.

8. A cet égard, l'Allemagne fait valoir que, à l'époque où les forces allemandes se trouvaient en Italie, en 1943-1945, «la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée»<sup>1</sup> et que, même de nos jours, «[l']immunité juridictionnelle absolue pour les actes souverains d'un gouvernement demeure, aujourd'hui comme hier, la règle coutumière généralement reconnue»<sup>2</sup>. L'Allemagne fait en outre valoir que s'écarter de cette doctrine, ou créer de nouvelles exceptions à l'immunité de l'Etat avec effet rétroactif, serait contraire aux principes généraux du droit international<sup>3</sup>.

9. L'Italie argue quant à elle que les actes en cause dans la présente affaire, à savoir les décisions des juges italiens qui, depuis 2004, retiennent la compétence des juridictions italiennes à l'égard de l'Etat allemand, ont appliqué correctement le principe de l'immunité de l'Etat tel qu'il est interprété aujourd'hui<sup>4</sup>. Elle fait en outre valoir que l'immunité est une règle procédurale, qu'elle doit donc être appréciée au regard du droit en vigueur au moment où la juridiction est saisie<sup>5</sup>; elle ajoute que les juridictions ont généralement appliqué le droit en vigueur «au moment de l'action en justice, et non pas à l'époque des faits dommageables d'origine»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91; réplique de l'Allemagne, par. 37.

<sup>2</sup> Compte rendu (CR) 2011/17, par. 29.

<sup>3</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91; réplique de l'Allemagne, par. 37.

<sup>4</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 1.14-1.16; CR 2011/18, p. 23-24.

<sup>5</sup> Duplique de l'Italie, par. 4.2.

<sup>6</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.47.

10. La détermination du moment à prendre en considération pour savoir s'il faut ou non retenir l'immunité de l'Etat soulève deux questions: celles de savoir, premièrement, si cette immunité a changé ou évolué durant les dernières décennies et, deuxièmement, si elle doit être en l'espèce appliquée telle qu'elle est interprétée aujourd'hui, au moment où la Cour est saisie du différend. S'agissant de la première question, il est clair que le droit de l'immunité de l'Etat s'est développé et a évolué; il n'est pas resté statique. On ne peut dire que l'évolution survenue dans les domaines du droit international des droits de l'homme, du droit pénal international contemporain et du droit international contemporain n'a eu aucune influence sur le droit en évolution de l'immunité de l'Etat.

11. Quant à la seconde question, il y a de bonnes raisons d'envisager l'immunité telle qu'elle existe au moment où la Cour est saisie du différend. Après tout, s'agissant de jugements rendus par les tribunaux italiens depuis 2004 qui écartent l'immunité de l'Etat et accordent des réparations aux victimes, envisager la question comme on la comprenait durant la seconde guerre mondiale n'aurait aucun sens. La formation et le développement du droit international, de même que son interprétation et son application, ne peuvent guère être dissociés de sa dimension intertemporelle. La question du «droit intertemporel» est posée dans le cadre de la sentence arbitrale rendue le 1<sup>er</sup> avril 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas* (*Pays-Bas c. Etats-Unis*), dans laquelle l'arbitre, Max Huber, déclarait ce qui suit:

«En ce qui concerne la question de savoir lequel des différents systèmes juridiques en vigueur à des époques successives doit être appliqué dans un cas déterminé — question du droit dit intertemporel — il faut distinguer entre la création du droit en question et le maintien de ce droit. Le même principe, qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit.»<sup>7</sup>

12. A l'époque moderne, on considère qu'il n'existe pas de règles de droit international «immuables», comme on le pensait erronément il y a longtemps. Lors des sessions qu'il a tenues à Rome en 1973 et à Wiesbaden en 1975, l'Institut de droit international a examiné le sujet du «droit intertemporel». Un accord général s'est fait jour sur l'idée fondamentale que toute situation doit être appréciée à la lumière des règles juridiques qui lui sont contemporaines<sup>8</sup>, et qui évoluent avec le temps; la résolution prudente adoptée par l'Institut à Wiesbaden en 1975 montre qu'il était conscient de la tension sous-jacente<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II: affaire de l'*Ile de Palmas* (*Pays-Bas c. Etats-Unis*), 4 avril 1928, p. 845 (les italiques sont de moi); voir aussi p. 829-871.

<sup>8</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)*, vol. 55 (1973), p. 33, 27, 37, 48, 50 et 86; *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536 (par. 1 de la résolution de l'Institut). Et voir M. Sorensen, «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international — Rapport provisoire», *AIDI*, vol. 55 (1973), p. 35-36.

<sup>9</sup> Voir *AIDI*, vol. 56 (1975), p. 536-541; voir en particulier le second considérant du préambule de la résolution.

13. L'impact ou l'influence du passage du temps sur la formation et l'évolution des règles du droit international n'est pas un phénomène extérieur au droit<sup>10</sup>. La conception positiviste/volontariste du droit international, aujourd'hui dépassée, a nourri les tentatives (vaines) visant à établir l'indépendance du droit par rapport au temps, tout en privilégiant simultanément la méthode d'observation (par exemple, de la pratique des Etats) réduisant indûment au minimum les principes du droit international, ce qui touche aux fondements de notre discipline.

14. Dans l'univers conceptuel de celle-ci, des aspects du droit intertemporel en sont venus à être étudiés, par exemple, en gardant à l'esprit la relation entre le contenu et l'efficacité des normes du droit international et les transformations sociales intervenues lors des époques nouvelles. Constitue un *locus classicus* à cet égard l'*obiter dictum* bien connu de la Cour dans l'avis consultatif rendu sur la Namibie (1971), dans lequel la Cour a confirmé que le système des mandats (territoires sous mandat)<sup>11</sup> n'était « pas statique », mais était « par définition évolutif[f] » ; et elle a ajouté qu'elle se devait de prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui avait suivi, et l'évolution considérable du *corpus juris gentium* intervenu au fil du temps. Pour la Cour, « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'instrument du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »<sup>12</sup>.

15. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie, le fait demeure que, même après l'ordonnance rendue le 6 juillet 2010 par la Cour<sup>13</sup>, qui a déclaré la demande reconventionnelle italienne « irrece-

<sup>10</sup> Dans les travaux susmentionnés, l'Institut met l'accent sur l'impact du passage du temps sur le développement du droit international ; voir *AIDI*, vol. 55 (1953), p. 108 et 114-115 (interventions de M. Lachs, P. Reuter et S. Rosenne).

<sup>11</sup> En particulier, les concepts incorporés à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations.

<sup>12</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31-32, par. 53.

<sup>13</sup> Les Parties ont interprété différemment les effets de cette ordonnance de la Cour. L'Allemagne affirme que l'affaire n'a pas pour objet les violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale et la question des réparations, et que l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 le confirme (CR 2011/17, p. 18, par. 11) ; pour l'Allemagne, la Cour n'est pas compétente pour connaître de cette question (CR 2011/20, p. 11, par. 4). L'Italie soutient, quant à elle, que l'ordonnance susmentionnée de la Cour ne l'empêche pas de soulever la question des réparations à ce stade de la procédure pour faire lever l'immunité de l'Allemagne (CR 2011/18, p. 13, par. 10). S'agissant de la dimension intertemporelle du présent différend, l'Allemagne revient par contre à la seconde guerre mondiale pour faire valoir que la question de savoir si elle jouit de l'immunité devant les tribunaux italiens doit être examinée selon les normes en vigueur de 1943 à 1945, puisque l'immunité est la contrepartie procédurale de la règle de fond qui prévoit des réparations de guerre dans les relations entre Etats (CR 2011/17, p. 35-36, par. 32). L'Italie soutient, pour sa part, que les règles de l'immunité de l'Etat, en tant que règles procédurales, doivent être appliquées par les tribunaux en l'état qui est le leur au moment où le juge est saisi et non au moment où la violation alléguée du droit international a eu lieu, et elle affirme que cette position est étayée par l'article 4 de la convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (CR 2011/18, p. 23-24, par. 15-18).

vable», et ainsi, à mon grand regret, tenté de dissocier les immunités de l'Etat des demandes de réparations de guerre, les Parties elles-mêmes, l'Allemagne et l'Italie, continuent de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Cela me semble inévitable, car on ne peut envisager les immunités de l'Etat dans un vide, hors du contexte factuel (y compris leur origine factuelle) dans lequel elles sont invoquées. Les deux vont ensemble, comme l'a clairement démontré la procédure dans la présente affaire. Je reviendrai sur ce point tout au long de la présente opinion dissidente.

16. Il n'est pas justifié à mes yeux d'invoquer l'origine factuelle d'un différend simplement pour faire valoir que le travail obligatoire dans l'industrie de guerre n'était pas interdit par le passé (la seconde guerre mondiale), ou que le *jus cogens* n'existait pas alors, ou que les droits inhérents à la personne humaine n'étaient pas encore reconnus, tout en s'abritant simultanément derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Pour moi, cela n'a absolument aucun sens, et aboutit à l'impunité et à une injustice manifeste. Cela va à l'encontre du droit international. Cela est inacceptable aujourd'hui, comme c'était inacceptable par le passé. Cela va à l'encontre de la *recta ratio*, qui est au fondement du droit des gens aujourd'hui comme par le passé.

17. On peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un litige, et accepter le passage du temps et l'évolution du droit en relation avec certains faits mais non d'autres, relevant de la même situation *qui continue*. On est peut-être plus conscient aujourd'hui du rapport entre les immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre, et c'est rassurant. On ne peut tout simplement pas écarter cette relation sans justifier une position aussi dogmatique. On ne saurait invoquer des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités. Il faut tenir compte de l'évolution du droit dans la lutte sans fin menée pour mettre fin aux atrocités et faire en sorte qu'elles ne se reproduisent pas, où que ce soit dans le monde.

### III. LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ET LES DEMANDES DE RÉPARATIONS DE GUERRE : UNE RELATION INÉLUCTABLE DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

18. Force est de remarquer qu'*après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 déclarant la demande reconventionnelle italienne irrecevable, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont continué d'évoquer les faits qui sous-tendent leur différend et son contexte historique. Il est de fait frappant que, même après l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, les deux Parties, et l'Allemagne de manière plus significative, n'ont pas cessé d'évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire. S'agissant plus précisément de la question des réparations, l'Allemagne lui a consacré une partie de ses écritures et plaidoiries.

19. En fait, *après* l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 concernant la demande reconventionnelle italienne, l'Allemagne a soumis sa réplique (datée du 5 octobre 2010), dont la section III (par. 12 à 34) est intitulée «Questions liées aux réparations concernant l'Italie et les citoyens italiens»<sup>14</sup>. Quant aux arguments de l'Allemagne concernant la question des réparations et le contexte factuel de la présente affaire, au paragraphe 13 de sa réplique, par exemple, elle fait valoir que l'Italie a bénéficié du régime de réparation d'après guerre et a reçu d'importantes indemnités de l'Allemagne. Au paragraphe 34 de sa réplique, l'Allemagne affirme en outre que, par le biais de divers mécanismes de réparation, en particulier dans le cadre de réparations collectives, elle s'est acquittée de son obligation de réparer de manière pleinement satisfaisante.

20. Il en va de même des arguments des Parties lors des plaidoiries<sup>15</sup>. Une déclaration du conseil de l'Italie peut servir d'exemple à cet égard :

«N'est-ce pas bien étonnant d'entendre M<sup>me</sup> l'agent de l'Allemagne affirmer encore à ce stade que le dossier des réparations «do[es] not form part of the present proceedings», alors que le plus gros des débats et des propos que votre Cour a pu entendre tout au long de cette semaine de plaidoiries a été et continue d'être centré essentiellement sur ce dossier et qu'en particulier chacun des plaideurs de la Partie adverse s'est évertué à démontrer qu'aucune violation des obligations en question n'a jamais été commise?»<sup>16</sup>

21. Bien que l'Allemagne affirme que l'affaire ne concerne pas «les violations du droit humanitaire commises pendant la [seconde] guerre [mondiale] et la question des réparations»<sup>17</sup>, lors du second tour de plaidoiries, l'agent de l'Allemagne a indiqué qu'elle avait l'intention «de dissiper l'impression erronée que nos amis italiens et grecs ont pu créer, à savoir que les victimes de crimes de guerre commis par l'Allemagne n'auraient délibérément pas été indemnisées»<sup>18</sup>. Elle poursuivait alors en décrivant comme suit le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale :

«— Au début des années 1960, la République fédérale d'Allemagne a versé 115 millions de DM à la Grèce en faveur des victimes de la persécution raciale et religieuse. De même, elle a conclu avec l'Italie les deux traités auxquels il a été fait référence dans notre mémoire, en application desquels une somme forfaitaire de 80 millions de DM a été versée à l'Italie.

— Environ 3400 civils italiens ont été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour le travail forcé qu'ils

<sup>14</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 12-34.

<sup>15</sup> Voir, par exemple, CR 2011/20, p. 11 ; CR 2011/21, p. 14.

<sup>16</sup> CR 2011/21, p. 14.

<sup>17</sup> CR 2011/17, p. 18.

<sup>18</sup> CR 2011/20, p. 11-12.

avaient dû effectuer. La somme totale versée à des ressortissants italiens par cette fondation avoisinait les 2 millions d'euros.

- Par ailleurs, quelque 1000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation.
- Enfin, de nombreux ressortissants italiens et grecs se sont vu verser des indemnités en application de la législation allemande d'après guerre en matière d'indemnisation.»<sup>19</sup>

22. Le conseil de l'Allemagne revient sur la question dans sa plaidoirie, affirmant que la position de l'Italie selon laquelle l'Allemagne avait failli à l'obligation de réparation collective qui lui incombait «exige[ait] une explication du régime de réparation tel qu'il a été conçu par la communauté des Etats»<sup>20</sup>. Le conseil de l'Allemagne poursuit en expliquant les fondements du régime de réparation «conçus par la communauté des Etats ayant déclaré la guerre à l'Allemagne ... posés à Potsdam, quelques mois après la capitulation de l'Allemagne»<sup>21</sup>. C'est ainsi que le conseil de l'Allemagne a présenté «le contexte politique, historique et juridique de la clause de renonciation, qui ne [devait] pas être considérée comme une sorte d'accident, une disposition déviante qui ne cadr[ait] pas avec le régime de la responsabilité internationale»<sup>22</sup>.

23. Pour conclure sur ce point, on ne peut faire abstraction du contexte factuel, du contexte historique qui est à l'origine de la présente affaire. Les immunités de l'Etat ne peuvent être envisagées dans un vide, elles sont inéluctablement liées aux faits qui sont à l'origine du litige. C'est précisément ce que j'ai déclaré dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance du 6 juillet 2010, par laquelle la Cour a décidé à mon grand regret de rejeter la demande reconventionnelle italienne. Peu après cette ordonnance, les Parties (l'Allemagne et l'Italie) ont elles-mêmes continué de lier leurs conclusions (écrites et orales) sur la question des immunités de l'Etat au contexte factuel des demandes de réparations de guerre. Il n'aurait pu en être autrement, puisque les deux questions sont inéluctablement liées.

#### IV. RECONNAISSANCE PAR L'ALLEMAGNE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN L'ESPÈCE

24. Ayant établi que l'invocation des immunités de l'Etat et les demandes de réparations de guerre étaient inéluctablement liées en l'espèce (*supra*), je passe maintenant au point suivant, à savoir la reconnaissance par l'Allemagne de la responsabilité de l'Etat pour les faits illicites qui sont à l'origine de la présente affaire. Cette reconnaissance illustre

<sup>19</sup> CR 2011/20, p. 11-13.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 27.

l'unicité de la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, car il est très rare, voire sans précédent, que devant la Cour l'Etat demandeur reconnaisse sa responsabilité pour les faits dommageables qui sont à l'origine de l'affaire et en constituent le contexte factuel.

25. Tout au long de la procédure écrite et orale, l'Allemagne a pris l'initiative louable de reconnaître à maintes reprises la responsabilité de l'Etat allemand pour les faits illicites qui sont à l'origine du litige, c'est-à-dire les crimes commis par le III<sup>e</sup> Reich durant la seconde guerre mondiale<sup>23</sup>. C'est ainsi que, dans son mémoire, l'Allemagne a déclaré

«on ne saurait ... se faire une idée claire du contexte historique du différend sans revenir, même succinctement, sur la conduite illicite des forces du Reich allemand, d'une part, et sur les mesures prises au niveau interétatique par l'Allemagne de l'après-guerre pour mettre en œuvre la responsabilité de l'Allemagne découlant de cette conduite, d'autre part...

L'Allemagne démocratique qui a vu le jour après la chute de la dictature nazie n'a pas laissé d'exprimer ses regrets les plus profonds pour les violations massives du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes à partir des 8 et 9 septembre 1943 et ce, jusqu'à la libération de l'Italie.»<sup>24</sup>

26. L'Allemagne a ensuite évoqué ses maints «gestes symboliques» pour honorer la mémoire des citoyens italiens «victimes de stratégies barbares dans le cadre de cette guerre d'agression». Elle a ajouté qu'elle était «prête à en faire autant dans l'avenir». Elle a en particulier rappelé la cérémonie organisée en 2008 sur le site commémoratif «La Risiera di San Saba», situé près de Trieste (qui avait été utilisé comme camp de concentration durant l'occupation allemande lors de la seconde guerre mondiale), au cours de laquelle elle avait pleinement reconnu «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens»<sup>25</sup>.

27. Une des conclusions de la réunion des autorités allemandes et italiennes pendant cette cérémonie organisée près de Trieste le 18 novembre 2008 a été la décision de créer une commission conjointe d'historiens allemands et italiens

«qui aurait pour mission de revenir sur l'histoire commune des deux pays pendant la période où l'un et l'autre étaient sous la coupe d'un régime totalitaire, en prêtant une attention spéciale aux victimes de crimes de

<sup>23</sup> Voir, par exemple, mémoire de l'Allemagne, par. 7, 15, 59, 94; réplique de l'Allemagne, par. 2; CR 2011/17, p. 15, par. 5, p. 18-19, par. 12, p. 31, par. 20, et p. 48, par. 41; CR 2011/20, par. 1.

<sup>24</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 7 et 15.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 15.

guerre, notamment aux soldats italiens que les autorités du III<sup>e</sup> Reich utilisèrent abusivement pour le travail forcé (les «internés militaires»). En fait, la première conférence de cette commission conjointe, composée de cinq éminents spécialistes de chacune des parties, s'est tenue le 28 mars 2009 à la Villa Vigoni, le centre renommé d'échanges culturels organisés dans le cadre des relations germano-italiennes.»<sup>26</sup>

28. L'Allemagne a ajouté qu'elle «ne contest[ait] pas que des violations graves, voire des crimes, [avaient] effectivement été commises par ses forces d'occupation en Italie»<sup>27</sup> et que «[l]es actes illicites des forces armées du III<sup>e</sup> Reich furent commis entre 1943 et 1945. Depuis cette époque, aucun nouvel effet dommageable n'est venu s'ajouter au préjudice causé à l'origine.»<sup>28</sup> Dans sa réplique, l'Allemagne évoque de nouveau «[l]es terribles événements de la seconde guerre mondiale lorsque les forces d'occupation allemandes ont, de fait, gravement violé les lois de la guerre»<sup>29</sup> (en s'efforçant néanmoins de les séparer de la question de l'immunité de l'Etat soumise à la compétence de la Cour).

29. De même, à l'audience du 12 septembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré :

«L'Allemagne démocratique apparue à la fin de la dictature nazie a constamment exprimé son plus profond regret face aux violations grossières du droit international humanitaire perpétrées par les forces allemandes et reconnaît pleinement les souffrances infligées au peuple italien pendant la période qui s'est écoulée entre septembre 1943 et la libération de l'Italie en mai 1945. Dans ce cadre, le Gouvernement allemand, en coopération avec le Gouvernement italien, a fait plusieurs gestes en faveur des victimes et de leurs familles...

[D]es crimes indicibles ont été commis par des Allemands au cours de la seconde guerre mondiale. L'Allemagne est tout à fait consciente de sa responsabilité à cet égard. Ces crimes étaient uniques, comme l'ont été les instruments et les mécanismes d'indemnisation et de réparation — financiers, politiques et autres — créés et mis en œuvre par l'Allemagne depuis la fin de la guerre. Nous ne pouvons refaire l'histoire. Si les victimes ou les descendants des victimes croient que ces mécanismes n'étaient pas suffisants, nous le regrettons sincèrement.»<sup>30</sup>

30. Peu après, à l'audience du 15 novembre 2011, le conseil de l'Allemagne a déclaré à la Cour :

«Nous sommes tout à fait conscients que la complexité juridique de la présente affaire relative aux immunités de l'Etat ne permettra

<sup>26</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 15.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 59.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 94.

<sup>29</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 2.

<sup>30</sup> CR 2011/17, p. 15, par. 5, et p. 18, par. 12; voir aussi p. 31, par. 20, pour une autre évocation des «violations graves du droit perpétrées par les autorités du III<sup>e</sup> Reich allemand».

nullement d'appréhender la dimension humaine des terribles événements qui se sont déroulés pendant la guerre, événements à l'égard desquels l'Allemagne a reconnu sa pleine responsabilité. Je saisis d'ailleurs cette occasion pour témoigner aux victimes, et pas seulement à celles qui sont présentes dans cette salle de justice, notre plus profond respect.»<sup>31</sup>

L'Allemagne a en outre reconnu spécifiquement sa responsabilité pour le massacre de Distomo perpétré en Grèce le 10 juin 1944 (voir par. 188 *infra*).

31. Le massacre de Distomo n'a aucunement été une atrocité isolée ; il y a eu d'autres massacres en Grèce occupée à l'époque, dans le cadre d'une oppression systématique d'une extrême violence<sup>32</sup>. Les déclarations devant la Cour citées ci-dessus de reconnaissance de la responsabilité de l'Etat allemand, si louables soit-elles, montrent une nouvelle fois qu'il est impossible de faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire, l'invocation de l'immunité de l'Etat étant inéluctablement liée aux demandes de réparations de guerre.

#### V. VALEURS HUMAINES FONDAMENTALES : DES DÉVELOPPEMENTS DOCTRINAUX TIRÉS DE L'OUBLI

32. Comme la doctrine (c'est-à-dire «la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations») figure parmi les «sources» du droit international avec les «décisions judiciaires» à l'alinéa *d*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ, l'examen de la question fondamentale que soulève la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))* ne peut donc se limiter au seul examen de la jurisprudence (internationale comme nationale) relative à la question procédurale de l'immunité de l'Etat au sens strict ni consister en ce seul examen. Il faut aussi prêter attention à la doctrine des publicistes les plus éclairés, et tirer profit des valeurs humaines qui la soutiennent. Je vais donc me pencher sur des ouvrages que je considère comme particulièrement pertinents pour l'examen du présent cas d'espèce.

33. J'entends ne pas être exhaustif mais être bien sélectif en choisissant certaines réflexions qui ne devraient pas être ignorées de nos jours, en particulier par les praticiens actifs (sinon surmenés) du droit, qui semblent avoir oublié les leçons du passé, persistant à privilégier les stratégies judiciaires au lieu de tenir compte des valeurs humaines fondamentales. J'appelle l'attention sur les réflexions apparemment oubliées de trois juristes éminents, qui appartenaient à la génération qui a été témoin de deux guerres mondiales et y a survécu, et qui se sont consacrés au droit inter-

<sup>31</sup> CR 2011/20, p. 10, par. 1.

<sup>32</sup> Pour l'une des relations générales disponibles, voir M. Mazower, *Inside Hitler's Greece: The Experience of Occupation, 1941-44*, New Haven/Londres, Yale Nota Bene/Yale University Press, 2001, p. 155-261.

national durant l'entre-deux-guerres, une époque marquée par l'angoisse, et alors que les horreurs de la seconde guerre mondiale étaient perpétrées : Albert de La Pradelle (1871-1955), ancien membre du Comité consultatif de juristes qui a en 1920 rédigé le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI), devenu par la suite, moyennant des modifications mineures, le Statut de la CIJ ; Max Huber (1874-1960), ancien juge de la CPJI<sup>33</sup> ; et Alejandro Alvarez (1868-1960), ancien juge de la CIJ.

34. A l'époque où en Allemagne le nazisme prenait son essor, l'humanisme était cultivé dans d'autres régions, point trop éloignées, dans le domaine de la réflexion juridique internationale. Dans le cadre d'une série de conférences pénétrantes données à Paris de novembre 1932 à mai 1933, Albert de La Pradelle expliquait que le droit des gens transcende les relations entre Etats, et les régle de manière à protéger la personne humaine : c'est un vrai « droit de la communauté humaine ». Le droit des gens vise à assurer le respect des droits de la personne humaine, pour faire en sorte que les Etats s'acquittent de leurs obligations vis-à-vis des êtres humains placés sous leur juridiction. Le droit international, ajoutait-il, s'est formé à partir de l'être humain, il existe *par lui* et *pour lui*<sup>34</sup>.

35. En application du droit des gens, les Etats doivent permettre aux êtres humains qui les constituent de devenir les maîtres de leur destinée. Il s'agit là d'un véritable « droit de l'humanité », dans le cadre duquel les principes généraux du droit, qui sont ceux du droit international et découlent du droit naturel<sup>35</sup>, jouent un rôle directeur important. La conception purement étatique du droit est dangereuse, avertissait-il :

« Il est extrêmement grave et dangereux que le droit international se forme sur la conception de droits et de devoirs réciproques des différents Etats ... [C]ette définition, on doit l'écartier ... [E]lle devient immédiatement périlleuse en menant les Etats 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*. »<sup>36</sup>

Il fallait selon lui prêter attention à ces principes généraux, émanant de la *conscience juridique*, et à l'« évolution de l'humanité », respectueuse des droits de la personne humaine<sup>37</sup>.

36. Max Huber, à son tour, dans un ouvrage écrit à l'âge mûr et publié vers la fin de sa vie, appelait l'attention sur la pertinence des « valeurs supérieures » aux « intérêts de l'Etat » dans tout le domaine du *jus gentium*

<sup>33</sup> Et qui a présidé cette juridiction de 1925 à 1927.

<sup>34</sup> 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, p. 49, 80-81, 244, 251, 263, 265-266 et 356.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 230, 257, 264 et 413.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 261 et 412.

en tant que droit de l'humanité<sup>38</sup>. Se tournant vers le passé (il écrivait en 1954), il exposait ce qui suit :

« Si l'on compare l'époque actuelle avec celle de 1914, on doit bien constater un affaiblissement du 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 Etats... Dévalorisation de la personne et de la vie humaines ainsi qu'affaiblissement étendu de la conscience juridique. Tout cela explique pourquoi une partie importante de l'humanité accepta, sans grandes réactions apparentes, de sérieuses altérations du droit de la guerre. »<sup>39</sup>

37. Le *jus gentium*, envisagé et défendu par M. Huber à la lumière de la doctrine du droit naturel, est destiné à protéger la personne humaine. Le droit international humanitaire contemporain (consacré, par exemple, dans les quatre conventions de Genève) — ajoutait-il — visait en dernière analyse à protéger la personne humaine en tant que telle, indépendamment de la nationalité; il était axé sur les êtres humains. Il rappelait en outre l'idéal ultime cultivé par certains publicistes de la *civitas maxima gentium*<sup>40</sup>.

38. Alejandro Alvarez, pour sa part, dans un ouvrage publié (initialement à Paris) un an avant sa mort et intitulé *Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples* (1959), envisageait également les fondements du droit international — à la suite du « cataclysme social » de la seconde guerre mondiale — découlant de ces principes généraux<sup>41</sup> qui émanaient de la « conscience juridique internationale »<sup>42</sup>, d'où découlent également, ajoutait-il, des préceptes comme ceux touchant le crime contre l'humanité<sup>43</sup>. Pour lui également, ces principes généraux du droit international émanaient de la conscience juridique et ils devaient être réaffirmés à l'époque nouvelle<sup>44</sup>.

39. On leur accordait beaucoup d'importance, comme l'attestent, d'un point de vue historique, les deux conférences de paix de La Haye (1899 et 1907)<sup>45</sup>. A. Alvarez faisait en outre observer que, du fait du « dynamisme » de l'évolution du droit international,

« il est souvent assez difficile de distinguer, dans ce droit, la *lex lata* de la *lex ferenda*. A côté d'un droit international formé, il y a toujours un droit international en formation. »<sup>46</sup>

<sup>38</sup> M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, p. 26, 247, 270 et 293.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 291-292.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 247, 270, 286 et 304.

<sup>41</sup> A. Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962 (rééd.), p. 156, 163 et 292.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 49, 57, 77, 155-156 et 292.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 156 et 304.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 163 et 304.

<sup>45</sup> Voir *ibid.*, p. 156 et 357.

<sup>46</sup> « Es a menudo difícil hacer en este derecho la distinción tradicional entre la « *lex lata* » y la « *lex ferenda* ». Al lado de un derecho internacional formado, hay siempre un derecho internacional en formación. » (*Ibid.*, p. 292.)

40. Ce bref exposé de l'évolution doctrinale axée sur les valeurs humaines fondamentales révèle que certains des plus éminents juristes d'une génération qui a connu les horreurs de deux guerres au XX<sup>e</sup> siècle ne souscrivaient pas à une approche de notre discipline axée sur l'Etat. Au contraire, ils défendaient une approche totalement distincte, axée sur la personne humaine. Ils étaient, pour moi, fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait également l'être de nos jours. Même un domaine aussi lourdement marqué par l'approche axée sur l'Etat — laquelle n'a pas du tout contribué à éviter les horreurs de deux guerres mondiales — que celui des immunités de l'Etat doit aujourd'hui être réévalué à la lumière des *valeurs humaines fondamentales*. Les immunités de l'Etat sont, après tout, une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer de faire abstraction de l'évolution du droit international qui a lieu de nos jours, enfin, compte tenu des valeurs humaines fondamentales.

#### VI. L'ŒUVRE DOCTRINALE COLLÉGIALE D'INSTITUTIONS SAVANTES DE DROIT INTERNATIONAL

41. L'œuvre d'institutions savantes dans le domaine du droit international peut être invoquée à cet égard. Le sujet des immunités juridictionnelles de l'Etat, qui est au cœur de la présente espèce, a attiré l'attention de générations successives de juristes, ainsi que d'institutions savantes comme l'Institut de droit international (IDI) et l'Association de droit international (ADI). L'Institut de droit international a étudié le sujet depuis sa naissance à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours. Dès sa session de Hambourg de 1891, il déclarait, dans son *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* (comité de rédaction et L. von Bar, J. Westlake et A. Hartmann), au paragraphe 6 de l'article 4, que :

« Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont :

.....  
— Les actions en dommages-intérêts nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis sur le territoire. »

42. Plus d'un demi-siècle plus tard, on pouvait lire dans ses conclusions sur *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* (session d'Aix-en-Provence, 1954; rapporteur, E. Lémonon), à l'article 3 :

« Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des actions contre un Etat étranger et les personnes morales visées à l'article 1, toutes les fois que le litige a trait à un acte qui n'est pas de puissance publique.

La question de savoir si un acte n'est pas de puissance publique relève de la *lex fori*. »

43. En 1991, à sa session de Bâle, il déclarait à l'alinéa *e*) du paragraphe 2 de l'article 2 de ses conclusions sur *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats* (rapporteur, I. Brownlie), à propos des critères indicatifs de la compétence des tribunaux de l'Etat du for en matière d'immunité de juridiction, que :

«En l'absence de convention contraire, les critères suivants sont indicatifs de la compétence des organes de l'Etat du for pour connaître du fond de la demande, nonobstant une éventuelle revendication d'immunité de juridiction formulée par un Etat étranger :

- .....
- Les organes de l'Etat du for sont compétents à l'égard d'actions concernant le décès ou les dommages corporels de personnes ainsi que la perte ou les dommages aux biens, imputables à des activités d'un Etat étranger ou de ses agents dans les limites de la compétence interne de l'Etat du for.»

44. Une décennie plus tard, à sa session de Vancouver, en 2001, il déclarait à l'article 3 de sa résolution sur *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international* (rapporteur, J. Verhoeven) :

«En matière civile ou administrative, le chef d'Etat ne jouit d'aucune immunité de juridiction devant le tribunal d'un Etat étranger, sauf lorsqu'il est assigné en raison d'actes qu'il a accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles ; dans ce dernier cas, il ne jouit pas de l'immunité si la demande est reconventionnelle. Toutefois, aucun acte lié à l'exercice de la fonction juridictionnelle ne peut être accompli à son endroit lorsqu'il se trouve sur le territoire de cet Etat dans l'exercice de ses fonctions officielles.»

45. Quatre ans plus tard, à sa session de Cracovie, en 2005, l'Institut de droit international, à l'alinéa *a*) de l'article 3 de sa résolution sur *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (rapporteur, C. Tomuschat), déclarait :

«L'exercice de la compétence universelle est subordonné aux dispositions ci-après, à moins qu'il n'en soit convenu autrement de manière licite :

- la compétence universelle peut être exercée en cas de crimes internationaux identifiés par le droit international comme relevant de cette compétence dans les matières telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les violations graves des conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes de guerre, ou d'autres violations sérieuses du droit international humanitaire commises durant un conflit armé international ou non international.»

46. Enfin et surtout, aux paragraphes 2 et 3 de l'article II de sa résolution sur *L'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* (rapporteur, lady Fox), adoptée à sa session de Naples en 2008, l'Institut déclarait ce qui suit :

- « Conformément au droit international conventionnel et coutumier, les Etats ont l'obligation de prévenir et de réprimer les crimes internationaux. Les immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate à laquelle ont droit les victimes des crimes visées par la présente résolution.
- Les Etats devraient envisager de lever l'immunité de leurs agents lorsque ceux-ci sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux. »

47. De plus, dans la même résolution, adoptée à Naples en 2009, l'IDI ajoute, de manière significative (art. III, par. 1 et 3, *a*) et *b*):

- « Hors l'immunité personnelle dont un individu bénéficierait en vertu du droit international, aucune immunité n'est applicable en cas de crimes internationaux... »
- Les dispositions ci-dessus sont sans préjudice de :
  - la responsabilité en vertu du droit international de toute personne visée aux paragraphes précédents ;
  - l'imputation à un Etat des actes de cette personne qui sont constitutifs de crimes internationaux. »<sup>47</sup>

L'article IV de la même résolution ajoute que, dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions ci-dessus « ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat ».

48. Il ressort de ce qui précède que, dès le départ, l'IDI a envisagé les immunités de l'Etat comme évoluant avec le temps et assurément pas comme statiques ni immuables, et comme sujettes à limitations ou exceptions (sessions de Hambourg en 1891, d'Aix-en-Provence en 1954 et de Bâle en 1991). On peut dire la même chose des immunités des chefs d'Etat (session de Vancouver en 2001). Plus récemment (session de Cracovie en 2005), l'IDI a confirmé la compétence universelle vis-à-vis des crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire). Et, dans le cadre de ses travaux les plus récents sur le sujet (session de Naples en 2009), l'IDI a précisément indiqué que l'Etat ne jouissait d'aucune immunité en cas de crimes internationaux (art. III, par. 1); la résolution en question a été adoptée par 43 voix contre zéro, avec 14 abstentions.

<sup>47</sup> Et l'article IV ajoute : « Dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un Etat, les dispositions qui précèdent ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet Etat peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre Etat. »

49. Lors des débats de l'Institut qui ont précédé l'adoption à Naples en 2009 de la résolution susmentionnée, les vues ci-après ont notamment été exprimées: *a)* les crimes planifiés et perpétrés par l'Etat, qui engagent la responsabilité de celui-ci, lèvent tout obstacle à la compétence aux niveaux national et international, de manière à éviter l'impunité (interventions de A. A. Cançado Trindade); *b)* l'immunité de juridiction de l'Etat ne saurait être interprétée comme l'immunité de juridiction pénale (interventions de G. Abi-Saab); *c)* il faut mettre l'accent sur la nécessité de ne pas laisser les victimes sans aucun recours (intervention de G. Burdeau); *d)* il faut adopter une approche progressiste (intervention de R. Lee)<sup>48</sup>.

50. La seconde institution savante susmentionnée, l'Association de droit international (ADI), s'est également penchée sur la question. Dans son rapport final sur *L'exercice de la compétence universelle à l'égard des atteintes graves aux droits de l'homme* (conférence de Londres, tenue en 2000), le Comité du droit international et de la pratique des Etats a utilisé l'expression «infractions graves aux droits de l'homme» pour désigner les «violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme qualifiées de crimes par le droit international et dont la gravité est telle qu'elles appellent une attention particulière, notamment en ce qu'elles relèvent de la compétence universelle» (p. 3). L'une des «conclusions et recommandations» (n° 4) du comité de l'ADI était la suivante:

«En cas d'infractions graves aux droits de l'homme relevant de la compétence universelle, aucune immunité ne saurait être tirée du fait que les crimes ont été commis dans l'exercice de fonctions officielles.» (P. 21.)

51. Une décennie plus tard, dans son rapport sur les réparations pour les victimes de conflits armés (conférence de La Haye, tenue en 2010), le comité des réparations aux victimes de conflits armés (questions de fond) de l'ADI a fait observer, dans le commentaire relatif à l'article 6 de son projet de déclaration sur les principes du droit international relatifs aux réparations pour les victimes de conflits armés (question de fond), que l'obligation de réparer avait «son origine dans les principes généraux de la responsabilité de l'Etat» (tels qu'exprimés par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, en 1928), dans l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et dans l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux quatre conventions de Genève de 1949 (p. 311). Et le comité de l'ADI d'ajouter:

«Si, traditionnellement, les réclamations individuelles sont rejetées, l'opinion dominante de la doctrine reconnaît de plus en plus l'existence d'un droit individuel à réparation — non seulement en droit international des droits de l'homme, mais aussi en droit international humanitaire. On peut constater la même évolution dans la pratique des Etats.»<sup>49</sup> (P. 312.)

<sup>48</sup> Voir *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (2009), p. 144, 148, 158, 167, 175, 187, 198, 222 et 225.

<sup>49</sup> Et voir p. 313-320, sur l'évolution qui s'est produite ces dernières années dans le sens de la reconnaissance du droit de l'individu à réparation (voir *infra* sur ce point particulier).

52. Pour résumer et en conclusion, la doctrine juridique internationale contemporaine, y compris les institutions savantes de droit international, concilie progressivement l'immunité de l'Etat et le droit d'accès des victimes à la justice en faveur de ces dernières, en particulier en cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de la justice et d'éviter l'impunité en cas de crimes internationaux, ce afin de garantir la non-répétition de ceux-ci à l'avenir. Il est de nos jours généralement reconnu que les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités par les Etats ne peuvent aucunement s'abriter derrière l'immunité de l'Etat.

#### VII. LE SEUIL DE GRAVITÉ DES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME ET AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

53. Cela m'amène à examiner un aspect connexe de la question qui n'a pas jusqu'ici été suffisamment traité en doctrine, à savoir le seuil de *gravité* des atteintes aux droits de l'homme et au droit international humanitaire qui lève tout obstacle à la compétence dans la quête d'une réparation au bénéfice des victimes individuelles. A cet égard, on a tenté, au niveau théorique, de démontrer qu'il était possible de mettre en œuvre la responsabilité pénale internationale non seulement des individus mais aussi des Etats; on a dit que la responsabilité de l'Etat en cas de crime international commençait à être reconnue en droit international général<sup>50</sup>. Il va sans dire que les pratiques criminelles des Etats ont des conséquences pour la détermination des réparations au bénéfice des victimes individuelles, pour chacune d'entre elles, *a fortiori* si on se place du point de vue de la doctrine contemporaine — que je défends — d'un droit international *pour* la personne humaine, *pour* l'humanité<sup>51</sup>.

54. Dans le même ordre d'idées, il importe de s'arrêter sur la configuration qui doit être celle du seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme, avec les conséquences juridiques inéluctables qu'elle entraîne pour ce qui est de l'élimination de tout obstacle à la compétence et de la question des réparations au profit des victimes. Il est effectivement important de tenir compte aujourd'hui de toutes les atrocités de masse à la lumière du seuil de *gravité*, quels qu'en soient les auteurs; cela peut paraître évident, mais en pratique des tentatives regrettables visant à exonérer les Etats de tout type de responsabilité subsistent. On a tenté de temps à autre d'interpréter le seuil de gravité des violations des droits de

<sup>50</sup> N. H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2003, p. 206-207, 231, 279-280 et 283.

<sup>51</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 316 (2005), p. 31-439; A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part II», *RCADI*, vol. 317 (2005), p. 19-312.

l'homme; cette préoccupation a parfois été exprimée, par exemple dans les travaux de la Commission du droit international (CDI) de l'ONU, sans aboutir jusqu'ici à des résultats concrets.

55. En 1976, lors de l'examen de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats (rapporteur, Roberto Ago), la CDI a reconnu qu'il existait des faits internationalement illicites « plus graves que d'autres », qui constituaient des « crimes internationaux » du fait qu'ils portaient atteinte à des principes fondamentaux (comme ceux de la Charte des Nations Unies) « profondément enracinés dans la conscience de l'humanité » ainsi qu'aux fondements de « l'ordre juridique de la société internationale »<sup>52</sup>. Constatant la nécessité de reconnaître ces « illicéités exceptionnellement graves », la CDI, invoquant « le terrible souvenir des ravages sans précédent causés par [la seconde guerre mondiale] », faisait observer en 1976 encore :

« Le sentiment d'horreur laissé par les massacres systématiques de millions d'êtres humains perpétrés par le régime nazi, l'exécution ressentie pour les atteintes les plus brutales à la vie et à la dignité de l'homme ont mis en évidence la nécessité de faire en sorte que non seulement le droit interne des Etats mais avant tout le droit de la communauté internationale elle-même énoncent des règles impératives pour la sauvegarde et le respect des droits fondamentaux des peuples et de l'être humain — tout cela a poussé à l'affirmation la plus énergique de l'interdiction de crimes tels que le génocide, l'apartheid et d'autres pratiques inhumaines du même genre. »<sup>53</sup>

56. Une décennie plus tard, dans le même souci, le rapporteur spécial de la CDI pour le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Doudou Thiam) faisait observer dans son cinquième rapport (1987) que les infractions en cause étaient des « crimes qui portent atteinte aux fondements mêmes de la société humaine »<sup>54</sup>. Peu après, en 1989, le même rapporteur spécial a appelé l'attention sur la notion d'« infractions graves » consacrée dans les quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire et le protocole additionnel I (1977) y relatif<sup>55</sup>. Une décennie plus tard, dans son commentaire de l'article 7 du projet de code susmentionné (rapport de 1996), la CDI faisait l'observation suivante :

« Il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le Code puissent invoquer la souveraineté de l'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des

<sup>52</sup> Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 2<sup>e</sup> partie, p. 109 et 113-114; voir aussi p. 119.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>54</sup> Nations Unies, doc. A/CN.4/404/Corr.1 du 17 mars 1987, p. 2; voir aussi p. 5 et 6.

<sup>55</sup> Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 83-85.

règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales.»<sup>56</sup>

57. Les violations graves du droit international devaient apparaître de nouveau en 2001 dans les articles sur la responsabilité de l'État adoptés cette année-là par la CDI. L'article 40 définit la «violation grave» d'une obligation découlant «d'une norme impérative du droit international général» comme une violation qui dénote «de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique» à l'exécution de l'obligation. L'article 41 utilise également l'expression «violation grave». Le commentaire de ces dispositions souligne le «caractère systématique, flagrant ou répété» des violations en cause<sup>57</sup>. Ces violations engagent la responsabilité de l'État, qui n'est pas effacée par la responsabilité pénale internationale de l'individu<sup>58</sup>. La responsabilité de l'État subsiste en droit international général en cas de violations graves. La responsabilité de l'État et la responsabilité individuelle se complètent, comme l'atteste l'évolution contemporaine du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international.

58. De plus, en cas de violations graves des droits de l'homme, les États concernés voient leur responsabilité engagée en raison des dommages graves causés à des individus, à des êtres humains et non à d'autres États. La CDI elle-même l'a admis dans son rapport de 2001, dans lequel figurent les commentaires du projet d'articles qu'elle venait d'adopter. Elle a admis que :

«la responsabilité d'un État [pouvait] être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties au traité en question, mais les individus concernés [devaient] être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires des droits en question»<sup>59</sup>.

59. En résumé, les titulaires du droit à réparation sont les individus concernés, les êtres humains victimisés. Lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont commises, la criminalité des individus qui les commettent au nom des États est inéluctablement liée à la criminalité des États responsables eux-mêmes. Après tout, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité sont commis de manière planifiée et organisée, ce qui révèle une crimi-

<sup>56</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session* (6 mai-26 juillet 1996), p. 57, par. 1 (sur l'article 7).

<sup>57</sup> J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility — Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 247.

<sup>58</sup> A. A. Cançado Trindade, «Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited», *International Responsibility Today — Essays in Memory of O. Schachter* (dir. publ., M. Ragazzi), Leyde, Nijhoff, 2005, p. 253-269; P. S. Rao, «International Crimes and State Responsibility», *ibid.*, p. 76-77.

<sup>59</sup> «Projets d'articles sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites et commentaires relatifs», Nations Unies, doc. A/56/10 de 2001, art. 33, par. 3, p. 252.

nalité collective<sup>60</sup>. Ils utilisent les ressources de l'Etat, ils constituent de véritables crimes d'Etat. Il n'y a donc pas besoin de tenir compte, conjointement, de la responsabilité internationale de l'*Etat* et de la responsabilité pénale internationale de l'*individu*, si complémentaires soient-elles<sup>61</sup>.

60. Au *niveau normatif*, le seuil de gravité des violations des droits fondamentaux de la personne humaine a retenu l'attention à de nombreuses reprises, même s'il n'a pas fait jusqu'ici l'objet de développements suffisants. A certains moments de l'histoire, il a particulièrement attiré l'attention, par exemple peu après l'adoption du protocole additionnel I (de 1997, art. 85) aux quatre conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire<sup>62</sup>. Le régime applicable aux violations graves prévu dans les quatre conventions de Genève de 1949 (convention I, art. 49-50; convention II, art. 50-51; convention III, art. 129-130; et convention IV, art. 146-147) est désormais considéré comme faisant partie du droit international coutumier<sup>63</sup>.

61. Sur le *plan de la jurisprudence*, le seuil de gravité des violations des droits de l'homme commence à attirer l'attention et à être envisagé dans le cadre de la jurisprudence qui se fait jour en droit pénal international<sup>64</sup>. Il s'est surtout beaucoup développé ces dernières années dans la construction jurisprudentielle intervenue dans le domaine du droit international des droits de l'homme<sup>65</sup>. Un exemple est fourni par l'affaire *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda* (2003) dont a connu la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>66</sup>. C'est dans la jurisprudence constituée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

<sup>60</sup> R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 24, 85, 262-264 et 286-287.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 294, 298, 409-410, 412, 459 et 511.

<sup>62</sup> Voir E. J. Roucouas, «Les infractions graves au droit humanitaire», *Revue hellénique de droit international*, vol. 31 (1978), p. 60-139.

<sup>63</sup> Voir J.-M. Henckaerts, «The Grave Breaches Regime as Customary International Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2008), p. 683-701.

<sup>64</sup> Voir par exemple W. A. Schabas, «Gravity and the International Criminal Court», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 689-706.

<sup>65</sup> La gravité de certaines violations de droits fondamentaux (par exemple les disparitions forcées et les exécutions sommaires ou extrajudiciaires) a été reconnue par la CIADH peu après sa création; elle a fait œuvre de pionnière à cet égard et a inspiré la jurisprudence correspondante de la CEDH, en particulier dans le cadre du *cycle des affaires turques* vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Voir sur ces affaires, par exemple, J. Benzimra-Hazan, «En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 48 (2001), p. 983-997; Leo Zwaak, «The European Court of Human Rights Has the Turkish Security Forces Held Responsible for Violations of Human Rights: The Case of *Akdivar and Others*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 10 (1997), p. 99-110.

<sup>66</sup> Comme je l'ai récemment fait observer dans mon opinion individuelle en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 803-804, par. 218, note 158.

(CIADH) tout au long de la dernière décennie dans les affaires de massacres susmentionnées que l'on trouve les avancées les plus remarquables<sup>67</sup>.

62. On peut mentionner à cet égard les arrêts rendus par la CIADH dans les affaires, parmi d'autres, *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (29 avril 2004), *Massacre de Mapiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Massacres d' Ituango c. Colombie* (1<sup>er</sup> juillet 2006), *Goiburú et autres c. Paraguay* (22 septembre 2006 — voir *infra*), *Almonacid Arellano c. Chili* (26 septembre 2006), *Prison de Castro-Castro c. Pérou* (25 novembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (29 novembre 2006). Il est possible de favoriser une convergence jurisprudentielle entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international contemporain. Un autre point de convergence réside dans la participation des victimes elles-mêmes — leur *locus standi in judicio* — aux procédures respectives des tribunaux internationaux des droits de l'homme et des tribunaux pénaux internationaux.

#### VIII. LA QUESTION DE LA RENONCIATION AUX RÉCLAMATIONS S'AGISSANT DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DANS LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR : ÉVALUATION

63. La question de la *renonciation aux réclamations s'agissant du droit d'accès à la justice* (afin de demander réparation) a suscité une controverse entre les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) lors des plaidoiries devant la Cour. L'Allemagne affirmait, contestant l'argument italien quant à l'existence d'un droit individuel à réparation<sup>68</sup>, que le respect de l'immunité d'un Etat étranger était une limitation licite du droit d'accès à la justice<sup>69</sup>. Elle a en outre fait valoir qu'aucune règle n'interdisait de renoncer à des réclamations pécuniaires, la violation ayant déjà pris fin<sup>70</sup>. Si on acceptait l'argument de l'Italie, poursuivait l'Allemagne, l'ensemble du régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale serait mis à bas, puisque des demandes de réparations massives pourraient être formulées aussi bien par que contre l'Allemagne pour des violations des lois de la guerre par l'Allemagne et les forces alliées<sup>71</sup>. L'Allemagne faisait finalement valoir que le système de

<sup>67</sup> Pour une évaluation récente, voir [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?* (dir. publ., E. Lambert Abdelgawad et K. Martin-Chenut), Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 17-334.

<sup>68</sup> CR 2011/17, p. 41-42, par. 14 et 16.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 43-44, par. 23-24. A cet égard, l'Allemagne ajoutait que, même s'il existait un droit à réparation et un intérêt pour agir en droit international, elle en a tenu compte puisqu'elle a donné plein accès, sans discrimination aucune, à ses tribunaux à tous les plaignants (italiens et grecs); *ibid.*, p. 46, par. 30.

<sup>70</sup> CR 2011/20, p. 15-16, par. 2-3.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 17-18, par. 4-6.

réparation mis en place était complet et visait à réaliser un équilibre entre les intérêts des Etats victimes et ceux de l'Allemagne<sup>72</sup>.

64. L'Italie répliqua que la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ne couvrait pas les violations du droit international humanitaire. Contestant l'argument allemand, elle réitéra sa position selon laquelle elle n'avait pas renoncé aux demandes de réparation pour violations graves du droit international humanitaire car celles-ci n'entraient pas dans le champ d'application du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947. L'Italie faisait ainsi valoir que la seule interprétation de cette disposition du traité de 1947 était qu'elle ne constituait pas une renonciation aux demandes de réparation à raison des violations du droit international humanitaire<sup>73</sup>. Même si l'intention avait été de renoncer à toutes les réclamations de ce type contre l'Allemagne, ajoutait l'Italie, la disposition aurait été illicite, car elle absoudrait l'Allemagne de tous les crimes de guerre commis, ce que n'autorise pas le régime des conventions de Genève<sup>74</sup>.

65. Evoquant plus précisément le droit à réparation des internés militaires italiens, l'Italie a souligné le traitement paradoxal qui leur a été réservé: ils avaient été exclus du système de réparation mis en place avec la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» parce qu'ils étaient des prisonniers de guerre, alors même que l'Allemagne nazie les avait privés de ce statut pour les utiliser comme travailleurs forcés<sup>75</sup>. L'Italie ajoutait que les réclamations des victimes de massacres ne pouvaient être considérées comme ayant fait l'objet d'une renonciation parce qu'à l'époque de la prétendue renonciation (soit dans le cadre du traité de paix de 1947, soit dans le cadre des accords de 1961) les crimes en question n'avaient pas encore été établis; de plus, reconnaître une telle renonciation aboutirait à la situation absurde dans laquelle les auteurs de ces crimes seraient responsables pénalement mais pas civilement. Une telle solution irait également à l'encontre de l'évolution récente du droit pénal international, qui atteste que la responsabilité pénale et la responsabilité civile pour crime de guerre vont de pair<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CR 2011/20, p. 23-26, par. 17-24. De plus, il comprenait une renonciation par l'Italie à toutes les réclamations contre l'Allemagne, à titre de sanction pour sa participation à l'Axe; *ibid.*, p. 26-27, par. 23-25. Et les deux accords bilatéraux de 1961 ont été un geste en direction de l'Italie qui visait à améliorer encore les relations entre les deux Etats, tandis que la clause de renonciation demeurait pleinement en vigueur; *ibid.*, p. 29-30, par. 32.

<sup>73</sup> CR 2011/21, p. 24, par. 29, et CR 2011/18, p. 26-27, par. 4-8.

<sup>74</sup> Voir CR 2011/18, p. 31-32, par. 18-23; voir aussi p. 20-21, par. 11-13, et p. 22-23, par. 14. L'Italie soutient que les affaires de réparation qui sont en cause ne concernent pas les victimes des persécutions nazies, qui ont déjà bénéficié de réparations; CR 2011/21, p. 25, par. 33. Il est question ici des victimes telles que les internés militaires, qui n'ont pas reçu de réparations.

<sup>75</sup> CR 2011/18, p. 33, par. 28.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 34, par. 29-30. De plus, l'Italie relève que, comme l'a admis l'Allemagne, ces réparations accordées *ex gratia* n'étaient que partielles; CR 2011/21, p. 25-26, par. 34-35. L'Italie soutient qu'un nombre important de citoyens italiens ont droit à réparation et n'en ont encore reçu aucune. L'Italie fait valoir que les juridictions italiennes étaient ainsi la seule voie de recours de ces victimes, et qu'elles n'auraient pas refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne si le Gouvernement allemand avait accepté de prendre des mesures pour accorder à ces victimes les réparations auxquelles elles avaient droit; CR 2011/18, p. 13-14, par. 11.

66. La Grèce, pour sa part, affirmait que les tribunaux grecs avaient accepté l'existence d'un droit individuel à réparation pour les violations graves du droit international humanitaire, sur le fondement de l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907<sup>77</sup>, de l'article 91 du protocole additionnel I de 1977<sup>78</sup>, de la règle 150 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire<sup>79</sup> (le droit international coutumier, voir *supra*), du paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat<sup>80</sup> et de la pratique internationale. C'est un point sur lequel la Grèce a particulièrement insisté (voir par. 147 *infra*) et qui mérite qu'on l'étudie de près.

67. En effet, à un stade antérieur de la présente instance, j'ai jugé bon de me pencher sur ce point dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour (qui a rejeté la demande reconventionnelle italienne) du 6 juillet 2010. L'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 dispose qu'un Etat belligérant qui violerait les dispositions du règlement annexé à la convention sera responsable de tous les actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées et «sera tenu à indemnité». Les travaux préparatoires de cette disposition (qui a son origine dans une proposition du représentant de l'Allemagne) étaient l'idée que l'indemnisation était due aux victimes individuelles des violations susmentionnées<sup>81</sup>.

68. Soixante-dix ans plus tard, cette disposition a été actualisée par l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Il n'y a eu ni controverse ni contestation (que ce soit en 1907 ou en 1977) s'agissant de reconnaître la responsabilité de l'Etat à raison des violations du règlement de 1907 et de l'obligation en découlant pour l'Etat concerné d'indemniser les victimes individuelles<sup>82</sup>. Dans le même ordre d'idées, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010, je faisais l'observation suivante :

«A l'époque de la deuxième conférence de la paix historique, tenue ici, à La Haye, les Etats participants décidèrent d'instituer une obligation générale d'accorder des réparations, incombant à *toutes* les parties à un conflit armé (et non seulement aux Etats vaincus en faveur des puissances victorieuses, comme dans le cadre de la pratique étatique antérieure). Cette idée fut réalisée *sur la base d'une proposition allemande* qui aboutit à l'article 3 de la convention IV de La Haye<sup>83</sup>,

<sup>77</sup> CR 2011/19, p. 17, par. 28.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 32, par. 77.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 32, par. 78.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 34, par. 85.

<sup>81</sup> F. Kalshoven, «Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907», *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation* (dir. publ., H. Fujita, I. Suzuki et K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, p. 34-36.

<sup>82</sup> Cela, a-t-on fait valoir, reflétait le «droit coutumier et établi»; *ibid.*, p. 36-37.

<sup>83</sup> Aux termes de l'article 3: «La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement [règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la

la première disposition prévoyant expressément un régime de *réparation* à raison de violations du droit international humanitaire<sup>84</sup>. Grâce à la proposition rassurante de l'Allemagne, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 indiquait clairement qu'il entendait *conférer des droits directement aux individus*<sup>85</sup>, *aux êtres humains*, plutôt qu'aux Etats.

Cet héritage de la deuxième conférence de la paix de La Haye de 1907 conserve son empreinte jusqu'à nos jours<sup>86</sup>. Le prolongement temporel des souffrances de ceux qui furent déportés et astreints au travail forcé au cours de la seconde guerre mondiale (pendant la période allant de 1943 à 1945) a été souligné en doctrine, également en ce qui concerne les longs efforts des victimes en vue d'obtenir réparation... Non seulement ces victimes subirent un traitement inhumain et dégradant, mais elles arrivèrent par la suite au bout de leur vie ingrate après avoir assisté à l'impunité, sans obtenir de réparation et dans une situation d'injustice flagrante. Le temps de la justice humaine n'est décidément pas celui des êtres humains.» (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010 (I)*, p. 374-375, par. 116-118.)

#### IX. LES ÉTATS NE PEUVENT, DANS LE CADRE DE LEURS RELATIONS, RENONCER À DES DROITS APPARTENANT À DES INDIVIDUS VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DU DROIT INTERNATIONAL

69. La pertinence du droit individuel d'accès à la justice ne saurait donc être remise en cause. Dans le cas de ces violations graves, les victimes peuvent ainsi invoquer la responsabilité de l'Etat concerné de leur propre initiative et

---

convention IV de La Haye] sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.»

<sup>84</sup> Cet article de la convention IV de La Haye de 1907 finit par être considéré comme relevant également du droit international coutumier et fut repris à l'article 91 du protocole additionnel I (de 1977) aux conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire. Aux termes de l'article 91 (« Responsabilité ») du protocole I : « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées. »

<sup>85</sup> Voir en ce sens Eric David, « The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land », *War and the Rights of Individuals — Renaissance of Individual Compensation*, op. cit. supra note 81, p. 50-53 ; voir aussi, par exemple, F. Kalshoven, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), p. 831-833 ; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2006, p. 400.

<sup>86</sup> Pour un réexamen général de cette conférence de 1907 à l'occasion de la commémoration de son centenaire en 2007, voir [divers auteurs], *Actualité de la conférence de La Haye de 1907, deuxième conférence de la paix/Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference* (dir. publ., Yves Dautet), Leyde, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2008, p. 3-302.

sans passer par l'intermédiaire d'un Etat; elles peuvent le faire en tant que sujets du droit des nations et conformément à l'état de droit — tel qu'il est aujourd'hui reconnu par l'Organisation des Nations Unies — aux niveaux national et international. La théorie classique de l'«act of State» ne peut absolument pas être invoquée face à des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire par l'Etat concerné.

70. Dans de telles circonstances, c'est le droit de la victime d'accéder à la justice pour demander réparation qui prévaut. En résumé, l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 et l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 confèrent aux victimes de ces violations graves un droit de réparation au niveau international. Et les Etats responsables sont tenus de leur accorder cette réparation. Une vaste pratique s'est fait jour en ce sens ces dernières années dans le domaine du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, qui dénote l'émancipation des individus de la tutelle de leur Etat de nationalité dans la défense des droits qui leur sont inhérents, et est l'un des multiples aspects de cette émancipation<sup>87</sup>.

71. Dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, j'exposais en outre les fondements de ma position selon laquelle un Etat ne peut renoncer qu'aux revendications formulées en son propre nom, et non aux revendications formulées au nom d'êtres humains et concernant des droits propres à ceux-ci en tant que victimes de violations graves du droit international. Les droits des victimes de violations graves du droit international et du droit international humanitaire subsistent et leurs Etats de nationalité ne sauraient y renoncer en leur nom ni *inter se* (par. 114-115). Une renonciation de ce type serait privée de tout effet juridique (par. 151 et 153). Et j'ajoutais, dans la même opinion dissidente :

«En tout état de cause, toute prétendue renonciation par un Etat aux droits inhérents à la personne humaine serait, à mon avis, contraire à l'ordre public international et dépourvue de tout effet juridique. Soutenir que cela n'était pas encore reconnu à l'époque de la seconde guerre mondiale et du traité de paix de 1947 — un point de vue rappelant l'ancienne conception positiviste et sa servilité inéluctable envers le pouvoir établi — serait à mon avis infondé. Cela reviendrait à reconnaître que les Etats pourraient perpétrer des crimes contre l'humanité en toute impunité, qu'ils pourraient systématiquement commettre des actes d'homicide, humilier les personnes, les réduire en esclavage, les déporter et les astreindre au travail forcé, pour s'abriter ensuite derrière une clause de renonciation négociée

<sup>87</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «The Emancipation of the Individual from His Own State — The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations», *Human Rights, Democracy and the Rule of Law — Liber Amicorum L. Wildhaber* (dir. publ., S. Breitenmoser *et al.*), Zurich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, p. 151-171; R. P. Mazzechi, «Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), p. 343 et 345-347; M. Frulli, «When Are States Liable towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case?», *ibid.*, p. 424 et 427.

avec un ou plusieurs autres Etats, en essayant de régler toute revendication au moyen de traités de paix avec l'Etat ou les Etats respectif(s).

A l'époque du III<sup>e</sup> Reich, comme avant celle-ci, cette impossibilité était déjà profondément ancrée dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle* qui représente à mon avis la source *matérielle* ultime de tout le droit. Déclarer que le travail forcé n'était pas interdit à l'époque du III<sup>e</sup> Reich allemand ne serait pas tenable ..., même en vertu des anciens dogmes positivistes. Une telle affirmation n'est point tenable ni en temps de conflit armé, ni en temps de paix. Les restrictions progressives ayant abouti à l'interdiction du travail forcé, de manière à éviter et à condamner les abus commis contre la personne humaine dans le passé, se manifestèrent non seulement dans le domaine du droit international humanitaire, mais également dans celui de la réglementation des relations de travail (propre aux conventions internationales de l'Organisation internationale du Travail ou OIT). A mon avis, même avant l'apparition de tous ces instruments ..., l'esclavage et le travail forcé étaient proscrits par la conscience humaine, qui était trop marquée par le poids des abus flagrants du passé.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 377-378, par. 124-125.)

72. Il faut ici, une fois encore, dépasser la stricte perspective interétatique. Toujours dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle), je faisais observer que ma propre conception du droit international, tout à fait distincte de celle de la majorité des membres de la Cour,

«[allait] bien au-delà de la stricte perspective interétatique pour toucher les titulaires ultimes des droits, les êtres humains, confrontés à la renonciation à leurs créances concernant la réparation des violations graves de leurs droits par les Etats censés les protéger, et non les opprimer.

Les Etats sont libres de renoncer à des revendications portant sur *leurs propres* droits. Mais ils ne sauraient renoncer aux revendications portant sur la réparation de violations graves de droits qui *ne sont pas* les leurs, de droits qui sont inhérents à la personne humaine. Toute prétendue renonciation en ce sens est contraire à l'ordre public international et constitue une violation du *jus cogens*. Cette perspective plus large, dans le cadre d'une échelle de *valeurs* supérieure, est conforme à la vision des «pères fondateurs» du droit des gens (le *jus gentium*), ainsi qu'à ce qui représente à mon avis le courant le plus lucide de la pensée internationaliste contemporaine.

On ne saurait bâtir (et tenter de maintenir) un ordre juridique international sur la souffrance d'êtres humains, sur le silence des innocents voués à l'oubli. A l'époque où des civils furent déportés en masse et furent envoyés au travail forcé au cours des *deux* guerres mondiales (en 1916-1918 et en 1943-1945) du XX<sup>e</sup> siècle (et non pas uniquement pendant la seconde guerre mondiale), nul n'ignorait qu'il s'agissait là d'un acte *illicite*, d'une atrocité, d'une violation grave des

droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui finit par être reconnue comme un crime de guerre et un crime contre l'humanité. La conscience, supérieure à la volonté, fait progresser le droit, dont elle est la source *matérielle* ultime, en éliminant l'injustice manifeste.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 396-397, par. 177-179.)

#### X. POSITIONS DES PARTIES QUANT AU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

73. L'Allemagne et l'Italie entendent le droit d'accès à la justice de manières fondamentalement différentes. Toutes deux conviennent que l'accès à la justice est un droit fondamental comprenant deux éléments (complémentaires), à savoir le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable<sup>88</sup>, mais elles ne sont pas d'accord quant à sa portée et aux conséquences de son exercice en l'espèce. L'Allemagne fait valoir que le droit d'accès à la justice implique une obligation qui se limite à garantir de la même manière aux nationaux et aux étrangers un accès sans entrave et non discriminatoire à des recours effectifs et à un procès équitable<sup>89</sup>, alors que l'Italie interprète ce droit comme impliquant une obligation de satisfaction à l'égard de la partie demanderesse; elle élargit le droit d'accès à la justice aux résultats de l'instance et elle fait valoir qu'une partie lésée<sup>90</sup> qui n'a aucune autre voie de recours doit être autorisée à demander une réparation effective devant ses tribunaux nationaux, même à l'encontre d'un Etat étranger, et que dans un tel cas, pour éviter un déni de justice, l'immunité doit être refusée<sup>91</sup>.

74. L'Allemagne interprète le droit d'accès à la justice très étroitement et fait valoir qu'il se limite à l'accès au système judiciaire de l'Etat du for sans discrimination et avec tous les droits procéduraux. En ce sens, les citoyens italiens ont eu pleinement accès aux diverses voies de recours que leur ouvrait la loi allemande, ce jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale<sup>92</sup>; et les citoyens grecs ont eu exactement la même possibilité<sup>93</sup>. De plus, l'Allemagne distingue l'accès à la justice et le droit à un recours effectif de la question de savoir si le «plaignant est ou non juridiquement fondé à présenter une réclamation»<sup>94</sup>.

75. Selon l'Allemagne, il n'existe pas de droit individuel à réparation à raison des crimes de guerre et autres violations du droit international humanitaire et, en conséquence, pas de droit d'agir (correspondant). De même, le traité de paix de 1947 et l'accord de 1961 constituent un régime interétatique de réparation des dommages causés à des Italiens par la guerre qui ne sau-

<sup>88</sup> CR 2011/17, p. 43, par. 24; contre-mémoire de l'Italie, par. 4.88.

<sup>89</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34; CR 2011/17, p. 45, par. 28-29.

<sup>90</sup> CR 2011/18, p. 62, par. 27.

<sup>91</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 80, par. 4.103.

<sup>92</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 19, par. 34.

<sup>93</sup> CR 2011/17, p. 45, par. 30.

<sup>94</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 20, par. 34.

rait être remis en cause rétroactivement<sup>95</sup>. De plus, l'Allemagne fait valoir que l'on interprète l'article 3 commun de la convention de La Haye de 1907 et des conventions de Genève de 1949 comme ne créant pas de droit individuel à indemnisation<sup>96</sup>. Elle souligne aussi que les textes plus récents, comme la résolution 60/147 (2005) de l'Assemblée générale des Nations Unies et le projet de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, qui prévoient un tel droit individuel, ne sont pas fondés sur une règle coutumière ou conventionnelle existante du droit international mais visent à introduire des règles nouvelles<sup>97</sup>. Ainsi, les décisions des tribunaux allemands dans ces affaires ne constituent pas un déni de justice mais ne font que constater que les nationaux italiens n'ont pas les droits substantiels qu'ils revendiquent.

76. L'Allemagne argue de plus que, même si un tel droit d'action et à réparation devait être reconnu, elle ne l'a pas violé. L'accès intégral à tous les niveaux de l'appareil judiciaire allemand a été accordé à tous les plaignants, et l'Allemagne n'a jamais été accusée d'avoir violé les droits procéduraux de citoyens italiens ou grecs ; aucune discrimination n'a non plus été exercée à leur encontre en raison de leur nationalité<sup>98</sup>. L'Allemagne argue enfin que, si le droit d'accès à la justice devait être interprété comme permettant à un individu qui n'a pas obtenu satisfaction devant les tribunaux de l'Etat (dont il allègue qu'il a violé ses droits) d'intenter une action contre cet Etat devant les tribunaux d'un Etat étranger (voire devant les tribunaux de plus d'un Etat, successivement ou simultanément), rien n'empêcherait alors une quête incessante de la juridiction la plus avantageuse<sup>99</sup>.

77. L'Italie, pour sa part, fait valoir à l'opposé qu'il existe un droit individuel à réparation pour dommages de guerre et un droit d'agir correspondant. Elle estime que ce droit a son origine dans les dispositions adoptées après la première guerre mondiale dans le cadre du traité de Versailles (art. 304) et dans la création de tribunaux arbitraux mixtes ; elle reconnaît toutefois que la même voie n'a pas été suivie après la seconde guerre mondiale<sup>100</sup>. Elle fait néanmoins valoir que, à défaut d'une procédure internationale alternative, l'accès aux voies de recours nationales ne saurait être exclu<sup>101</sup>. En fait, les tribunaux italiens ont accueilli des actions engagées contre l'Italie malgré l'existence du traité de paix et du mécanisme interétatique d'indemnisation prévu par celui-ci<sup>102</sup>. L'Italie va plus loin. Elle présente le droit d'accès à la justice tel qu'il est interprété par les différents systèmes régionaux et mondiaux de protection des droits de l'homme et, se fondant sur une décision de la CIDH en l'affaire *Goiburú et autres* (voir section XVII *infra*), elle affirme que le droit d'accès à la justice est une norme impérative si le droit substantiel qui a été violé a le même caractère<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> Mémoire de l'Allemagne, p. 12, par. 12.

<sup>96</sup> Réplique de l'Allemagne, p. 23, par. 39.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 24-25, par. 40-42.

<sup>98</sup> CR 2011/17, p. 45-46, par. 29-30.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 46-48, par. 33-39.

<sup>100</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 74, par. 4.90-4.91.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 75, par. 4.92.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 74-75, par. 4.91.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 76, par. 4.93-4.94.

78. De plus, l'Italie soutient que l'accès à la justice implique une protection contre le déni de justice, celui-ci étant entendu comme le « refus d'accorder à quelqu'un ce qui lui est dû »<sup>104</sup>. Ainsi, lorsque des citoyens italiens, comme M. Ferrini et d'autres avant et après lui, ont été déboutés devant les juridictions et autorités administratives allemandes<sup>105</sup>, ils ont intenté une action contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes car c'était la seule voie de droit qui leur était ouverte<sup>106</sup>. De plus, le refus de l'immunité à l'Etat allemand par les tribunaux italiens dans de telles affaires, où les victimes sont privées de toute autre voie de recours, est nécessaire pour qu'elles puissent exercer effectivement leur droit d'accès à la justice<sup>107</sup>.

79. Telles sont les positions de base, opposées, défendues par l'Allemagne et l'Italie sur le droit d'accès à la justice. Avant de procéder à leur évaluation en approfondissant la question (voir section XII *infra*), j'estime qu'il échet de passer en revue les éclaircissements qu'elles ont donnés en réponse à des questions que j'ai jugé bon de leur poser, ainsi qu'à la Grèce en tant qu'intervenant, lors de la procédure orale devant la Cour. Après avoir évoqué ces éclaircissements, je passerai à l'examen des autres aspects de la présente affaire suivant la logique.

## XI. ÉCLAIRCISSEMENTS DONNÉS PAR LES PARTIES ET LA GRÈCE EN RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES PAR LA COUR

### 1. *Questions posées aux Parties et à la Grèce*

80. A la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011, j'ai jugé bon de poser une série de questions aux Parties, l'Allemagne et l'Italie, ainsi qu'à l'Etat intervenant, la Grèce, afin d'obtenir des éclaircissements sur les conclusions qu'elles avaient présentées à la Cour. Les questions que j'ai posées à cette occasion étaient les suivantes :

« Pour garder l'équilibre linguistique de la Cour, je poserai mes questions en anglais. Trois questions à l'Allemagne et à l'Italie et une question à la Grèce.

La première question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante : à la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947 ? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens ?

<sup>104</sup> CR 2011/18, p. 62, par. 27.

<sup>105</sup> CR 2011/21, p. 48, par. 30 ; contre-mémoire de l'Italie, p. 19-25, par. 2.20-2.34.

<sup>106</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 29, par. 2.44.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 80, par. 4.103.

La deuxième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: l'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?

La troisième question que j'adresse à l'Allemagne et à l'Italie est la suivante: les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?

Et, enfin, la question que j'adresse à la Grèce est la suivante: dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»<sup>108</sup>

## 2. Première série de réponses

81. Pour la clarté, je vais résumer les réponses données par l'Allemagne, l'Italie et la Grèce aux questions que je leur ai posées à la fin de la procédure orale devant la Cour, le 16 septembre 2011. Je commencerai par passer en revue les réponses de l'Allemagne et de l'Italie, les Parties, puis celles de la Grèce, l'Etat intervenant.

### a) Réponses de l'Allemagne et de l'Italie

82. En ce qui concerne la *première question* que j'ai posée aux Parties<sup>109</sup>, l'Allemagne a répondu que l'ordonnance que la Cour a rendue le 6 juillet 2010 détermine la pertinence du traité de paix de 1947 et des deux accords de 1961 aux fins de l'instance en cours. L'Allemagne a rappelé sa position selon laquelle la question de savoir si les réparations liées à la seconde guerre mondiale étaient toujours dues n'était pas l'objet de la pré-

<sup>108</sup> CR 2011/21, audience publique du 16 septembre 2011, p. 53-54.

<sup>109</sup> A savoir:

«A la lumière des arguments que vous avez développés pendant ces audiences publiques et au vu des accords de règlement conclus en 1961 entre l'Allemagne et l'Italie, quelle est la portée exacte des clauses de renonciation contenues dans ceux-ci et de la clause de renonciation figurant au paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947? La question des réparations peut-elle être considérée comme totalement close aujourd'hui, ou certains de ses aspects demeurent-ils en suspens?»

sente instance. L'Italie a répondu que les deux accords de 1961 étaient le résultat d'un processus qui témoignait de divergences d'opinions entre les Parties quant à la portée de la clause de renonciation figurant dans le traité de paix de 1947, et que l'Allemagne devait prendre des mesures pour remédier à ces divergences. L'Italie a fait ainsi valoir que les accords constituaient une mesure de réparation visant, d'une part, à régler les questions économiques en suspens (l'accord de «règlement») et, d'autre part, à indemniser les victimes de persécutions (l'accord d'«indemnisation»).

83. L'Italie a affirmé que l'accord de règlement prouvait de manière concluante qu'elle n'avait jamais accepté l'interprétation que l'Allemagne faisait de la clause de renonciation, et que l'accord d'indemnisation portait sur une catégorie spécifique de victimes, visées sur la base de motifs discriminatoires spécifiques. A cet égard, l'Italie considère que les accords de 1961 ne couvrent que les questions économiques en suspens et les réparations aux victimes de persécutions. Si ces accords contiennent des clauses de renonciation, ajoutait-elle, ces clauses «concernaient uniquement l'objet de l'accord et n'étaient pas (et n'auraient pu être) d'une portée telle qu'elles couvraient, en plus de cet objet, les demandes de réparation à raison de crimes de guerre». Quant à la clause de renonciation du paragraphe 4 de l'article 77 du traité de paix de 1947, l'Italie a réitéré sa position, à savoir que cette clause ne s'appliquait pas aux demandes d'indemnisation nées de violations graves du droit international humanitaire.

84. Pour ce qui est de la *deuxième question* que j'ai posée aux Parties<sup>110</sup>, l'Allemagne a répondu que l'exception délictuelle ne s'appliquait pas aux activités militaires et que les affaires en cause dans l'instance devant la Cour concernaient des actes qui s'étaient produits durant un conflit armé. Elle ajoutait que la qualification de l'acte d'un Etat dépendait de la nature de cet acte et était sans rapport avec sa licéité. Elle faisait valoir que, en ce sens, les violations graves du droit international pouvaient aussi entrer dans la catégorie des actes souverains et que le droit international énonçait des règles substantielles sur la responsabilité de l'Etat et la responsabilité pénale internationale qui ne remettaient pas en cause l'immunité ni n'y dérogeaient.

85. Pour sa part, l'Italie a répondu que la question des réparations n'était pas close, car plusieurs catégories de victimes n'avaient jamais été prises en compte dans le cadre des réparations, y compris les victimes italiennes appartenant aux catégories évoquées dans les affaires à l'origine du présent différend. L'Italie affirmait que l'exception délictuelle s'appliquait à la fois aux actes *jure gestionis* et aux actes *jure imperii*<sup>111</sup>. Elle ajoutait qu'il

<sup>110</sup> A savoir:

«L'exception délictuelle (applicable aux actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for) est-elle limitée aux actes *jure gestionis*? Peut-elle l'être? Les actes *jure imperii* connaissent-ils également une telle exception? Comment les crimes de guerre peuvent-ils être considérés comme des actes *jure* — je répète, *jure* — *imperii*?»

<sup>111</sup> Elle faisait valoir que son opinion était confirmée par la pratique des Etats, le commentaire de la CDI sur le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats et la doctrine en la matière.

n'existait pas d'*obligation* d'accorder l'immunité pour des actes *jure imperii* lorsque l'exception délictuelle s'appliquait. L'Italie affirmait en outre que

«[r]ien dans la notion d'actes *jure imperii* n'oblige[ait] à conclure que l'exception délictuelle ne s'appliqu[ait] pas à cette catégorie d'actes. La justification de cette exception à l'immunité [était] fondée sur l'affirmation de la juridiction ou du contrôle local sur les actes préjudiciables commis sur le territoire de l'Etat du for».

Elle soutenait donc que, sur la base de cette justification, l'exception s'appliquait à tous les actes d'un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for, qu'il s'agisse d'actes *jure imperii* ou d'actes *jure gestionis*.

86. L'Italie a ajouté que, si elle savait que certains estimaient que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne pouvaient être considérés comme des actes de souveraineté pour lesquels l'Etat était en droit d'invoquer l'immunité souveraine comme moyen de défense, elle constatait que dans ce domaine le droit de l'immunité de l'Etat était en train d'évoluer. C'est pourquoi, tenant compte des circonstances spécifiques et uniques caractérisant les affaires portées devant les tribunaux italiens, l'Italie faisait reposer sa position devant la Cour sur deux autres arguments, à savoir l'exception délictuelle et l'existence d'un conflit insoluble entre l'immunité et l'application effective de règles impératives, pour étayer son opinion selon laquelle elle n'était pas tenue d'accorder l'immunité juridictionnelle à l'Allemagne.

87. Pour ce qui est de la *troisième question* que j'ai posée aux Parties<sup>112</sup>, l'Allemagne a de nouveau invoqué l'ordonnance de la Cour en date du 6 juillet 2010, faisant valoir que la question de savoir si les réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet de la présente instance; elle estimait que le régime de réparation après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global. Elle faisait en outre valoir que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient intenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands, ce qui était conforme au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à l'accès à la justice.

88. L'Italie a répondu qu'aucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires à l'origine du présent différend n'avait été indemnisée; elle ajoutait que certaines des victimes n'avaient jamais eu la possibilité de demander réparation car aucun mécanisme n'avait

<sup>112</sup> A savoir :

«Les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement ont-elles effectivement été indemnisées? Si tel n'est pas le cas, ont-elles droit à une telle réparation et comment peuvent-elles être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne? Peut-on encore considérer que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations s'épuise au niveau interétatique? Le droit à réparation est-il lié au droit à l'accès à la justice *lato sensu*? Et quelle est la relation entre ce droit à l'accès à la justice et le *jus cogens*?»

jamais été mis en place à cet effet, alors que d'autres essayaient en vain d'obtenir réparation depuis presque une décennie. Selon elle, l'Allemagne ne semblait aucunement avoir l'intention de conclure avec elle un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle faisait aussi valoir que, pour l'instant, il n'y avait pour ces victimes, pour obtenir réparation, d'autres recours que les recours internes. L'Italie affirme que, si les juges internes n'avaient pas refusé d'accorder l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation étant donné, par exemple, la forte réticence des autorités allemandes à conclure un accord pour indemniser les «internés militaires italiens».

89. L'Italie affirme que, lorsque des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont en cause, le régime des réparations ne s'épuise pas au niveau interétatique et que les victimes individuelles de ces violations peuvent saisir les tribunaux internes de leurs demandes. Selon elle, lorsque le recours aux tribunaux nationaux est l'unique et ultime moyen d'obtenir réparation, une exception à l'immunité est justifiée. Elle ajoute que, «[d]ans certaines circonstances, le déni d'accès à la justice qui résulte de l'immunité accordée à un Etat étranger peut avoir pour corollaire le déni d'une indemnisation effective». Elle fait ensuite valoir que la notion de *jus cogens* concerne non seulement les règles primaires, mais également les recours disponibles en cas de violations graves des obligations prescrites par les normes qui ont ce caractère. Pour elle, lorsqu'un conflit survient entre des règles qui empêchent des individus d'avoir accès à la justice et l'application effective de règles de *jus cogens*, s'il n'existe aucun autre moyen d'obtenir l'application effective du *jus cogens*, «la priorité doit être accordée à ce dernier en refusant l'immunité et en permettant ainsi aux victimes individuelles d'accéder à la justice».

#### b) *La réponse de la Grèce*

90. En réponse à la question I que j'ai posée à l'Etat intervenant<sup>113</sup> — à ma connaissance, c'est la première fois dans l'histoire de la Cour qu'une question est posée à un Etat intervenant non partie —, la Grèce a commencé par rappeler que le Tribunal supérieur spécial n'était pas considéré comme une cour suprême ni une cour constitutionnelle dans l'ordre juridique grec; il avait un statut juridique *sui generis*. Elle a ajouté que ce tribunal était une juridiction indépendante et non permanente qui n'entrait pas dans la hiérarchie du système judiciaire grec. Selon la Grèce, le Tribunal supérieur spécial avait notamment pour fonction d'identifier ou de qualifier une règle coutumière du droit international «au stade actuel

<sup>113</sup> A savoir:

«Dans l'ordre juridique grec, quels sont les effets juridiques de la décision du Tribunal supérieur spécial en l'affaire *Margellos* sur la décision de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo*? Cet arrêt de la Cour de cassation en l'affaire du *Massacre de Distomo* est-il toujours en attente d'exécution dans l'ordre juridique grec et au-delà?»

du développement du droit international». Dans ce domaine de ses fonctions, ses arrêts n'avaient pas que des effets limités et, en pratique, un arrêt du Tribunal supérieur spécial n'avait un effet contraignant que vis-à-vis des juridictions dont émanait la question précise qui lui avait été posée. La Grèce indiquait en outre que les arrêts du Tribunal supérieur spécial n'avaient pas force de chose jugée *erga omnes*; c'était aux tribunaux de droit commun ou au Tribunal supérieur spécial qu'il appartenait de déterminer ultérieurement s'il y avait eu changement dans l'affirmation de l'existence d'une norme coutumière.

91. La Grèce ajoutait qu'un arrêt du Tribunal supérieur spécial «reflète toujours les considérations d'une *opinio juris* exprimée «au même stade temporel du développement du droit international et de ses règles comme généralement acceptées». Elle faisait valoir que l'arrêt *Margellos et autres* «ne [pouvait] influencer aucunement» ni avoir des incidences juridictionnelles sur l'arrêt de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, rendu avant l'arrêt *Margellos* et qui concernait une affaire différente. En ce sens, selon la Grèce, l'arrêt de l'*Areios Pagos* «est définitif et irrévocable. Il est en vigueur et produit des effets juridiques dans l'ordre juridique hellénique, restant pendant quant à son exécution.» La Grèce indiquait enfin que le fait que le ministre de la justice n'ait pas encore autorisé l'exécution de l'arrêt de l'*Areios Pagos* ne signifiait pas que cet arrêt était «vidé de sens et de force exécutoire»; l'arrêt *Distomo* «est toujours ouvert».

### 3. Deuxième série de réponses

92. Les Parties ont jugé bon de faire des observations sur les réponses apportées aux questions que je leur avais posées durant la procédure orale (*supra*). Ces observations additionnelles constituent la seconde série de leurs réponses, que je vais également reviser et résumer par souci de clarté quant aux positions distinctes prises par les Parties dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* devant la Cour.

#### a) Observations de l'Allemagne

93. L'Allemagne n'a fait d'observations que sur la réponse de la Grèce à la question que j'avais posée à cet Etat. Elle a commencé par citer le paragraphe 1 de l'article 100 de la Constitution grecque, le paragraphe 1 de l'article 54 de la loi grecque n° 345/1976 relative au Tribunal supérieur spécial grec et un arrêt de celui-ci sur ce paragraphe 1. Sur cette base, l'Allemagne a fait valoir que, depuis l'arrêt de 2002 rendu dans l'affaire *Margellos et autres*, «aucun tribunal grec n'av[ait] rendu de jugement méconnaissant l'immunité de l'Etat allemand à raison d'actes *jure imperii* commis pendant la seconde guerre mondiale et aucune mesure d'exécution n'av[ait] été prise dans l'affaire *Distomo*». L'Allemagne a ensuite invoqué deux arrêts (rendus en 2007 et 2009) de l'*Areios Pagos* qui suivaient la jurisprudence du Tribunal supérieur spécial, «selon laquelle la règle de l'immunité de juridiction

demeure inaltérée même dans des affaires ayant pour objet des allégations de violations graves du droit international humanitaire».

b) *Observations de l'Italie*

94. L'Italie, à son tour, a fait des observations sur certaines parties des réponses de l'Allemagne aux questions que j'avais posées à celle-ci (*supra*). Au sujet de ma première question, contrairement à ce qu'affirmait l'Allemagne, l'Italie faisait valoir que la conclusion de la Cour figurant aux paragraphes de l'ordonnance du 6 juillet 2010 cités par l'Allemagne était strictement limitée à la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle de l'Italie et qu'elle était sans incidence sur la solution de la question soulevée par la demande principale de l'Allemagne. L'Italie affirmait qu'il appartenait donc toujours à la Cour d'apprécier les arguments avancés par l'Italie sur le fond de la demande principale de l'Allemagne et, en particulier, celui selon lequel l'obligation d'accorder réparation aux victimes de crimes de guerre avait des conséquences particulières sur l'immunité de l'Etat.

95. S'agissant de la réponse de l'Allemagne à ma troisième question, l'Italie contestait l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle faisait observer que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que lors des plaidoiries, avait reconnu n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle soulignait en outre que l'accord de 1961 ne prévoyait de réparations qu'au bénéfice des victimes de persécutions. Qui plus est, ajoutait-elle, l'affirmation selon laquelle le régime de réparation était «global» ne pouvait être exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle faisait en outre valoir que les arguments de l'Allemagne démontraient clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'avaient bénéficié d'aucune réparation<sup>114</sup>.

96. L'Italie soutient enfin que l'argument de l'Allemagne selon lequel les victimes italiennes de crimes de guerre n'ont pas été indemnisées parce que l'Italie était une alliée de l'Allemagne jusqu'au 8 septembre 1943

«est ... erroné ... car il confond le régime de la responsabilité de l'Etat pour violations du *jus ad bellum* avec les conséquences des violations du *jus in bello*, et ignore en particulier le régime spécial de la responsabilité de l'Etat en cas de violations graves du droit international humanitaire».

Egalement en relation avec ma troisième question, l'Italie soutient que «[l]e fait que les victimes italiennes aient eu accès aux tribunaux allemands ne signifie pas qu'elles se sont vu offrir un recours effectif». La législation

<sup>114</sup> Comme l'Allemagne soutient que la clause de renonciation figurant à l'article 77 du traité de paix de 1947 l'exonère de son obligation de réparer, un argument que l'Italie conteste dans le cadre de la présente instance.

allemande, ajoute-t-elle, imposait un certain nombre de « conditions excessives » aux victimes italiennes qui souhaitaient obtenir réparation<sup>115</sup>.

## XII. L'INTERDICTION DU TRAVAIL FORCÉ À L'ÉPOQUE DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

### 1. *L'interdiction normative*

97. A l'époque de la seconde guerre mondiale, la réglementation juridique du travail forcé reposait sur la convention (n° 29) sur le travail forcé de l'OIT de 1930, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1932. Cette convention prévoyait des restrictions et interdictions concernant le travail forcé dont l'objectif final était de le supprimer totalement. Cette convention indique clairement que les prisonniers de guerre ne peuvent être affectés à un emploi lié aux opérations de guerre (fabrication ou transport d'armes et de munitions) ni employés à des travaux malsains ou dangereux (art. 31-32). En cas de violations, ils ont le droit de se plaindre (art. 31); de plus, les conditions de travail ne peuvent être rendues plus pénibles par des mesures disciplinaires (art. 31).

98. Le travail forcé, au sens de travail exigé sous la menace d'une peine quelconque (art. 2, par. 1), est condamné et expressément interdit depuis la convention (n° 29) de l'OIT de 1930<sup>116</sup>, en dépit des différents contextes dans lesquels le travail forcé a été imposé au fil du temps. La convention (n° 29) de l'OIT de 1930 a été suivie par la convention de 1957 sur l'abolition du travail forcé, et ces deux instruments jouissent d'une reconnaissance quasi universelle. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 130-132) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), les principes qui y sont consacrés, qui sont à l'origine de l'abolition du travail forcé en droit international général et lui ont donné forme, appartiennent maintenant au *jus cogens*<sup>117</sup>.

99. De plus, dans le domaine du droit international humanitaire, le traitement des prisonniers de guerre et des populations civiles durant un conflit

<sup>115</sup> L'Italie fait valoir à cet égard que le renvoi de l'Allemagne à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est « inopportun », puisque cette jurisprudence postule que « la convention n'impose pas d'obligations spécifiques à la charge des Etats contractants d'indemniser des dommages causés avant qu'ils n'aient ratifié la convention ». L'Italie ajoute que les actions intentées contre l'Allemagne devant la Cour européenne reposaient sur le droit de propriété énoncé à l'article premier du protocole n° 1 à la convention européenne et que la Cour avait jugé ces demandes irrecevables au motif que les faits incriminés ne relevaient pas de cette règle.

<sup>116</sup> ILO/OIT, *Halte au travail forcé — Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, OIT, Genève, 2001, p. 9-10.

<sup>117</sup> Voir en ce sens, par exemple, M. Kern et C. Sottas, « The Abolition of Forced or Compulsory Labour », *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Genève, OIT, 2003, p. 44, et voir p. 33; Bureau international du travail, *Eradication of Forced Labour*, Genève, OIT, 2007, p. 111.

armé était régi, à l'époque de la seconde guerre mondiale, par la convention IV de La Haye de 1907 et par la convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre; ce dernier texte interdisait d'employer des prisonniers de guerre à des travaux insalubres ou dangereux (art. 28-34). Toujours en rapport avec l'interdiction du travail forcé, dans le même temps, la convention de Genève de 1926 sur l'esclavage interdisait l'esclavage et la traite des esclaves; elle énonçait expressément, à la charge des Etats, l'obligation de «prendre des mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'amène des conditions analogues à l'esclavage» (art. 5).

100. Le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye de 1907 susmentionnée, interdisait, en ce qui concerne le travail forcé des habitants des territoires occupés, d'obliger ces habitants à participer «aux opérations de la guerre contre leur patrie» (art. 52). L'Allemagne a signé la convention IV de La Haye de 1907 le 18 octobre 1907 et l'a ratifiée le 27 novembre 1909. Il convient en outre de noter que l'Allemagne n'a ratifié la convention (n° 29) de l'OIT de 1930 sur le travail forcé que le 13 juin 1956. Quoiqu'il en soit, même si cette ratification ultérieure interdit d'invoquer cette convention comme base de *compétence* avant le milieu de 1956, la *responsabilité* de l'Allemagne nazie a subsisté. Nul n'oserait nier que le travail forcé était déjà illicite à l'époque de la seconde guerre mondiale.

101. Le régime de travail forcé organisé par l'Allemagne nazie peut être assimilé à une «réduction en esclavage» étant donné la présence d'éléments constitutifs de ce crime, à savoir l'assujettissement d'une partie d'une population d'un territoire occupé afin de lui faire exécuter un travail forcé ou obligatoire devant être permanent, et effectué dans des conditions comparables à l'esclavage sous l'autorité de personnes privées<sup>118</sup>. Les autorités de l'Allemagne nazie avaient pour politique de laisser mourir les travailleurs forcés épuisés; parfois elles mettaient ces travailleurs forcés à mort lorsqu'ils ne pouvaient plus travailler. Du fait de ces circonstances, leur politique pouvait entrer dans la définition de la «réduction en esclavage»<sup>119</sup>.

## 2. Reconnaissance judiciaire de l'interdiction

102. La politique d'Etat de l'Allemagne nazie devait avoir des répercussions sur les travaux et les conclusions du Tribunal militaire international de Nuremberg peu après la seconde guerre mondiale. Le Statut (1945) du Tribunal de Nuremberg faisait notamment figurer, parmi les *crimes de guerre*, la «déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés» (art. 6, al. b)) et, parmi les *crimes contre l'humanité*, «la réduction en esclavage,

<sup>118</sup> L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus/Finnish Lawyers' Publ. Co., 1988, p. 455-456.

<sup>119</sup> Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, règle 95: travail forcé, déportation pour des travaux forcés, n° 19.

la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre» (art. 6, al. *c*). L'interdiction du travail forcé et de la réduction en esclavage était déjà établie, comme indiqué ci-dessus, dans le *corpus juris gentium* et dans les instruments internationaux de l'OIT et du droit international humanitaire.

103. Cette interdiction devait alors, grâce aux travaux du Tribunal de Nuremberg, acquérir également une reconnaissance judiciaire. En fait, la question du travail forcé durant la seconde guerre mondiale a été examinée par le Tribunal de Nuremberg, qui, dans le cadre du procès des *Grands criminels de guerre* (jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946), a rappelé que l'alinéa *b*) de l'article 6 de son Statut<sup>120</sup> disposait que constitue un crime de guerre «les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés». Le Tribunal a de plus rappelé que «[l]es règles concernant les travaux forcés imposés aux habitants de territoires occupés se trouvent dans l'article 52 de la convention de La Haye» de 1907<sup>121</sup>.

104. A cet égard, le Tribunal de Nuremberg a conclu que «[l]a politique des autorités d'occupation allemandes a constitué une violation flagrante des termes de [la convention de La Haye de 1907]» et que l'«[o]n peut se rendre compte de ce qu'était cette politique en lisant la déclaration faite par Hitler dans un discours prononcé le 9 novembre 1941», ajoutant que «les autorités d'occupation allemandes parvinrent à astreindre un grand nombre d'habitants des territoires occupés à l'effort de guerre du Reich ... [et] déportèrent en Allemagne au moins cinq millions de personnes pour les contraindre à des travaux agricoles». Il fit aussi observer que «[l]es habitants furent recensés et forcés de travailler sur place au bénéfice de l'économie de guerre allemande» et que, «[b]ien souvent, ils durent construire des fortifications et des installations militaires»<sup>122</sup>.

105. Il ressort sans l'ombre d'un doute de la déclaration d'Hitler susvisée, que le Tribunal de Nuremberg a lui-même citée, que le travail forcé généralisé des populations des territoires occupés dans l'industrie de guerre allemande durant la seconde guerre mondiale correspondait à une politique d'Etat de l'Allemagne nazie. Une telle politique d'Etat constituait une violation flagrante du droit international, conventionnel et coutumier.

106. En fait, le Tribunal de Nuremberg a en outre fait observer qu'une énergique campagne de propagande avait été entreprise pour inciter les travailleurs à aller travailler en Allemagne et que, dans certains cas, les travailleurs et leurs familles avaient été menacés de représailles par la police s'ils refusaient de partir pour l'Allemagne<sup>123</sup>. Les preuves soumises

<sup>120</sup> Ci-après le «Statut de Nuremberg».

<sup>121</sup> Tribunal militaire international, jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946, dans *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, partie 22 (22 août 1946-1<sup>er</sup> octobre 1946), p. 460.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 461.

au Tribunal montraient que les travailleurs déportés en Allemagne y étaient envoyés sous escorte, souvent entassés dans des trains non chauffés, sans nourriture, sans vêtements et sans installations sanitaires, et que le traitement qui leur était infligé en Allemagne avait été brutal et dégradant; le Tribunal a aussi conclu que beaucoup de prisonniers de guerre avaient été employés à des travaux en rapport direct avec les opérations militaires, en violation de l'article 31 de la convention de Genève de 1929<sup>124</sup>.

107. En ce qui concerne le caractère coutumier des règles qu'il appliquait, le Tribunal de Nuremberg déclara en outre ce qui suit :

«L'article 6 du Statut soumet à la compétence du Tribunal :

- b) Les crimes de guerre: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;
- c) Les crimes contre l'humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Le Statut lie le Tribunal quant à la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Mais, dès avant le Statut, les crimes de guerre énumérés par l'article 6 b) tenaient du droit international leur qualification de crimes de guerre. Ils étaient prévus par les articles 46, 50, 52 et 56 de la convention de La Haye de 1907, et par les articles 2, 3, 4, 46 et 51 de la convention de Genève de 1929. Il n'est pas douteux que la violation de ces textes constitue un crime, entraînant un châtement.»<sup>125</sup>

108. Le Tribunal de Nuremberg conclut en outre que, en 1939, les règles énoncées dans la convention de La Haye de 1907 étaient reconnues par tous «les Etats civilisés» et considérées comme déclaratoires des lois

<sup>124</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 462.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 467. Le jugement déclarait aussi, en ce qui concerne les crimes commis en Tchécoslovaquie: «Bien que la Tchécoslovaquie ne fût pas partie à la convention de La Haye de 1907, les règles de la guerre sur terre énoncées dans cette Convention sont déclaratoires du droit international existant et sont donc applicables», p. 524 (les italiques sont de moi).

et coutumes de la guerre visées à l'alinéa *b*) de l'article 6 du Statut du Tribunal. Quant aux crimes contre l'humanité, le Tribunal a conclu que «[l]a politique de terreur était assurément mise en œuvre sur une grande échelle, et [qu']elle était souvent organisée et systématique» et, en ce qui concerne «[l]a politique de persécution, de répression et de meurtre de civils présumés hostiles au gouvernement mis en œuvre en Allemagne avant la guerre de 1939», il a jugé que cette politique «a[vait] été poursuivie impitoyablement». Le Tribunal a ainsi conclu que «dès le début de la guerre en 1939 des crimes de guerre furent commis sur une grande échelle, qui étaient aussi des crimes contre l'humanité», et il a jugé qu'«ils [avaient] tous été commis en exécution ou à l'occasion d'une guerre d'agression, et qu'ils constituaient des crimes contre l'humanité»<sup>126</sup>.

109. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (le Tribunal de Tokyo), dans son jugement du 12 novembre 1948, s'est pour sa part déclaré préoccupé par le recours au travail forcé, la méthode de recrutement et l'internement des travailleurs dans des camps; il a aussi relevé que l'on ne distinguait guère, voire pas du tout, «entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part», tous étant considérés comme des «travailleurs réduits en esclavage»<sup>127</sup>.

110. De nos jours, dans le jugement qu'elle a rendu dans l'affaire *Kono-nov c. Lettonie* (2008-2010), portée devant elle par un survivant de la seconde guerre mondiale, la CEDH (arrêt du 24 juillet 2008 de l'ancienne troisième section de la Cour) a jugé opportun d'examiner l'évolution du droit international humanitaire entre les première et deuxième conférences de paix de La Haye (1899 et 1907) et les suites de la seconde guerre mondiale (Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et conventions de Genève de 1949) pour décider que, bien avant la seconde guerre

<sup>126</sup> *Op. cit. supra* note 121, p. 468.

<sup>127</sup> Comme l'a déclaré le Tribunal :

«Ayant décidé d'employer les prisonniers de guerre et internés civils à des travaux contribuant directement à la poursuite de la guerre, et ayant établi un système pour mettre en œuvre cette politique, les Japonais sont allés plus loin et ont complété cette source de main-d'œuvre en recrutant des travailleurs dans la population indigène des territoires occupés. Ce recrutement de travailleurs fut accompli au moyen de fausses promesses et par la force. Une fois recrutés, les travailleurs étaient transportés et enfermés dans des camps. Il semble qu'on n'ait guère fait de distinction, voire aucune, entre ces travailleurs recrutés de force d'une part et les prisonniers de guerre et internés civils d'autre part. Ils étaient tous considérés comme des travailleurs réduits en esclavage, à utiliser jusqu'à la limite de leurs forces. Pour cette raison, l'expression «internés civils» désignait également ces travailleurs recrutés de force... Le sort de ces travailleurs recrutés de force fut aggravé par le fait qu'ils ignoraient généralement les principes de l'hygiène applicables dans les conditions inhabituelles de surpopulation qui étaient les leurs et qu'ils succombaient plus facilement aux maladies résultant de l'insalubrité de leur enfermement et des travaux que leurs geôliers japonais les obligeaient à exécuter.» (Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, jugement du 12 novembre 1948, dans J. Pritchard et S. M. Zaide (dir. publ.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 22, p. 693-694.)

mondiale, il était déjà interdit d'opprimer et de maltraiter les civils (par. 55-70).

111. Dans le même ordre d'idées, la CEDH, dans l'arrêt qu'elle a rendu ultérieurement en l'affaire *Kononov c. Lettonie* (Grande Chambre, 17 mai 2010), a examiné l'évolution du droit international humanitaire de manière encore plus approfondie, des premières codifications du XIX<sup>e</sup> siècle à la période ayant suivi la seconde guerre mondiale (par. 206-217), et elle a conclu que le fait d'infliger à des villageois (de toutes façons hors de combat) «des mauvais traitements, des blessures, puis la mort» constituait, déjà à l'époque du Règlement de La Haye de 1907, «un crime de guerre» (par. 216). La Cour a notamment déclaré ce qui suit :

«Si la notion de crimes de guerre est connue depuis des siècles, les actes constitutifs de crimes de guerre susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur ont commencé à faire l'objet d'une codification solide au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Le Code Lieber [de] 1863 ... [le Manuel d'Oxford de 1880] ..., et en particulier le projet de Déclaration de Bruxelles [de 1874], ont ... inspiré la Convention et le Règlement de La Haye de 1907. Ce sont ces deux derniers instruments qui ont été les plus marquants dans le processus de codification. En 1907, ils étaient déclaratifs des lois et coutumes de la guerre: ils définissaient notamment des notions clés pertinentes (combattants, levée en masse, hors de combat), énuméraient en détail les infractions aux lois et coutumes de la guerre et assuraient, par le biais de la clause Martens, une protection résiduelle aux populations et aux belligérants dans les cas non couverts par l'une de leurs dispositions. Ces textes posaient en principe la responsabilité des Etats, qui devaient donner à leurs forces armées des instructions conformes au Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre et verser une indemnité en cas de violation par des membres de leurs forces des dispositions dudit Règlement.» (Par. 207.)

112. Après avoir examiné le droit humanitaire «de La Haye et celui de Genève», «le second complétant le premier», au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la Cour européenne a en outre rappelé que le Statut du Tribunal de Nuremberg «définissait de manière non limitative les crimes de guerre», que dans son jugement le Tribunal avait émis l'opinion que les règles humanitaires qui figuraient dans la convention et le règlement de La Haye de 1907 étaient généralement reconnues comme ««l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» applicables en 1939 et que les violations de ces textes constituaient des crimes dont les auteurs devaient être punis» (par. 207).

113. La Cour européenne des droits de l'homme ajoute ensuite que «[t]ant le droit international que le droit national (celui-ci incluant les normes internationales transposées) servaient de base aux poursuites et à la détermination de la responsabilité au niveau national» (par. 208)<sup>128</sup>. En résumé, il ressort clairement de ce qui précède qu'il y a aussi eu une

<sup>128</sup> Voir aussi par. 212.

reconnaissance judiciaire du fait que, bien avant la seconde guerre mondiale, maltraiter les civils (par exemple en leur imposant un travail forcé) était illicite — c'était un crime de guerre — et engageait la responsabilité de l'Etat comme la responsabilité individuelle.

### 3. *L'interdiction dans les travaux de codification*

114. L'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage ne doit pas être prise à la légère, si l'on songe au temps qu'il a fallu pour éliminer ce phénomène, même s'il survit encore de nos jours. A de nombreuses reprises, l'attention a été appelée sur la lutte sans fin menée à cet égard. En 1958, par exemple, J. H. W. Verzijl a fait observer qu'il était «choquant de devoir reconnaître» que les tentatives faites pour se pencher sur les abus et phénomènes du passé étaient «relativement récentes». Ainsi :

«Il suffira de rappeler les preuves historiques humiliantes attestant que l'abolition formelle de l'esclavage n'a été réalisée qu'avec réticence, petit à petit, au XIX<sup>e</sup> siècle, que des formes cachées ou même ouvertes de servitude existent encore ..., qu'il était encore nécessaire en 1956 de conclure une convention, la convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage ... une sinistre survivance du passé qui existe toujours.»<sup>129</sup>

115. Lorsque, peu après sa création et celle de l'Organisation des Nations Unies elle-même, la Commission du droit international (CDI) a formulé les *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le Jugement de ce tribunal* (1950), elle a fait figurer au nombre des «*crimes de guerre*» la «déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés» (principe VI *b*)); elle a de même fait figurer parmi les «*crimes contre l'humanité*» «la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles» (principe VI *c*))<sup>130</sup>. Codifiés en 1950, ces principes étaient déjà depuis longtemps profondément gravés dans la conscience juridique universelle. Ces crimes étaient de même déjà interdits depuis longtemps par le droit international.

116. Le fait demeure que l'interdiction du travail forcé en tant que forme d'esclavage est bientôt apparue dans les travaux de codification non seulement de la CDI au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, mais aussi du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) au milieu de la dernière décennie. En fait, selon l'étude du CICR intitulée *Droit international humanitaire coutumier*, publiée en 2005, le travail forcé non rémunéré ou abusif

<sup>129</sup> J. H. W. Verzijl, *Human Rights in Historical Perspective*, Haarlem, Haarlem Press, 1958, p. 5-6.

<sup>130</sup> Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 7<sup>e</sup> éd., vol. I, New York, Nations Unies, 2007, p. 265.

est interdit ; selon l'étude, cette interdiction du travail forcé constitue « une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux »<sup>131</sup> (règle 95).

#### 4. *Les crimes internationaux et les interdictions du jus cogens*

117. Le fait demeure que, lorsque la seconde guerre mondiale a éclaté, le travail forcé était déjà interdit par le droit international comme une forme d'esclavage. Bien avant cette guerre et, de fait, avant la première guerre mondiale, son illicéité était largement reconnue. Le fait que des pratiques illicites aient néanmoins subsisté, en temps de paix ou de conflit armé — comme elles subsistent encore aujourd'hui —, ne signifie pas qu'il y avait un vide juridique à cet égard. Les interdictions du droit international ne disparaissent pas parce que les violations se produisent. Bien au contraire, de telles violations entraînent des conséquences juridiques pour ceux qui en sont responsables.

118. Déjà au début du XX<sup>e</sup> siècle, la convention IV de La Haye (1907) contenait, dans son préambule, la *célèbre clause Martens* (voir *supra*), invoquant, pour les cas qui n'étaient pas couverts par le règlement annexé à la convention, les « lois de l'humanité » et les « exigences de la conscience publique » (par. 8). On avait pris soin de faire en sorte que nul ne soit privé de la protection accordée par le *corpus juris gentium* — par le droit international conventionnel et coutumier — contre le travail forcé assimilable à l'esclavage dans l'industrie de l'armement. Le *jus gentium* faisait bénéficier tous les êtres humains de cette protection, bien avant le sinistre cauchemar et les horreurs du III<sup>e</sup> Reich.

119. Dans le même ordre d'idées, dans ma précédente opinion dissidente (par. 144-146) jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle), j'appelais l'attention (à la lumière des conclusions des Parties elles-mêmes, qui n'étaient pas nécessairement divergentes sur ce point) sur l'incidence du *jus cogens* en ce qui concerne l'interdiction absolue du travail forcé dans l'industrie de guerre. A cet égard, je faisais observer :

« En réalité, on peut remonter — même avant la deuxième conférence de la paix de La Haye (1907) — à l'époque de la première conférence de la paix de La Haye (1899)... A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on estimait, lors de la première conférence de la paix de La Haye, que les Etats pourraient voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de mauvais traitements infligés à des personnes (à raison, par

<sup>131</sup> CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. I: *Règles* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 330, et voir p. 331-334; voir aussi CICR, *Droit international humanitaire coutumier* — vol. II: *Pratique*, première partie (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, p. 2225-2262.

exemple, du transfert de civils pour travail forcé); cela annonçait l'époque de la responsabilité pénale des agents individuels de l'Etat qui suivit, avec la consécration des concepts de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

L'éveil progressif de la conscience humaine conduisit à l'évolution allant de la consécration du concept des *delicta juris gentium* à celle des violations du droit international humanitaire (sous la forme des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité) — représentant l'héritage de Nuremberg — suivie de celle des violations *graves* du droit international humanitaire (avec les quatre conventions de Genève sur le droit international humanitaire de 1949 et leur protocole additionnel I de 1977)<sup>132</sup>. A la suite de cet éveil progressif de la conscience humaine, les êtres humains cessèrent également d'être un *objet* de protection pour être considérés comme des *sujets* de droits, à commencer par le droit fondamental à la vie, comportant le *droit de vivre dignement*.

Les êtres humains furent reconnus comme *sujets* de droits en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de conflit armé. Pour ce qui est du temps de paix, il convient de rappeler brièvement que, bien avant la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les expériences pionnières du système des minorités et du système des mandats mis en place dans le cadre de la Société des Nations au cours de l'entre-deux-guerres octroyaient un accès direct aux individus concernés aux instances internationales (respectivement les Comités des minorités et la Commission permanente des mandats) pour leur permettre de faire valoir les droits découlant *directement* du droit des gens (le *jus gentium* en évolution). Pour ce qui est de ce dernier également, à partir de la deuxième conférence de la paix de La Haye, les êtres humains se voyaient reconnaître le droit de revendiquer des réparations de guerre.» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, pp. 385-386, par. 144-146.)

120. Cela étant, les Etats ne peuvent dans leurs accords avec d'autres Etats renoncer à ce droit de revendiquer des réparations de guerre, reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale; il était lié à d'autres droits inhérents aux êtres humains victimes de la cruauté et de souffrances indicibles causés par la détention arbitraire, la déportation et

<sup>132</sup> Première convention de Genève, art. 49 et 50; deuxième convention de Genève, art. 50 et 51; troisième convention de Genève, art. 129 et 130; quatrième convention de Genève, art. 146 et 147; protocole additionnel I, art. 85 à 88. Le protocole additionnel I de 1977 (art. 85) a préféré s'en tenir à cet égard à la terminologie des quatre conventions de Genève de 1949 et a conservé l'expression d'«infractions graves» au droit international humanitaire, étant donné les «objectifs purement humanitaires» de ces traités humanitaires; il a néanmoins jugé nécessaire de préciser que les «infractions graves» à ces traités (les quatre conventions de Genève et le protocole additionnel I) «[é]taient considérées comme des crimes de guerre» (art. 85, par. 5). Voir Y. Sandoz, Ch. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire sur les protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1987, p. 1016 et 1027.

le travail forcé dans les industries de guerre. J'ai déjà examiné ce point dans la présente opinion dissidente (voir section VII *supra*). Suivant l'ordre logique, je vais maintenant me pencher sur les plaidoiries des Parties et de l'intervenant en ce qui concerne le *jus cogens* et le refus d'accorder l'immunité, puis sur le problème de l'opposition entre immunité de l'Etat et droit d'accès à la justice de l'individu.

XIII. PLAIDOIRIES DES PARTIES ET DE L'ÉTAT INTERVENANT  
CONCERNANT LE *JUS COGENS* ET LE REFUS D'ACCORDER L'IMMUNITÉ :  
ÉVALUATION

121. En ce qui concerne le *jus cogens* et l'immunité de l'Etat, l'Allemagne soutient que le *jus cogens* concerne les règles primaires du droit international et non les règles secondaires (par exemple les conséquences des violations)<sup>133</sup>. Elle fait valoir qu'il ne peut s'agir d'un conflit entre deux règles de droit international général mais qu'il s'agit uniquement de la question de savoir si une règle a été modifiée par l'effet de l'autre, et, dans la présente affaire, pour l'Allemagne, la pratique des Etats n'indique pas que les règles de l'immunité de l'Etat aient été modifiées d'une manière quelconque<sup>134</sup>.

122. L'Italie, pour sa part, soutient que les normes du *jus cogens* ont des effets dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, de même qu'en ce qui concerne la prévention des infractions au droit international<sup>135</sup>. Selon l'Italie, dans certains cas, le droit international permet de refuser d'accorder l'immunité afin de donner effet à des règles du *jus cogens*<sup>136</sup>. C'est pourquoi la décision de la Cour de cassation italienne d'écarter l'immunité en cas de violation de règles du *jus cogens* était correcte, en ce qu'elle mettait fin à la violation continue de l'Allemagne<sup>137</sup>.

123. La Grèce fait quant à elle valoir que, selon les tribunaux grecs, s'il y a eu violation de règles de caractère impératif, l'immunité de l'Etat ne peut être invoquée<sup>138</sup> ; selon elle, il n'était pas juridiquement justifié de tenter d'établir une distinction entre une règle substantielle (le *jus cogens*) et une règle procédurale (l'immunité de l'Etat). Une règle procédurale ne pouvait prévaloir sur une règle substantielle du *jus cogens*, car cela serait incompatible avec l'objet et la raison d'être de la règle substantielle, et reviendrait à accorder l'impunité aux Etats ayant commis des violations graves de normes impératives<sup>139</sup>. De plus — ajoutait-elle — une telle dis-

<sup>133</sup> CR 2011/17, p. 49-50, par. 3; il fait valoir en outre que le *jus cogens* ne peut être compris comme exprimant des principes de droit de valeur supérieure qui primeraient tous les autres principes, exprimant des valeurs moindres.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 53, par. 6.

<sup>135</sup> CR 2011/18, p. 47-48, par. 25.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 49, par. 28.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 56-58, par. 16-18.

<sup>138</sup> CR 2011/19, p. 36, par. 98.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 37, par. 102.

inction entraverait l'exercice du droit à un recours effectif consacré dans divers instruments internationaux<sup>140</sup>; ainsi, l'accès effectif aux tribunaux pour faire respecter de telles règles (sans que l'immunité fasse obstacle à la compétence) devait être reconnu<sup>141</sup>.

124. L'Allemagne a répondu à cela que décider d'écarter l'immunité déstabiliserait les règlements de paix et le principe *pacta sunt servanda* lui-même, car tous les traités de paix seraient compromis par des actions individuelles en réparation (l'Italie elle-même pourrait se trouver confrontée à de tels procès)<sup>142</sup>. Elle faisait aussi valoir que l'intérêt collectif ne devait pas être mis en péril par celui de l'individu, et qu'on ne pouvait permettre que les droits de l'homme portent ainsi atteinte à la structure de la société internationale.

125. L'Italie a répondu que ce qui était demandé à la Cour était d'examiner la légalité de certaines décisions de tribunaux italiens sur la base d'un contexte factuel très précis, qui rendait la présente affaire unique. Ainsi, la décision que rendrait la Cour ne pouvait être considérée comme risquant d'avoir les conséquences catastrophiques sur l'ensemble de l'ordre juridique international qu'invoquait l'Allemagne<sup>143</sup>. L'Italie ajoutait que sa position se rapprochait du «principe de complémentarité», puisqu'elle faisait valoir qu'un individu ne pouvait saisir ses tribunaux nationaux que s'il avait vainement saisi ceux de l'Etat auteur de la violation<sup>144</sup>.

126. Quant au jugement de l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*, la Grèce relate la procédure devant les tribunaux grecs et les décisions de ceux-ci, et affirme que la Cour suprême spéciale grecque n'est pas une «cour constitutionnelle»; elle n'a vocation à apprécier la constitutionnalité des lois que dans un nombre limité de situations et elle n'est pas assimilable aux cours constitutionnelles d'autres Etats, dont les décisions ont valeur de précédent dans leur ordre juridique interne<sup>145</sup>. Ainsi, l'impact de cette décision dans l'ordre juridique grec soulève des questions, mais on ne peut considérer qu'il a inversé la décision rendue par l'*Areios Pagos* dans l'affaire du *Massacre de Distomo*<sup>146</sup>.

127. A cet égard, l'Allemagne soutient que, quoi qu'en dise la Grèce, c'est un fait que, à la suite de la décision de la Cour spéciale suprême dans l'affaire *Margellos*, l'ordre juridique grec ne reconnaît aucune limite à l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii*, puisque la décision de

<sup>140</sup> CR 2011/19, p. 38, par. 106.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> CR 2011/17, p. 55-56, par. 13. L'Allemagne affirme également qu'on risque ainsi de créer une culture du «*forum shopping*», ce qui causerait de graves problèmes dans les relations internationales et poserait un problème s'agissant des biens dont les Etats sont propriétaires à l'étranger; *ibid.*, p. 59, par. 18.

<sup>143</sup> CR 2011/21, p. 14-16, par. 4-7. L'Italie contestait également qu'il existât, comme le faisait valoir l'Allemagne, un risque réel de «*forum shopping*»; pour l'Italie, sa position et celle de la Cour de cassation italienne n'avaient rien à voir avec une quelconque «compétence civile universelle»; *ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 49-50, par. 31-33.

<sup>145</sup> CR 2011/19, p. 23-24.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 23-24, par. 43 et 46.

cette cour est un précédent qui s'impose à tous les tribunaux grecs<sup>147</sup>. Elle soutient aussi que la reconnaissance et l'exécution de la décision grecque rendue dans l'affaire *Distomo* par les tribunaux italiens ont violé son immunité<sup>148</sup>. A cet égard, l'Allemagne relève également que l'agent de l'Italie a admis l'illégalité de l'hypothèque judiciaire prise sur la Villa Vigoni et la volonté de l'Italie de remédier à cette situation<sup>149</sup>.

128. L'Italie fait valoir que l'exécution du jugement rendu dans l'affaire *Distomo* n'a pas été la conséquence du «*forum shopping*» qu'aurait créé la décision *Ferrini*, et qu'aucun principe ne confère d'immunité à l'Etat en matière d'exequatur. Elle fait en outre valoir que, puisque les tribunaux grecs n'ont pas reconnu l'immunité à l'Allemagne pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Ferrini* et dans des circonstances similaires, elle n'avait aucune obligation d'accorder l'immunité à l'Allemagne<sup>150</sup>.

129. Selon moi, ce qui compromet ou déstabilise l'ordre juridique international, ce sont les crimes internationaux et non les actions en réparation engagées par des individus souhaitant obtenir justice. A mon avis, c'est l'occultation de tels crimes internationaux associés à l'impunité dont bénéficient leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes, qui trouble l'ordre international. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut, ultérieurement, se protéger en invoquant les immunités souveraines, qui n'ont jamais été conçues à cette fin. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui constituent des crimes internationaux ne sont pas du tout des actes *jure imperii*. Il s'agit d'actes antijuridiques, de violations du *jus cogens*, que l'on ne peut tout simplement pas faire disparaître ou jeter aux oubliettes en invoquant l'immunité de l'Etat. Cela bloquerait l'accès à la justice et ferait triompher l'impunité. En fait, c'est l'opposé qui devrait se produire: les violations du *jus cogens* écartent les revendications d'immunité souveraine de manière à ce que justice puisse être faite.

#### XIV. L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT CONTRE LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE

##### 1. La tension existant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

###### a) L'affaire *Al-Adsani* (2001)

130. La tension entre le droit d'accès à la justice et l'immunité de l'Etat s'est manifestée dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). L'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001), qui a fait date, avait son origine dans une requête d'une personne ayant la double nationalité britannique et koweïtienne qui faisait valoir que les

<sup>147</sup> CR 2011/20, p. 19, par. 10.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 28-29, par. 28-30.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 29, par. 31.

<sup>150</sup> CR 2011/21, p. 28-29, par. 1-4.

tribunaux britanniques, en violation des articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme, n'avaient pas protégé son droit d'accès à un tribunal en accordant l'immunité à l'Etat koweïtien, contre lequel il avait engagé une procédure devant les tribunaux civils en invoquant les tortures subies alors qu'il était détenu par les autorités au Koweït.

131. Dans son arrêt du 21 novembre 2001, la CEDH (Grande Chambre), tout en reconnaissant que l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme de *jus cogens* en droit international, s'est néanmoins déclarée incapable de discerner aucun élément solide lui permettant de conclure qu'un Etat «ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture»<sup>151</sup>. Cette décision a été adoptée par la CEDH (Grande Chambre) par neuf voix contre huit<sup>152</sup>. Les carences du raisonnement majoritaire sont bien formulées dans l'opinion dissidente commune des juges Rozakis et Caflich, auxquels se sont joints les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić; ils conclurent à juste titre que, lorsqu'il y a conflit entre une norme du *jus cogens* et toute autre règle du droit international, la première prévaut, avec la conséquence que la règle en conflit avec elle n'a pas d'effets juridiques contredisant le contenu de la norme impérative<sup>153</sup>.

132. A mon avis, les juges dissidents ont relevé la carence fondamentale du raisonnement de la majorité. A la différence de celle-ci, ils ont dûment tiré la conséquence nécessaire de la conclusion selon laquelle l'interdiction de la torture avait acquis le statut de norme du *jus cogens*, à savoir qu'un Etat ne peut s'abriter derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire aux conséquences de ses actes et échapper à une procédure civile découlant d'allégations de torture devant un tribunal étranger<sup>154</sup>. Les juges dissidents ont aussi fait valoir que la distinction faite par la majorité entre la procédure civile et la procédure pénale ne s'accordait pas avec la finalité même des règles de *jus cogens*: ils considèrent que la nature pénale ou civile de la procédure n'est pas pertinente, car ce qui compte réellement est le fait qu'il y a eu violation d'une norme du *jus cogens* et qu'ainsi l'obstacle juridictionnel a été écarté «par l'interaction même des règles internationales en jeu»<sup>155</sup>.

133. De même, dans son opinion dissidente, le juge Loucaides a fait observer que, une fois que l'on acceptait que l'interdiction de la torture était effectivement une norme du *jus cogens*, il en découlait qu'aucune immunité ne pouvait être invoquée dans le cadre d'une procédure visant à attribuer à une partie la responsabilité d'actes de torture<sup>156</sup>. Il est effectivement regrettable que dans son raisonnement la majorité de la Cour

<sup>151</sup> CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 59-61.

<sup>152</sup> Sur la question de la violation alléguée de l'article 6 de la convention.

<sup>153</sup> CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, opinion dissidente commune aux juges Rozakis et Caflich, à laquelle se sont ralliés les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, par. 1.

<sup>154</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>155</sup> *Ibid.*, par. 4.

<sup>156</sup> *Ibid.*, opinion dissidente du juge Loucaides, p. 1.

n'ait pas tiré les conclusions qui découlaient de la constatation que l'interdiction de la torture était une norme du *jus cogens*, ce qui, dans les circonstances de l'affaire *Al-Adsani*, aurait invalidé l'invocation de l'immunité souveraine<sup>157</sup>. Pourtant, la majorité de la Cour a au moins admis le caractère de droit coutumier des règles sur l'immunité de l'Etat, en reconnaissant qu'elles étaient en transition et qu'il était possible de leur imposer des limites (même lorsque les Etats agissaient *jure imperii*), ce qui semble laisser la porte ouverte à une évolution future dans la bonne direction<sup>158</sup>.

134. Dans la présente affaire opposant l'Allemagne à l'Italie, c'est à juste titre que les tribunaux italiens ont tiré la conclusion juridique nécessaire de l'effet des violations de normes qui ont le statut de *jus cogens* sur l'invocation de l'immunité de l'Etat dans des procédures civiles. Les faits dont découle la présente affaire constituent des violations des normes impératives, et la responsabilité de l'Allemagne n'est pas contestée s'agissant de ces violations. Ainsi, comme l'ont soutenu à juste titre les juges dissidents dans l'affaire *Al-Adsani* dont a connu la CEDH, la conséquence est que l'Allemagne ne peut se cacher derrière les règles de l'immunité de l'Etat pour se soustraire à des actions en réparation engagées devant une juridiction étrangère (Italie) pour des violations de normes du *jus cogens*. A cet égard, il convient de remarquer qu'à la différence de l'affaire *Al-Adsani*, dans laquelle les faits visés n'avaient pas eu lieu dans l'Etat du for (mais au Koweït), certaines des demandes introduites devant les tribunaux italiens concernaient des crimes commis totalement ou en partie sur le territoire italien lui-même<sup>159</sup>.

b) *L'affaire McElhinney (2001)*

135. L'affaire *McElhinney c. Irlande (2001)* concernait une demande en dommages-intérêts, touchant une action en justice introduite en Irlande contre le militaire britannique qui avait tiré sur le requérant et contre le Secrétaire d'Etat à l'Irlande du Nord. Les tribunaux internes ont débouté le requérant, le Royaume-Uni ayant invoqué l'immunité. La CEDH (Grande Chambre), dans son arrêt du 21 novembre 2001, a jugé que, s'il semblait exister en droit international et comparé «une tendance à limiter l'immunité des Etats» en cas de dommages corporels dus à un acte ou à une omission survenus dans l'Etat du for, cette pratique n'était «nullement universelle» (par. 38). Elle a donc décidé, par douze voix contre cinq, que les décisions des juridictions irlandaises n'avaient pas outrepassé «la marge d'appréciation reconnue aux Etats quand il s'agit de limiter le droit d'accès d'un individu à un tribunal» (par. 40).

136. Deux des cinq juges dissidents (les juges Rozakis et Loucaides), dans leurs opinions dissidentes respectives, ont considéré que la décision de la majorité ne tenait pas compte de l'évolution du droit international et

<sup>157</sup> Voir Ch. L. Rozakis, «The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights», *Revue hellénique de droit international*, vol. 61 (2008), p. 579-680.

<sup>158</sup> Voir *ibid.*, p. 593.

<sup>159</sup> CR 2011/18, p. 41-46.

restreignait de manière disproportionnée le droit d'accès à un tribunal, portant indûment atteinte à l'essence de ce droit. Le juge Loucaides ajoutait :

«Les immunités du droit international sont nées à une époque où les droits individuels n'existaient pratiquement pas et où les Etats avaient besoin de se protéger davantage contre un éventuel harcèlement sous la forme de procédures judiciaires abusives. A l'époque moderne, la théorie de l'immunité de l'Etat fait de plus en plus l'objet de restrictions, la tendance étant à réduire son application en raison de l'évolution qui a eu lieu dans le domaine des droits de l'homme et qui renforce la position de l'individu.» (Par. 4.)

137. Les trois autres juges dissidents (les juges Caffisch, Cabral Barreto et Vajić), dans leur opinion dissidente commune, ont également défendu le respect du droit d'accès à un tribunal consacré au paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne (restreint de manière disproportionnée en l'espèce), indiquant que, aux termes de l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, les Etats n'ont «aucune obligation internationale d'accorder l'immunité à d'autres Etats quand des actes dommageables d'agents de ceux-ci sont en cause». Ils ont fait observer ce qui suit :

«Le principe de l'immunité des Etats a cessé depuis longtemps d'être une règle générale faisant échapper les Etats à la compétence des tribunaux... [l]a construction de l'immunité absolue de juridiction (et même d'exécution) a commencé à se fissurer dans le premier quart du XX<sup>e</sup> siècle, avec l'avènement de l'Etat commerçant...

... Les législateurs et tribunaux nationaux, d'abord en Europe occidentale continentale et, beaucoup plus tard, dans les pays de la *common law*, ont peu à peu reconnu les exceptions à l'immunité absolue...

Les exceptions dont il s'agit, en particulier celles relatives aux quasi-délits, se sont aussi introduites dans le droit international régissant l'immunité des Etats.» (Par. 2-4.)

138. Dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont la Cour est saisie, il est révélateur, comme le fait valoir l'Italie, que les plaignants aient saisi les tribunaux allemands, qui les ont déboutés. Ainsi, le raisonnement de la CEDH dans l'affaire *McElhinney*, selon lequel le requérant avait la faculté de saisir la justice en Irlande du Nord (ce qu'il a effectivement fait), ne peut être appliqué tel quel aux circonstances de la présente affaire, puisque le plaignant initial a bien recouru à d'autres voies de droit avant de se tourner vers les tribunaux italiens : dans la présente espèce, il n'y avait pas d'autre moyen raisonnable de protéger efficacement les droits en cause<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Voir contre-mémoire de l'Italie, par. 4.100. Voir également réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9, document dans lequel l'Italie déclare que, «si les juges nationaux n'avaient pas écarté l'immunité, il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation».

c) *L'affaire Fogarty (2001)*

139. L'affaire *Fogarty c. Royaume-Uni* (arrêt du 21 novembre 2001) concernait un litige en matière d'emploi (une allégation de victimisation et de discrimination formulée par une ex-employée de l'ambassade des Etats-Unis à Londres). La CEDH a dans cette affaire fait observer qu'il existait une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi. Elle a de plus relevé que la CDI n'entendait pas exclure l'application de l'immunité des Etats lorsque la procédure avait pour objet l'engagement d'une personne, y compris l'engagement sur un poste d'une mission diplomatique.

140. La CEDH a conclu que la pratique des Etats concernant l'emploi d'individus par l'ambassade d'un Etat étranger n'était pas uniforme. Elle a fait observer que les limitations au droit d'accès à un tribunal «ne restreign[aien]t pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même» (par. 33), mais elle a tranché comme dans les affaires susmentionnées. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, il semble, comme l'a fait valoir l'Italie, qu'«il ne serait resté aux victimes de crimes de guerre aucun autre moyen d'obtenir réparation»<sup>161</sup>.

d) *L'affaires Kalogeropoulou et autres (2002)*

141. Enfin, mais non moins importante, l'affaire *Kalogeropoulou et autres* (2002) concerne une procédure engagée par des parents des victimes du massacre de Distomo. Les requérants invoquaient l'article 6 de la convention européenne et l'article premier du protocole n° 1 à celle-ci. La Chambre de la CEDH saisie de l'affaire déclara la requête irrecevable (décision du 12 décembre 2002) alors que, comme cela n'était pas le cas dans l'affaire *Al-Adsani*, la requête concernait des crimes contre l'humanité commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire la Grèce). Ce nonobstant, la décision de la Chambre de la Cour reposait sur le postulat que le droit d'accès à un tribunal pouvait être soumis à des restrictions (proportionnelles au but poursuivi). Néanmoins, selon moi, de telles restrictions ne sauraient porter atteinte à l'essence même du droit d'accès à un tribunal.

142. La conclusion à laquelle la Chambre de la Cour est parvenue était que certaines restrictions au droit d'accès à un tribunal devaient être considérées comme inhérentes à la garantie d'un procès équitable, et elle a mentionné l'immunité des Etats; mais elle a ajouté «ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur» (p. 9). Ce prononcé semble aller un peu plus loin que ce qu'a jugé la Cour dans les affaires *Al-Adsani* et *McElhinney*, qui ne laissaient pas expressément la «porte ouverte» à des développements futurs. Même si cette conclusion selon laquelle «une porte est ouverte» pour des développements futurs ne

<sup>161</sup> Réponses écrites de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 9.

semble pas tout à fait suffisante pour la Chambre de la CEDH, elle a au moins ainsi reconnu, il y a une décennie (en 2002), que le droit en la matière était en transition<sup>162</sup>.

## 2. La tension existant dans la jurisprudence des tribunaux internes

143. La tension susmentionnée, qui existe également dans la jurisprudence des tribunaux internes, a retenu l'attention des Parties dans le cadre de leurs plaidoiries devant la Cour, en particulier lorsqu'elles ont exprimé leur opinion sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation italienne dans l'affaire *Ferrini* (2004). L'Allemagne a affirmé que la *Corte di Cassazione* avait décidé de se substituer au législateur et d'introduire une nouvelle règle, qui n'était pas encore étayée au niveau international par la pratique des Etats et la jurisprudence d'autres Etats<sup>163</sup> ; elle a également fait valoir que la pratique des tribunaux internes attestait que la règle de l'immunité des Etats était reconnue même dans le cas de crimes internationaux<sup>164</sup>. Sur ce point, l'Allemagne concluait que l'arrêt *Ferrini* de la *Corte di Cassazione* demeurerait selon elle une décision isolée dans la pratique des Etats et que l'immunité juridictionnelle à raison des actes *jure imperii* demeurerait une règle solidement établie en droit international<sup>165</sup>.

144. L'Italie a quant à elle fait valoir que la décision *Ferrini* ne portait pas atteinte à la règle de l'immunité, qui demeurerait essentielle, mais la redéfinissait afin d'assurer le respect des obligations fondamentales de la communauté internationale<sup>166</sup> ; l'immunité souveraine pour les actes *jure imperii* ne devait pas être considérée comme absolue, car elle était soumise à des exceptions comme l'exception délictuelle. Selon elle, il appartenait aux tribunaux nationaux de classer et de définir les actes d'un Etat étranger pour décider s'ils étaient ou non couverts par l'immunité<sup>167</sup>. L'Italie faisait valoir en outre que, comme dans l'affaire *Ferrini*, la *Corte di Cassazione* garantissait également l'accès effectif à la justice aux victimes de violations, ce qui comportait deux éléments constitutifs : le droit à un procès équitable et le droit à réparation.

<sup>162</sup> La Chambre de la Cour a beaucoup insisté sur le fait qu'il était nécessaire, en droit grec, que le ministre de la justice autorise les procédures d'exécution (article 923 du code grec de procédure civile), une autorisation qui n'avait pas été obtenue en l'espèce (voir p. 11-12). En ce sens, l'affaire *Ferrini* jugée en Italie est différente, puisqu'en Italie le consentement du ministre de la justice ne semble pas être nécessaire pour engager une procédure d'exécution.

<sup>163</sup> CR 2011/17, p. 21-22, p. 29-31, par. 16-17, et p. 27-28, par. 13-14.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 33, par. 27, et voir par. 26. Elle affirmait en outre que la décision *Ferrini* ne distinguait pas entre les règles de fond et les règles de procédure, outre qu'elle ne tenait pas compte du contexte systémique des réparations de guerre qui, selon elle, relevaient de la compétence exclusive des Etats et reposaient sur des accords mutuels (ou l'action du Conseil de sécurité); *ibid.*, p. 25, par. 9. L'Allemagne affirmait en outre que l'arrêt *Ferrini* confondait les notions d'immunité personnelle et d'immunité de l'Etat; *ibid.*, p. 26-27, par. 10-12.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 61-62.

<sup>166</sup> CR 2011/18, p. 60, par. 24.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 9, et p. 16, par. 3.

Puisque, selon les tribunaux allemands, M. Ferrini et les autres victimes n'avaient pas droit à des réparations sur la base de la législation allemande, ils ne pouvaient avoir recours qu'aux tribunaux italiens, et la *Corte di Cassazione* avait donc ainsi ajusté le principe de l'immunité afin de préserver la cohérence des règles internationales applicables dans cette affaire<sup>168</sup>.

145. La décision rendue par la *Corte di Cassazione* dans l'affaire *Ferrini* (2004) n'était qu'une des décisions de juridictions internes invoquées par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce) au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* dont est saisie la Cour. Durant la procédure, les Parties ainsi que l'Etat intervenant ont invoqué d'autres décisions de tribunaux internes pour étayer leurs arguments. Ainsi, en ce qui concerne la pratique des tribunaux nationaux relative à l'immunité des Etats, l'Allemagne a par exemple, pour étayer ses arguments, invoqué une décision succincte récente de la cour de district israélienne de Tel-Aviv-Jaffa<sup>169</sup>, une décision du Tribunal fédéral de Rio de Janeiro<sup>170</sup> et une décision de la Cour suprême polonaise<sup>171</sup>.

146. L'Italie a pour sa part répliqué à ces arguments en affirmant que, «face à des réclamations portant sur des violations de règles impératives du droit international, les juridictions internes ont porté différentes appréciations sur la question de l'immunité dont jouit l'Etat fautif»<sup>172</sup>. A l'appui de cet argument, l'Italie cite, outre les jugements susmentionnés de l'*Areios Pagos* grec dans l'affaire du *Massacre de Distomo* et de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini*, deux autres jugements récents, rendus respectivement par la Cour supérieure du Québec<sup>173</sup> et la Cour de cassation française<sup>174</sup>, qui, selon elle, «tendent ... à reconnaître que le principe de l'immunité en matière d'actes se rattachant à l'exercice de droits souverains peut faire l'objet de restrictions dans ce type d'affaires»<sup>175</sup>.

147. La Grèce, pour sa part, fait observer que «l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il

<sup>168</sup> CR 2011/18, p. 61-62, par. 27.

<sup>169</sup> Affaire *Orith Zemach et autres c. République fédérale d'Allemagne*, cour de district de Tel-Aviv-Jaffa, décision du 21 décembre 2009, affaire 2143-07, mentionnée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 32, par. 24.

<sup>170</sup> Affaire *Barreto c. République fédérale d'Allemagne*, Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, procédure ordinaire n° 2006.5101016944-1, 9 juillet 2008, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 32, par. 23. L'appel de cette décision est encore pendant.

<sup>171</sup> Affaire *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne*, Cour suprême polonaise, décision du 29 octobre 2010, dossier IV CSK 465/09, évoquée par l'Allemagne dans ses plaidoiries : CR 2011/17, p. 33, par. 25.

<sup>172</sup> CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>173</sup> Affaire *Kazemi (succession de) et Hashemi c. Iran, ayatollah Ali Khamenei et autres*, Cour supérieure du Québec, 25 janvier 2011, 2011 QCCS 196, mentionnée par l'Italie dans ses plaidoiries : CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>174</sup> Cour de cassation, première chambre civile, France, 9 mars 2011, numéro de pourvoi 09-14743, invoquée par l'Italie dans ses plaidoiries : CR 2011/18, p. 40, par. 7.

<sup>175</sup> CR 2011/18, p. 40, par. 7.

existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»<sup>176</sup>. Elle fait valoir que

«l'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles de droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907... Cela devient évident par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième conférence de La Haye.»<sup>177</sup>

La Grèce ajoute que l'obligation de verser des réparations qui incombe à l'Etat ayant commis le fait illicite est, selon elle, bien établie en droit international<sup>178</sup>. Les traités relatifs aux droits de l'homme et au droit international humanitaire contiennent certaines règles spécifiques énonçant à la charge de l'Etat une obligation de réparer au bénéfice des victimes individuelles de violations.

148. Il ressort globalement des plaidoiries devant la Cour qu'il existe une tension entre la jurisprudence des tribunaux nationaux concernant l'invocation de l'immunité de l'Etat et l'exercice du droit d'accès à la justice. Ainsi, la Cour ne peut guère s'appuyer sur la seule pratique des tribunaux internes. Elle doit recourir à d'autres manifestations contemporaines du droit international, telles que celles énumérées à l'article 38 de son Statut (les «sources» formelles du droit international) et aller au-delà, comme elle l'a parfois fait par le passé. Ce n'est que de cette manière qu'elle peut exercer sa fonction comme il convient, s'agissant de régler une affaire contentieuse comme celle dont elle est saisie en sa qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies).

### 3. *La tension susmentionnée à l'ère de l'état de droit aux niveaux national et international*

149. Cela est encore plus justifié si l'on songe à la tension susmentionnée à l'heure actuelle, celle de l'état de droit aux niveaux national et international. Les origines de ce concept (l'état de droit, essentiellement au niveau interne) dans les pays de droit civil et de *common law* remontent à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, et il a progressivement pris forme tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. Il en est arrivé à être perçu, spécialement au XX<sup>e</sup> siècle, comme correspondant à une série de valeurs et principes fondamentaux, et à l'idée qui le sous-tend d'une nécessaire *limitation* du pouvoir. L'un de ces principes est celui de l'*égalité* de tous devant la loi.

<sup>176</sup> CR 2011/19, p. 22.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>178</sup> Voir les passages cités p. 4 de la présente opinion. La Grèce mentionne la commission des réclamations Erythrée-Ethiopie à l'appui de son argument selon lequel «les individus sont perçus, en droit international humanitaire, comme les titulaires de droit secondaire»; CR 2011/19, p. 26.

150. La notion d'état de droit s'écarte de la myopie du positivisme juridique (avec la servilité devant les pouvoirs établis qui le caractérise) et se rapproche de l'idée d'une justice « objective », aux niveaux national et international, conformément à la doctrine du *droit naturel*. Dans le cadre de cette dernière, il renvoie à la protection des droits de l'homme, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Il n'est pas non plus surprenant que la notion d'état de droit ait aussi fait sentir sa présence dans les domaines contemporains du droit des organisations internationales, dans lequel elle s'est propagée ces dernières années.

151. Nous sommes de nos jours les témoins, dans le cadre du phénomène général de notre époque, de la *juridictionnalisation* de l'ordre juridique international lui-même, avec l'expansion de la juridiction internationale (attestée par la création et la coexistence de multiples tribunaux internationaux)<sup>179</sup> et l'élargissement rassurant de l'*accès à la justice* — au niveau international — d'un nombre croissant de *justiciables*<sup>180</sup>. Le thème de l'état de droit (la primauté du droit) aux niveaux national et international a, cela n'est pas surprenant, récemment été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies elle-même (depuis 2006), au sein de laquelle une attention croissante lui est accordée<sup>181</sup>.

152. J'ai appelé l'attention sur ce développement dans mon opinion dissidente en l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009* (p. 185, par. 55, et p. 199, par. 101). Une impulsion a été donnée à cet égard dans le cadre de l'Assemblée générale des Nations Unies par l'examen effectué en 2005 de la mise en œuvre de la Déclaration du Millénaire et de la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement. L'attention a été appelée à cette occasion sur un groupe de traités multilatéraux fondamentaux<sup>182</sup>, concernant, en dernier ressort et dans une large mesure, les droits de la personne humaine.

153. Le document final du Sommet mondial adopté en septembre 2005 reconnaissait la nécessité de respecter et de réaliser l'état de droit aux

<sup>179</sup> Voir par exemple Société française pour le droit international (SFDI), *La juridictionnalisation du droit international* (colloque de Lille de 2002), Paris, Pedone, 2003, p. 3-545; A. A. Cançado Trindade, «Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16 (2004), p. 177-180.

<sup>180</sup> Voir à cet égard A. A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en su Amplia Dimensión*, Santiago du Chili, CECO/Librotecnia, 2008, p. 61-407.

<sup>181</sup> Voir, sur la question «L'état de droit aux niveaux national et international», les résolutions ci-après de l'Assemblée générale des Nations Unies: A/RES/61/39 du 4 décembre 2006, A/RES/62/70 du 6 décembre 2007, A/RES/63/128 du 11 décembre 2008, A/RES/64/116 du 16 décembre 2009 et A/RES/65/32 du 6 décembre 2010. Pour un examen récent de la question à la lumière de ces résolutions de l'Assemblée générale, voir A. A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 4<sup>e</sup> éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2009, p. 584-587 et 645-651.

<sup>182</sup> Voir Nations Unies, *Multilateral Treaty Framework: An Invitation to Universal Participation — Focus 2005: Responding to Global Challenges*, New York, Nations Unies, 2005, p. 1-154.

niveaux national et international. Les principaux résultats de ce sommet mémorable peuvent donc être énoncés comme suit : premièrement, l'accent mis comme on l'a vu sur les traités multilatéraux ; deuxièmement, la recherche de la primauté de l'état de droit ; troisièmement, l'affirmation de cette primauté aux niveaux national et international ; et, quatrièmement, le dépassement de la conception purement étatique de la question.

154. Cela a à mon avis une incidence dans des domaines distincts du droit international contemporain. En ce qui concerne les immunités de l'Etat, par exemple, la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11) et la convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (art. 12) prévoient l'exception délictuelle. Ces deux conventions reconnaissent ainsi que leur sujet ne s'épuise pas dans les relations purement interétatiques.

155. Il va en fait au-delà de celles-ci, en envisageant la manière dont les Etats traitent les êtres humains placés sous leur juridiction. Les immunités de l'Etat n'ont pas été conçues pour protéger les Etats qui commettent des atrocités (*delicta imperii*). Avant de me pencher sur ce point, j'examinerai dans les paragraphes qui suivent la vieille dichotomie entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* (dans le cadre de la présente affaire) et le traitement de la personne humaine face aux immunités de l'Etat, en soulignant la myopie de la conception strictement interétatique et son dépassement.

#### XV. LES ARGUMENTS DES PARTIES EN CE QUI CONCERNE LES ACTES *JURE IMPERII* ET LES ACTES *JURE GESTIONIS*

156. Dans la présente affaire, qui oppose l'Allemagne à l'Italie devant la Cour, les Parties avancent des arguments distincts en ce qui concerne la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* aux fins de l'application de l'immunité souveraine et, plus généralement, sur la question de l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité relative. L'Allemagne fait valoir pour l'essentiel qu'à l'époque de la présence allemande sur le sol italien, de 1943 à 1945, «la doctrine de l'immunité souveraine absolue régnait de manière incontestée». Elle affirme que ce fut la «lettre Tate» (Etats-Unis) qui, «fondée sur un consensus général, opéra un tournant radical en 1952». Selon elle, depuis lors, «la pratique judiciaire distingue deux catégories d'actes accomplis par l'Etat : les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*»<sup>183</sup>.

157. L'Italie fait valoir pour sa part que, si au départ la compétence était exercée exclusivement sur la base de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, «[p]lus récemment, le droit et la pratique de nombreux pays» ont également admis «des exceptions à l'immunité des Etats dans le cas de certaines activités relevant de la catégorie des actes souverains»<sup>184</sup>. Selon elle, l'évolution de l'immunité absolue à l'immunité

<sup>183</sup> Mémoire de l'Allemagne, par. 91-92.

<sup>184</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 45, par. 4.13.

relative à son origine dans les décisions successives des tribunaux internes. Et la Grèce a réitéré cette opinion dans sa «déclaration écrite» du 4 août 2011 (par. 43-49). À cet égard, l'Italie renvoie à la jurisprudence belge, qui a fait figure de pionnière dans l'évolution de l'exception à l'immunité pour les actes privés, et soutient que la jurisprudence italienne, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, «applique d'une manière constante la distinction entre l'Etat en tant qu'entité politique exerçant des pouvoirs souverains et bénéficiant de l'immunité, et l'Etat en tant que personne morale, ne bénéficiant pas de l'immunité»<sup>185</sup>.

158. L'Italie ajoute que «[l]es jurisprudences belge et italienne ne restent pas longtemps isolées», et qu'il y eut aussi des répercussions dans le même sens dans la doctrine juridique à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>186</sup>. L'Italie soutient ainsi que le tournant de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* ne fut pas, comme le soutient l'Allemagne, représenté par la «lettre Tate» de 1952, du fait que, «bien avant la seconde guerre mondiale, le refus de l'immunité des Etats par les juridictions nationales n'était pas considéré comme portant atteinte à la dignité ou à la souveraineté d'un Etat étranger» et que «l'évolution vers l'immunité restreinte a pour raison d'être la nécessité de protéger les personnes privées». Elle ajoute que «les exceptions à l'immunité ne se limitent pas aux *acta jure gestionis*»<sup>187</sup>.

159. Lors des plaidoiries devant la Cour, au sujet de l'exception délictuelle — telle que prévue à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (2004) —, l'Allemagne a soutenu que cette disposition ne codifiait pas le droit coutumier et ne s'appliquait pas aux actions des forces armées, et que la pratique des Etats excluait les forces armées de toute exception à l'immunité<sup>188</sup>. L'Italie, pour sa part, affirme que l'exception délictuelle permet d'écarter l'immunité si l'acte délictueux a été commis en tout ou en partie dans l'Etat du for, comme c'est le cas dans la présente affaire<sup>189</sup>. Elle soutient de plus que l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 ne fait aucune distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Et elle ajoute que les actes dommageables spécifiques commis par les forces allemandes en Italie n'étaient pas juste des actes dommageables mais étaient de graves violations du *jus cogens*; ainsi, la tendance à reconnaître l'exception délictuelle pour accorder réparation et ouvrir l'accès à la justice, associée à la tendance à écarter l'immunité en cas de violation de normes impératives, signifiait que l'Italie n'était pas tenue d'accorder l'immunité à l'Allemagne pour ces actes<sup>190</sup>.

160. Ce débat entre les Parties s'est limité au paradigme des relations interétatiques. Il ne s'est pas libéré des chaînes du lexique traditionnel

<sup>185</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.15-4.16.

<sup>186</sup> Voir *ibid.*, par. 4.17.

<sup>187</sup> *Ibid.*, par. 4.20-4.50.

<sup>188</sup> CR 2011/17, p. 37-38, par. 2-3.

<sup>189</sup> CR 2011/18, p. 41, par. 9-11.

<sup>190</sup> CR 2011/21, p. 35-36, par. 16-17.

du droit international, à la seule exception d'une référence unique au *jus cogens*. L'évolution du droit évoquée par les Parties, chacune d'elles avançant à cet égard une opinion et une interprétation différentes, peut être mieux appréciée dans un cadre plus large, en allant bien au-delà de la stricte conception d'un ordre juridique interétatique. J'entends appeler l'attention, dans les paragraphes qui suivent, sur ce point, de manière à arriver à une meilleure compréhension de la question qui se pose.

XVI. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT :  
MYOPIE DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE

161. A cette fin, il convient de commencer par recenser les distorsions de la vision de l'ordre juridique international centrée sur l'Etat, pour aboutir à une prise de conscience du mythe entourant le rôle de l'Etat. Secoué par les horreurs de la seconde guerre mondiale et l'effondrement de la raison (la pensée rationnelle) dans les relations européennes, Ernst Cassirer (1874-1945) a étudié le rôle joué par le mythe dans cet effondrement. Il a conclu peu avant sa mort que, contrairement à l'opinion largement répandue, la civilisation n'était pas solide du tout, mais n'était qu'une couche fragile sous laquelle se cachait une violence extrême ayant donné lieu à des massacres et à des atrocités tout au long de l'histoire<sup>191</sup>. L'éminent penseur E. Cassirer, axant sa réflexion sur le mythe de l'Etat en vogue au XX<sup>e</sup> siècle, a mis en lumière l'influence délétère des traces de la pensée de Machiavel (rejet des considérations éthiques ou indifférence à cet égard), de la pensée de Hobbes (liens indissociables entre les dirigeants et les dirigés, ces derniers étant assujettis aux premiers) et de la pensée de Hegel (l'Etat comme réalité historique suprême qui doit se préserver et dont les intérêts sont au-dessus de tout, les considérations éthiques étant sans pertinence)<sup>192</sup>.

162. Il faut être prudent avec les mythes, avertissait en outre E. Cassirer, y compris les «mythes politiques», en particulier ceux qui ont abouti, au XX<sup>e</sup> siècle, à une violence extrême et au totalitarisme<sup>193</sup>. Un autre penseur éminent, l'historien Arnold Toynbee, a exprimé la même opinion sur ce sujet particulier. Dans un essai pénétrant publié en 1948, A. Toynbee remettait en cause les bases mêmes de ce qui était perçu comme la *civilisation* («un mouvement et non un état»), caractérisant celle-ci comme n'étant rien de plus que des avancées modestes aux niveaux social et éthique. Il ajoutait que sous cette fine pellicule la barbarie malheureusement subsistait<sup>194</sup>, comme l'avait démontré la violence incontrôlée et extrême de son époque.

<sup>191</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, Bogotá/Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996 (rééd.), p. 338-339, et voir p. 347 et 350. Son ouvrage *Le mythe de l'Etat* a été publié à titre posthume dans plusieurs langues (à partir de 1946).

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 168 (Machiavel), 207 (Hobbes), 311 et 313 (Hegel), et voir p. 323.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 333-336, 341-342, 344-345 et 351.

<sup>194</sup> A. J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1948, p. 54-55, 150-151, 159, 161, 213, 222 et 234.

163. La mise en avant de l'Etat à l'exclusion de l'être humain a progressivement fait des incursions dans la doctrine des publicistes, avec des conséquences désastreuses, comme l'illustrent les horreurs de la seconde guerre mondiale et les atrocités successives dont tout le XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> siècle ont été les témoins. Le terme «souveraineté», par exemple, a une histoire longue et troublante: depuis l'époque de Jean Bodin (1530-1596) et d'Emerich de Vattel (1714-1767) jusqu'à nos jours, au nom de la souveraineté de l'Etat, détournée indûment et par inadvertance des relations interétatiques pour être introduite dans les relations intra-étatiques, des millions d'êtres humains ont été sacrifiés. Les abus de langage, ayant des répercussions dans la doctrine des publicistes, ont voulu exercer une influence sur la scène internationale, à quelques fins que ce soit, sans aucune considération éthique.

164. On a compris bientôt qu'il devait y avoir des limites à ce que l'on pouvait faire dans la sphère des relations interétatiques. La langue juridique internationale s'est alors engagée dans la reconnaissance et la construction du principe de l'égalité des Etats, mais là encore dans le cadre de la souveraineté (interne et externe), suivant une perspective et une réflexion essentiellement centrées sur l'Etat<sup>195</sup>. Ce fut dans la perspective interétatique brouillée de souverainetés en confrontation potentielle ou actuelle qu'un certain jargon, rappelant le paradigme westphalien, devait faire florès. Tel fut le cas des immunités de l'Etat.

165. En fait, les origines du terme «immunité» (du latin *immunitas*, dérivé de *immunis*) remontent au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle; le mot fut utilisé à partir de cette époque pour désigner l'état de celui qui est exempté d'impôts, taxes ou redevances. Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le terme «immunité» a été introduit dans le lexique du droit constitutionnel et du droit international (en relation avec les parlementaires et les diplomates, respectivement)<sup>196</sup>. En droit pénal, il a été associé à «cause d'impunité»<sup>197</sup>. En droit international, ce terme peut également être utilisé en ce qui concerne les «prérogatives» de l'Etat souverain<sup>198</sup>.

166. Quoi qu'il en soit, en tant que tel, le terme «immunité» a toujours été censé désigner quelque chose de totalement exceptionnel, une exemption de la juridiction ou de l'exécution<sup>199</sup>. Il n'a jamais été censé être un «principe», ni une norme d'application générale. Il n'a assurément jamais été

<sup>195</sup> S. Beaulac, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leyde, Nijhoff, 2004, p. 154-155 et 188, et voir p. 29, 190-191 et 196.

<sup>196</sup> *Dictionnaire historique de la langue française* (dir. publ., A. Rey), 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 1070-1071; *The Oxford English Dictionary* (dir. publ., J. A. Simpson et E. S. C. Weiner), 2<sup>e</sup> éd., vol. VII, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 691; *The Oxford Dictionary of English Etymology* (dir. publ., C. T. Onions et al.), Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 463; *Dictionnaire étymologique et historique du français* (dir. publ., J. Dubois, H. Mitterand et A. Dauzat), Paris, Larousse, 2007, p. 415.

<sup>197</sup> G. Cornu/Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>e</sup> éd. rév., Paris, PUF, 2007, p. 467.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 468.

<sup>199</sup> *Dictionnaire de droit international public* (dir. publ., J. Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 559-560.

conçu pour, par son invocation, exclure la compétence en cas de crimes internationaux ni pour couvrir ces crimes, sans parler des atrocités ou violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Il n'a assurément jamais été censé exclure les réparations dues aux victimes de telles atrocités ou violations graves. Arguer le contraire non seulement éluderait la question, mais constituerait une grave distorsion du terme «immunité».

167. La théorie de l'immunité de l'Etat a été construite à une époque et dans une atmosphère qui ne se préoccupaient guère du traitement dispensé par les Etats aux êtres humains placés sous leur juridiction. Progressivement, dans une perspective interétatique atteinte de myopie, on assista, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une large mesure en raison de l'activité des tribunaux italiens et belges et des tribunaux internes des principales nations commerçantes, à l'introduction de la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*: l'immunité de l'Etat était alors limitée aux premiers, les *acta jure imperii*.

168. Comme cette évolution se faisait jour, ceux qui en étaient responsables n'avaient pas à l'esprit les crimes internationaux: leur souci était plutôt, et principalement, les relations commerciales, et il s'agissait d'exclure l'immunité lorsque l'Etat agissait comme une entité privée. La consécration de cette distinction dans des entreprises normatives, y compris l'élaboration de conventions sur les immunités de l'Etat comme la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats, adoptée à Bâle il y a quatre décennies et entrée en vigueur en 1976, a au moins servi à mettre fin à la notion d'immunité absolue<sup>200</sup>. De même, sur le continent américain, le comité juridique interaméricain de l'Organisation des Etats américains (OEA) a conclu, en 1983, le projet de convention interaméricaine sur les immunités juridictionnelles des Etats, qui tenait compte de l'évolution en cours vers une restriction de l'immunité de l'Etat.

169. Cette évolution a été suscitée par l'implication des Etats dans les relations commerciales, exclues du domaine de l'immunité de l'Etat. Le comité juridique interaméricain a mis en cause la «rigidité» de la distinction classique entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, et a refusé de recourir à cette catégorisation traditionnelle<sup>201</sup>. Quoi qu'il en soit, il s'est délibérément écarté de l'immunité absolue. Le fait demeure

<sup>200</sup> Voir en général, notamment, H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 502-598; M. Cosnard, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, Pedone, 1996, p. 203-403; T. R. Giuttari, *The American Law of Sovereign Immunity — An Analysis of Legal Interpretation*, Londres, Praeger Publ., 1970, p. 63-142; I. Sinclair, «The Law of Sovereign Immunity — Recent Developments», *RCADI*, vol. 167 (1980), p. 121-217 et 243-266; P. D. Trooboff, «Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles», *RCADI*, vol. 200 (1986), p. 252-274; W. W. Bishop Jr., «New United States Policy Limiting Sovereign Immunity», *American Journal of International Law*, vol. 47 (1953), p. 93-106; J. Combacau, «L'immunité de l'Etat étranger aux Etats-Unis: la lettre Tate vingt ans après», *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972), p. 455-468.

<sup>201</sup> Voir Comité Jurídico Interamericano, *Informes y Recomendaciones*, vol. XV (1983), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 1983, p. 48.

que l'immunité restrictive est largement entrée dans le lexique du droit international moderne, mais, une fois encore, la préoccupation majeure et prioritaire et la principale motivation concernaient le commerce, essentiellement les relations et transactions commerciales, exclues de l'immunité.

170. Critiquant très vivement les immunités de l'Etat en 1951, Hersch Lauterpacht a contesté les prérogatives de l'Etat souverain, lesquelles privaient les individus des recours juridiques pour faire valoir leurs droits; pour lui, l'immunité absolue était source d'injustice et la transition vers l'immunité restrictive, sur la base de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, n'était pas non plus une solution, en ce qu'elle n'offrait ni orientation ni fondement au développement du droit international<sup>202</sup>. Pour H. Lauterpacht, le concept de l'immunité de l'Etat était quelque peu «absolutiste», une manifestation de la conception hobbesienne de l'Etat; plutôt qu'un principe, il s'agissait en fait d'une «anomalie» qu'il convenait de réévaluer dans le cadre de la «progression générale vers l'état de droit à l'intérieur de l'Etat»<sup>203</sup>. Après tout, on ne pouvait plus «tolérer l'injustice» qui existait chaque fois qu'un Etat «s'abrite derrière le bouclier de l'immunité pour faire échec à une réclamation légitime»<sup>204</sup>.

171. Cela devient plus clair si nous nous éloignons du contexte historique assez circonscrit qui a motivé la formulation de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, à savoir les relations et opérations commerciales. Si l'on entre dans le domaine plus large du traitement dispensé par l'Etat aux êtres humains placés sous sa juridiction, cette distinction traditionnelle apparaît encore plus insuffisante et inadéquate. Il faut arriver à surmonter définitivement la perspective exclusivement interétatique du passé, stricte et dangereuse.

## XVII. LA PERSPECTIVE INTERÉTATIQUE VICIÉE FACE À L'IMPÉRATIF DE JUSTICE

172. Le début de la personnification de l'Etat — en fait, le début de la théorie moderne de l'Etat — dans le domaine du droit international a eu lieu au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle avec l'œuvre d'Emer de Vattel (*Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), qui devait avoir de vastes répercussions dans la pratique juridique internationale de son époque. L'accent mis sur la personnalité et la souveraineté de l'Etat a abouti à la conception d'un droit international applicable strictement aux relations entre Etats (le *jus inter gentes*, et non le *jus gentium*), c'est-à-dire un ordre juri-

<sup>202</sup> H. Lauterpacht, «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States», *British Yearbook of International Law*, vol. 28 (1951), p. 220 et 226-227.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 232-233 et 249-250.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 235.

dique interétatique; il s'agissait d'une perspective réductionniste dans le cadre de laquelle les Etats étaient seuls et exclusivement considérés comme des sujets du droit des nations<sup>205</sup>.

173. Les conséquences de cette distorsion centrée sur l'Etat devaient se révéler désastreuses pour les êtres humains, comme cela a été largement reconnu au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. A l'apogée de la frénésie interétatique, les individus avaient été relégués au second rang. Pour G. W. F. Hegel (1770-1831), apologiste de l'Etat prussien, par exemple, l'individu était entièrement assujéti à l'Etat; la société elle-même était aussi subordonnée à l'Etat<sup>206</sup>. L'Etat était une fin en soi (*Selbstzweck*) et la liberté ne pouvait être que celle qu'il accordait lui-même<sup>207</sup>. Hegel soutenait et justifiait l'Etat autoritaire et absolument souverain; pour lui, l'Etat devait être plus fort que la société, et les individus ne pouvaient poursuivre leurs intérêts que dans le cadre de l'Etat souverain<sup>208</sup>.

174. A partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le positivisme juridique a totalement personnifié l'Etat, le dotant d'une «volonté propre» et réduisant les droits des êtres humains à ceux que l'Etat leur «concedait». Le consentement de la «volonté» des Etats (selon le positivisme volontariste) fut érigé en critère prédominant en droit international, déniait tout *jus standi* aux individus, aux êtres humains; cela a rendu une compréhension appropriée de la communauté internationale difficile, et a porté atteinte au droit international lui-même, le réduisant à un droit strictement interétatique, non plus *au-dessus* des Etats souverains mais *entre eux*<sup>209</sup>. En fait, lorsque l'ordre juridique international s'est éloigné de la vision universelle des «pères fondateurs» du droit des nations (le droit des gens, voir *supra*), des atrocités successives ont été commises contre des êtres humains, contre l'humanité.

175. Cette succession d'atrocités, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, est survenue alors que régnait le mythe de l'Etat tout-puissant, et même le milieu social a été mobilisé à cette fin. Les politiques criminelles de l'Etat qui ont progressivement pris forme depuis le déclenchement de la première guerre mondiale s'appuyaient sur la «rationalité technique» et l'organisation bureaucratique; face aux crimes susmentionnés, en l'absence de responsabilité, les individus sont devenus de plus en plus vulnérables<sup>210</sup>, sinon sans défense. Il est très vite apparu qu'il y avait un immense besoin de justice, non seulement pour les victimes des crimes des Etats et leurs proches, mais aussi pour le milieu social dans son en-

<sup>205</sup> Voir par exemple E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, p. 255, 311, 318-319, 344 et 347.

<sup>206</sup> Eric Weil, *Hegel et l'Etat* [1950], 4<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974, p. 11, 24 et 44.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 45 et 53.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 55-56, 59, 62, 100 et 103.

<sup>209</sup> P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haye, Nijhoff, 1960, p. 36-37.

<sup>210</sup> G. Bensoussan, *Auschwitz en héritage? D'un bon usage de la mémoire*, 9<sup>e</sup> éd. rév., Paris, Mille et Une Nuits, 2006, p. 174, 183, 187, 197 et 246.

semble; à défaut, la vie deviendrait insupportable, étant donné le déni de la personne humaine, son annihilation, perpétré par ces crimes d'Etat successifs<sup>211</sup>.

176. C'est à l'époque où la myopie interétatique prévalait que la pratique de l'immunité de l'Etat a pris forme et a atteint son plein développement, refusant à l'individu toute possibilité d'agir en justice contre ce qui en est arrivé à être considéré comme des «actes de l'Etat» souverain. Pourtant, la soumission de l'individu à la «volonté» de l'Etat n'a jamais été convaincante pour tous, et elle a bientôt été ouvertement contestée par une doctrine plus éclairée. L'idée de la souveraineté étatique absolue, qui a abouti à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'Etat et n'a pas empêché les atrocités successives commises par l'Etat (ou en son nom) contre des êtres humains, est avec le passage du temps apparue comme totalement infondée. L'Etat — cela est aujourd'hui reconnu — est responsable de tous ses actes — aussi bien *jure gestionis* que *jure imperii* — ainsi que de toutes ses omissions<sup>212</sup>. En cas de violations (graves) des droits de l'homme, l'accès direct des individus concernés à la justice internationale est ainsi pleinement justifié, pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits, même contre leur propre Etat<sup>213</sup>.

#### XVIII. LA PERSONNE HUMAINE ET LES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT : LE DÉPASSEMENT DE LA PERSPECTIVE STRICTEMENT INTERÉTATIQUE

177. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* dont la Cour est saisie, nous sommes confrontés à une question totalement différente de celles qui ont motivé les doctrines traditionnelles du passé. Nous sommes en présence de l'invocation de l'immunité de l'Etat en ce qui concerne la perpétration de crimes internationaux (des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) et le droit des victimes individuelles d'avoir accès à la justice pour faire valoir leurs droits à réparation en vertu du droit international général. En quoi la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* est-elle pertinente pour l'examen de la présente affaire? En rien.

178. Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne doivent pas être considérés comme *acta jure gestionis*, autrement dit des «actes privés»; il s'agit de crimes. Ils ne doivent pas non plus être considérés comme *acta jure imperii*; il s'agit de *delicta* graves, de crimes. La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*, entre actes souverains ou officiels d'un Etat et actes de caractère privé, est un vestige de doc-

<sup>211</sup> *Op. cit. supra* note 210, p. 207.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 247-259.

<sup>213</sup> S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à H. Rolin — Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, p. 117-118, et voir p. 105-106 et 114-116.

trines traditionnelles qui sont totalement inadéquates aux fins de l'examen de la présente affaire. Ces théories traditionnelles, dans la myopie de leur focalisation sur l'Etat, oublient les leçons des pères fondateurs du droit des nations, qui indiquent qu'il faut reconnaître que les individus sont des sujets du droit des nations (le droit des gens).

179. Aucun Etat ne peut, ni ne doit jamais être autorisé à, invoquer la souveraineté pour réduire des êtres humains en esclavage et/ou les exterminer, et ensuite se soustraire aux conséquences juridiques en s'abritant derrière le bouclier de l'immunité de l'Etat. Il n'y a pas d'immunité pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. L'immunité n'a jamais été conçue pour permettre une telle inéquité. S'obstiner à suivre une approche strictement étatique dans les relations de responsabilité aboutit à une injustice manifeste. La présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* en témoigne éloquentement.

180. Les individus sont effectivement des sujets de droit international (pas seulement des «acteurs»), et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui découlent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les évolutions convergentes intervenues ces dernières décennies dans le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés, puis dans le droit international pénal, en témoignent sans équivoque.

181. La doctrine des immunités souveraines, à laquelle la myopie d'une approche centrée sur l'Etat, qui ne pouvait envisager que les relations interétatiques, a permis de prospérer, a indûment sous-estimé et négligé de manière irresponsable la situation de la personne humaine en droit international, dans le droit des nations (droit des gens). La distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* n'est d'aucune aide dans une affaire comme la présente affaire. Les crimes internationaux ne sont pas des actes d'Etat, pas plus qu'ils ne sont des «actes privés»; un crime est un crime, quel que soit son auteur.

182. L'histoire montre que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont généralement commis par des individus avec l'appui des services de renseignements («intelligence») de l'Etat (avec toute sa cruauté), au moyen d'abus de langage et grâce aux ressources matérielles et à l'appareil de l'Etat, dans la poursuite des politiques de celui-ci. Les responsabilités de l'individu et de l'Etat pour de tels crimes sont ainsi complémentaires, l'une n'exclut pas l'autre; il n'y a aucune possibilité d'invoquer les immunités de l'Etat face à de tels crimes.

183. Les auteurs de tels crimes, individus comme Etats, ne peuvent se soustraire aux conséquences juridiques de ces actes antijuridiques, de ces violations du *jus cogens*, en invoquant les immunités. La doctrine juridique internationale contemporaine semble être au moins prête à recon-

naître les obligations des Etats vis-à-vis des individus placés sous leur juridiction<sup>214</sup>. Tel aurait dû être le premier souci de la Cour dans la présente affaire.

### XIX. PAS D'IMMUNITÉS DE L'ÉTAT EN CAS DE *DELICTA IMPERII*

184. Cela m'amène au point suivant de mon examen, à savoir l'absence ou l'inadmissibilité des immunités de l'Etat face à des *delicta imperii*, ou crimes internationaux violant le *jus cogens*. Je vais me pencher sur deux exemples de tels *delicta imperii* souvent mentionnés lors de la présente procédure, à savoir les massacres de civils sans défense (illustrés notamment par le massacre de Distomo en Grèce et le massacre de Civitella en Italie), et la pratique de la déportation et du travail forcé dans les industries de guerre durant la seconde guerre mondiale. Ces *delicta imperii*, qui sont à l'origine factuelle de l'invocation de l'immunité de l'Etat devant la Cour, ont été commis avec une violence extrême et systématique qui s'est manifestée dans plusieurs autres épisodes de la même espèce, non seulement en Grèce et en Italie, mais aussi dans d'autres pays occupés durant la seconde guerre mondiale.

#### 1. *Massacres de civils sans défense*

##### a) *Le massacre de Distomo*

185. Dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 4 juillet 2011 sur la requête en intervention de la Grèce dans la présente affaire, j'ai souvent mentionné le massacre de Distomo (intervenu le 10 juin 1944), dans le cadre duquel 218 villageois (hommes, femmes et enfants) ont été assassinés par les forces nazies, un massacre qui a été porté à l'attention de la Cour durant la procédure. Dans cette opinion individuelle, j'évoquais une des relations historiques de cet événement (par. 29).

186. Il existe en outre d'autres comptes rendus historiques de ce massacre, y compris un faisant état de la dévastation et de la désolation du village grec de Distomo peu après sa commission: il émane de Sture Linnér, qui était alors chef de la mission du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en Grèce, qui est arrivé dans le village peu après le massacre pour apporter son assistance. Le compte rendu qui suit (extraits)

<sup>214</sup> Voir par exemple J. Stigen, «Which Immunity for Human Rights Atrocities?», *Protecting Humanity — Essays in International Law and Policy in Honour of N. Pillay* (dir. publ., C. Eboe-Osuji), Leyde, Nijhoff, 2010, p. 750-751, 756, 758, 775-779, 785 et 787; M. Panezi, «Sovereign Immunity and Violation of *Jus Cogens* Norms», *Revue hellénique de droit international*, vol. 56 (2003), p. 208-210 et 213-214; P. Gaeta, «Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?», *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (dir. publ., O. Ben-Naftali), Oxford University Press, 2011, p. 319-320 et 325.

décrit les brutalités commises par les forces nazies, attestées par les corps des victimes qu'il a trouvés dans le village de Distomo et sur la route y menant :

«Il nous a fallu beaucoup trop de temps pour traverser les routes détruites et les nombreux barrages pour atteindre, à l'aube, la route centrale qui menait à Distomo. Sur les bords de la route, des vautours ont pris de l'altitude, lentement et avec réticence, quand ils nous ont entendus approcher. Sur chaque arbre, le long de la route et sur des centaines de mètres, des corps humains pendaient, stabilisés par des baïonnettes, dont certains étaient encore en vie. Il s'agissait des villageois punis de cette manière: ils étaient soupçonnés d'avoir aidé les partisans de la région qui avaient attaqué un détachement SS. L'odeur était insupportable.

A l'intérieur du village, les maisons étaient en cendres, mais le feu brûlait encore. Des centaines de personnes, de tous âges, des personnes âgées aux nouveau-nés, étaient étendues sur le sol. Ils [les nazis] avaient déchiré l'utérus et coupé les seins de nombreuses femmes; d'autres gisaient étranglées, les intestins encore enroulés autour du cou. Il semblait que personne n'ait survécu.

Soudain, un vieil homme au bout du village! Il avait miraculeusement survécu au massacre. Il était paralysé de terreur, son regard était vide et ses paroles incompréhensibles. Nous sommes sortis de la voiture au milieu du désastre et avons crié en grec: «La Croix-Rouge, la Croix-Rouge! Nous venons vous aider».»<sup>215</sup>

187. Dans le jugement de l'affaire du *Massacre de Distomo*, il découle des décisions du tribunal de première instance de Livadia (affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 1997) et de l'*Areios*

<sup>215</sup> «Απαιτήθηκε ανυπόφορα μεγάλο χρονικό διάστημα έως ότου διασχίσουμε τους χαλασμένους δρόμους και τα πολλά μπλόκα για να φτάσουμε, χαράματα πια, στον κεντρικό δρόμο που οδηγούσε στο Δίστομο. Από τις άκρες του δρόμου ανασηκωνόνταν γύπες από χαμηλό ύψος, αργά και απρόθυμα, όταν μας άκουγαν που πλησιάζαμε. Σε κάθε δέντρο, κατά μήκος του δρόμου για εκατοντάδες μέτρα, κρεμόντουσαν ανθρώπινα σώματα, σταθεροποιημένα με ξιφολόγχες, κάποια εκ των οποίων ήταν ακόμη ζωντανά. Ήταν οι κάτοικοι του χωριού που τιμωρήθηκαν με αυτόν τον τρόπο: θεωρήθηκαν ύποπτοι για παροχή βοήθειας στους αντάρτες της περιοχής, οι οποίοι επιτέθηκαν σε δύναμη των Ες Ες. Η μυρωδιά ήταν ανυπόφορη.

Μέσα στο χωριό σιγόκαιγε ακόμη φωτιά στα αποκαΐδια των σπιτιών. Στο χώμα κείτονταν διασκορπισμένοι εκατοντάδες άνθρωποι κάθε ηλικίας, από υπερηλικες έως νεογέννητα. Σε πολλές γυναίκες είχαν σχίσει τη μήτρα με την ξιφολόγχη και αφαιρέσει τα στήθη, άλλες κείτονταν στραγγαλισμένες, με τα εντόσθια τυλιγμένα γύρω από το λαιμό. Φαινόταν σαν να μην είχε επιζήσει κανείς.

Μα να! Ένας παππούς στην άκρη του χωριού! Από θαύμα είχε καταφέρει να γλυτώσει τη σφαγή. Ήταν σοκαρισμένος από τον τρόμο, με άδειο βλέμμα, τα λόγια του πλέον μη κατανοητά. Κατεβήκαμε στη μέση της συμφοράς και φωνάζαμε στα ελληνικά: «Ερυθρός Σταυρός! Ερυθρός Σταυρός! Ήρθαμε να βοηθήσουμε!» (Sture Linnér, *Min Odysseé* (1982), reproduit dans Petros Antaios *et al.* (dir. publ.), *Η Μαύρη Βίβλος της Κατοχής* (*Le livre noir de l'occupation*), 2<sup>e</sup> éd., Athènes, Conseil national des demandes de réparations dues par l'Allemagne à la Grèce, 2006, p. 114-115.) [Traduction non officielle.]

*Pagos* (2001, sur appel de l'Allemagne) — que l'on soit ou non pleinement d'accord avec l'ensemble de leur raisonnement — que les actes du III<sup>e</sup> Reich (de ses forces armées) commis sur le territoire de l'Etat du for (c'est-à-dire le massacre de Distomo en Grèce) étaient non pas des actes *jure imperii*, mais bien des violations du *jus cogens* (non-respect des obligations imposées par le Règlement annexé à la quatrième convention de La Haye (1907) relatif au respect des lois et coutumes de la guerre sur terre), ce qui élimine la possibilité d'invoquer l'immunité souveraine<sup>216</sup>.

188. De plus, il convient de remarquer que, au cours de la procédure devant la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, le conseil de l'Allemagne a pris une initiative louable, signe de maturité, en reconnaissant la responsabilité de l'Etat pour le massacre de Distomo. A cet effet, en audience publique, après avoir rappelé les origines de la demande formulée contre l'Allemagne « traitée dans le jugement du tribunal de Livadia » concernant l'affaire du *Massacre de Distomo*, le conseil de l'Allemagne — tout en affirmant que la question de l'immunité de l'Etat était une question distincte — a déclaré :

« ... Je ne le répéterai jamais assez : ce crime était abominable. En tant que conseil de l'Allemagne, et au nom de cet Etat, nous déplorons profondément les événements de Distomo, et ne parvenons pas nous-mêmes à comprendre comment des militaires peuvent aller au-delà de ce qu'exigent le droit et le principe d'humanité en assassinant des femmes, des enfants et des personnes âgées... »<sup>217</sup>

b) *Le massacre de Civitella*

189. Un autre massacre a été perpétré avec la même violence extrême le 29 juin 1944 par les forces nazies dans la ville de Civitella (près d'Arezzo), en Italie, au cours duquel 203 civils ont été tués. La question a de nouveau été portée devant la Cour de cassation italienne, une demi-décennie après sa décision de 2004 dans l'affaire *Ferrini*. C'est ainsi que, le 29 mai 2008, la *Corte di Cassazione* a rendu douze décisions identiques reprenant la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Ferrini*<sup>218</sup>, à

<sup>216</sup> Sur l'opinion selon laquelle l'accent mis sur la territorialité (par les décisions des tribunaux grecs comme par celle de la *Corte di Cassazione* italienne dans l'affaire *Ferrini* en 2004) aurait pu mettre davantage à l'épreuve les *valeurs universelles* partagées par la communauté internationale, voir Xiaodong Yang, « *Jus Cogens and State Immunity* », *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), p. 163-164 et 167-169. Et, sur les divergences de la pratique des Etats amenant une érosion des immunités de l'Etat face à l'exigence croissante de protection des droits de la personne humaine, voir R. Garnett, « *Should Foreign State Immunity Be Abolished?* », *Australian Year Book of International Law*, vol. 20 (1999), p. 175-177 et 190.

<sup>217</sup> CR 2011/20, p. 28, par. 28.

<sup>218</sup> Voir R. Pavoni et S. Beaulac, « L'immunité des Etats et le *jus cogens* en droit international — Etude croisée Italie/Canada », *Revue juridique Thémis*, vol. 43 (2009), Montréal, p. 503-506 et 515-516; et A. Atteritano, « Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 19 (2009), p. 35.

savoir que l'immunité des Etats ne s'applique pas dans les cas de crimes internationaux (violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire) constituant des violations du *jus cogens*.

190. Peu après, le 13 janvier 2009, la Cour de cassation italienne a confirmé cette position (arrêt du 21 octobre 2008) dans l'affaire du *Massacre de Civitella*. En fait, l'affaire *Milde c. Civitella* concernait une instance pénale engagée contre un officier nazi, ancien membre de la Wehrmacht (les forces armées), qui avait participé au massacre perpétré par la division blindée Hermann-Göring le 29 juin 1944. La *Corte di Cassazione*, ayant jugé que le massacre de Civitella constituait un crime international, a refusé d'accorder l'immunité de juridiction civile et a confirmé le droit à réparation des victimes ou de leurs parents survivants, un droit opposable à la République d'Allemagne et à Milde (en tant que débiteurs solidaires).

191. Le point clé de la décision de la Cour de cassation italienne, dans la ligne des directives d'interprétation de l'arrêt *Ferrini*<sup>219</sup>, est qu'elle déniait toute immunité à un Etat poursuivant une politique criminelle propice à la perpétration de crimes contre l'humanité. La décision de la *Corte di Cassazione* dans l'affaire du *Massacre de Civitella* fut manifestement axée sur les valeurs, au sens où un Etat ne peut se prévaloir de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme; l'accent est mis, dans de telles circonstances, sur le droit à réparation de la victime individuelle<sup>220</sup>.

## 2. Déportation et travail forcé dans l'industrie de guerre

192. L'attention a déjà été appelée sur le fait qu'il est depuis longtemps interdit, en droit international humanitaire, de maltraiter les civils, de les déporter, ou de les forcer à travailler dans l'industrie de guerre dans des conditions inhumaines. Cette interdiction, comme on l'a déjà souligné, est énoncée au niveau normatif et figure dans des codifications du droit international. Elle relève des traitements cruels, inhumains ou dégradants (dans le domaine du droit international des droits de l'homme) et du domaine du *jus cogens*.

193. Ce crime international a rapidement été sanctionné par la justice, non seulement dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux, comme lors des procès des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, mais aussi dans le cadre des tribunaux internationaux des droits de l'homme, comme l'atteste le jugement rendu récemment par la CEDH dans l'affaire *Kononov c. Lettonie* (2008-2010). Un tel crime n'est pas un acte *jure imperii* ni un acte *jure gestionis*: il s'agit d'un crime international, quel que soit son auteur, engageant et la responsabilité de l'Etat et celle de l'individu.

<sup>219</sup> Voir A. Gianelli, «Crimini Internazionali ed Immunità degli Stati dalla Giurisdizione nella Sentenza *Ferrini*», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 87 (2004), p. 648-650, 655-657, 660-667, 671-680 et 683-684.

<sup>220</sup> A. Ciampi, «The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case relating to the Second World War — The *Civitella* Case», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7 (2009), p. 605 et 607-608; et voir p. 599-601 sur le caractère unique de l'affaire *Civitella*.

194. Parallèlement aux camps de concentration (d'extermination), durant la seconde guerre mondiale l'Allemagne nazie a aussi créé un réseau de camps de travail forcé, moins étudiés jusqu'ici par les historiens. Ces camps visaient à exploiter le travail forcé de prisonniers originaires de pays occupés. Il y eut de nombreux camps de ce type, également construits par des entreprises privées dans des lieux leur appartenant; dans ce système «privatisé», le travail forcé des détenus fut exploité<sup>221</sup>, sans même être rémunéré, dans des conditions de vie, ou plutôt de survie, *infra*-humaines.

195. Les personnes soumises à cette épreuve étaient des civils et des prisonniers de guerre des pays occupés, qui furent déportés pour travailler dans l'industrie privée en Allemagne nazie; ils y furent soumis au travail forcé pour la production d'armes dans des conditions de travail sub-humaines<sup>222</sup>. Ils prirent place dans une vaste entreprise de production visant à la destruction planifiée d'ennemis et la perpétration de massacres, en une campagne d'extermination menée dans le cadre de la *guerre totale*<sup>223</sup>. Des civils et des prisonniers de guerre devenus des travailleurs forcés<sup>224</sup> furent tous soumis à ce processus de déshumanisation de tous ceux qui participèrent à cette entreprise.

196. Le régime de travail forcé durant la seconde guerre mondiale, insuffisamment étudié à ce jour, fut marqué par des manipulations, distorsions et mensonges. Selon les quelques comptes rendus historiques existants, les travailleurs étaient constamment menacés, et le travail forcé fut ramené à un travail d'esclave dans l'industrie de guerre de l'Allemagne nazie<sup>225</sup>. A partir de 1943, le travail forcé devint vital pour les efforts de guerre de l'Allemagne nazie; les travailleurs-esclaves espéraient survivre en participant, sous la contrainte et la domination, à l'industrie de guerre de ceux qui les persécutaient<sup>226</sup>. Le travail forcé dans les pays occupés fut mis en pratique par le III<sup>e</sup> Reich avec une projection à long terme, afin de soutenir l'économie de guerre<sup>227</sup>.

<sup>221</sup> C. R. Browning, *A l'intérieur d'un camp de travail nazi — Récits des survivants: mémoire et histoire*, Paris, Les Belles Lettres, 2010, p. 24.

<sup>222</sup> E. Traverso, *La Violencia Nazi — Una Genealogía Europea*, Buenos Aires/Mexico D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 42-43, et voir p. 92.

<sup>223</sup> Le sinistre ouvrage de E. Ludendorff (*La guerre totale* [1935], Paris, Perrin, 2010 (rééd.), p. 49-286), une exhortation brutale à la guerre totale (d'extermination) avec la participation de l'ensemble de la population, publié en 1935, s'était en 1939 vendu à quelque 100 000 exemplaires, anticipant la guerre totale d'Hitler de 1939-1945, avec ses conséquences dévastatrices.

<sup>224</sup> E. Traverso, *op. cit. supra* note 222, p. 96 et 100.

<sup>225</sup> C. R. Browning, *op. cit. supra* note 221, p. 34 et 197.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 350-351.

<sup>227</sup> A cet égard, Himmler aurait souligné, dans un discours prononcé devant les hauts dirigeants de la SS en juin 1942, que, « si nous ne remplissons pas nos camps d'esclaves ..., même après des années de guerre nous n'aurons pas assez d'argent pour équiper nos colonies de telle manière que le vrai peuple germanique puisse y vivre et y prendre racine dès la première génération »; cité dans M. Mazower, *Hitler's Empire — Nazi Rule in Occupied Europe*, Londres, Penguin Books, 2009, p. 309.

197. Des membres des populations civiles des pays occupés durant la seconde guerre mondiale furent déportés et astreints à travailler comme esclaves dans l'industrie de guerre en Allemagne. De même, comme le révèle la présente affaire, outre des civils, des membres des forces armées italiennes se virent dénier le statut de prisonnier de guerre (et les protections en découlant) et furent forcés à travailler dans l'industrie de guerre allemande. Ces crimes, commis avec une grande cruauté<sup>228</sup>, ont suscité, cela n'est pas surprenant, beaucoup de ressentiment dans les pays occupés, et incité les mouvements de résistance organisés de ces pays à les combattre<sup>229</sup>.

198. On estime que, «à l'automne 1944, 7,7 millions de travailleurs étrangers se trouvaient en Allemagne»<sup>230</sup>. La «réduction en esclavage» et le «travail forcé» ont été ainsi définis par la loi allemande sur les réparations<sup>231</sup>:

«[*Réduction en esclavage*:] Travail accompli de force dans un camp de concentration (tel que défini dans la loi allemande d'indemnisation) ou un ghetto ou un autre lieu de détention dans des conditions de pénibilité comparables, telles que définies par la fondation allemande.

[*Travail forcé*:] Travail exécuté de force (autre que la «réduction en esclavage») sur le territoire du Reich allemand ou dans une zone occupée par l'Allemagne, et hors du territoire de l'Autriche, dans une situation comparable à la détention et dans des conditions de vie extrêmement dures; ou travail exécuté de force dans le cadre d'un programme de mise en œuvre de la politique nationale-socialiste d'«extermination par le travail» (*Vernichtung durch Arbeit*) hors du territoire de l'Autriche.»<sup>232</sup>

<sup>228</sup> Dans l'un des témoignages les concernant, de Maideneck (*Communiqué* de la Commission extraordinaire polono-soviétique), on peut lire ce qui suit:

«Les Allemands ont fait faire un travail au-dessus de leurs forces — le transport de pierres lourdes — à de nombreux groupes (1 200 personnes) de professeurs, médecins, ingénieurs et autres spécialistes amenés de la Grèce. Les SS frappaient à mort les savants qui tombaient, affaiblis par ce lourd travail. Tout ce groupe de savants grecs a été exterminé en cinq semaines par un système de famine, de travail épuisant, de matraquages et de meurtres.» Cité dans *Paroles de déportés — Témoignages et rapports officiels*, Paris, Bartillat, 2009 (rééd.), p. 113.

<sup>229</sup> J. Bourke, *La Segunda Guerra Mundial — Una Historia de las Víctimas*, Barcelone, Paidós, 2002, p. 43, et voir p. 144 et 175.

<sup>230</sup> J. Authers, «Making Good Again: German Compensation for Forced and Slave Labourers», *The Handbook of Reparations* (dir. publ., P. de Greiff), Oxford University Press, 2006, p. 421-422.

<sup>231</sup> Article 11 de la loi de 2000 (sur les «Personnes pouvant prétendre à réparations»).

<sup>232</sup> Cité dans J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 435.

XX. LA PRÉVALENCE DU DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE  
DE L'INDIVIDU : L'INVOCATION PAR LES PARTIES  
DE L'AFFAIRE *GOIBURÚ ET AUTRES* (CIADH, 2006)

199. Il résulte selon moi de tout ce qui précède que ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être écartée, comme continuent de l'affirmer certains «droit-d'étatistes» même de nos jours, apparemment incapables de tirer des leçons de l'histoire (y compris de l'histoire juridique internationale). Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être écarté, selon moi, c'est le droit de l'individu d'accéder à la justice, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits de l'homme qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument aucun système juridique crédible, au plan national ou international.

200. Il y a quelques décennies, sur la base d'un aphorisme kantien («On n'a jamais rien fabriqué de droit à partir du tronc tordu de l'humanité»), Isaiah Berlin se demandait si «[l]a première obligation publique est d'éviter les extrêmes de la souffrance»<sup>233</sup>. Forcer les gens à porter des «uniformes soignés» comme l'exigeaient les dogmatismes, ajoutait-il, est «presque toujours la voie de l'inhumanité»; les atrocités sans précédent du XX<sup>e</sup> siècle montrent qu'il est possible de parvenir à un «haut degré de connaissance et de compétence scientifique» et pourtant de soumettre, d'humilier et «de détruire d'autres personnes sans pitié»<sup>234</sup>.

201. La tragédie, distincte d'une simple catastrophe, est due à des «erreurs humaines inévitables», dont certaines ont eu des conséquences dévastatrices. Au final, concluait I. Berlin, on en revient toujours à l'idée d'une justice «objective», à des principes universels, dans la ligne du droit naturel, interdisant de traiter les êtres humains comme des «moyens de réaliser des objectifs»<sup>235</sup>. A cet égard, un autre grand penseur du XX<sup>e</sup> siècle, Simone Weil, soulignait dans un essai éclairant (de 1934, republié depuis dans divers pays et diverses langues)<sup>236</sup> que, depuis le temps de *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, l'influence de la guerre sur les êtres humains avait toujours révélé un «mal essentiel» de l'humanité, à savoir «le remplacement des fins par les moyens»; la recherche du pouvoir se substitue aux fins, et transforme la vie de l'homme en un moyen, qui peut être sacrifié<sup>237</sup>.

202. Depuis *L'Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, ajoutait-elle, les exigences déraisonnables de la lutte pour le pouvoir ne laissent pas le temps

<sup>233</sup> I. Berlin, *The Crooked Timber of Humanity — Chapters in the History of Ideas* [1959], Princeton University Press, 1991, p. 17, et voir p. 18-19.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 19 et 180.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 185, 204-205 et 257.

<sup>236</sup> S. Weil, «Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale», *Œuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 273-347.

<sup>237</sup> S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 81-82.

de penser à ce qui est réellement important ; les individus sont « complètement abandonnés à une collectivité aveugle », incapables d'« assujettir leurs actions à leurs pensées », incapables de penser<sup>238</sup>. Les termes « oppresseurs et opprimés » et la distinction entre eux perdent presque leur sens, étant donné l'« impuissance » de tous les individus face à la « machine sociale » de destruction de l'esprit et de fabrication de l'inconscience ; nous commençons tous à vivre — ou plutôt à survivre — dans le domaine douloureux de l'inhumain, dans un monde où « rien n'est à la mesure de l'homme », ou l'on ne prête nulle attention aux besoins de l'esprit<sup>239</sup>.

203. La primauté du droit d'accès à la justice de l'individu ne peut être contestée même à la lumière du mécanisme judiciaire interétatique stratifié devant la CIJ. A cet égard, dans l'opinion dissidente que j'ai jointe à l'ordonnance rendue par la Cour le 28 mai 2009 dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, j'ai jugé bon de faire observer ce qui suit :

« Les faits tendent à précéder les normes, qui doivent dès lors être capables de s'étendre aux situations nouvelles qu'elles visent à régler, compte dûment tenu des valeurs supérieures<sup>240</sup>. Devant la Cour, *jus standi* et *locus standi in judicio* demeurent certes le propre des Etats, en ce qui concerne les demandes en indication de mesures conservatoires, mais cela ne s'est pas révélé incompatible avec la protection des droits de la personne humaine, couplés à ceux des Etats. Après tout, les bénéficiaires ultimes des droits à sauvegarder ainsi sont, le plus souvent, des êtres humains en même temps que leurs Etats. Réciproquement, les Etats demandeurs eux-mêmes ont, dans leurs exposés devant la Cour, dépassé cette ancienne vision purement interétatique, en invoquant des principes et des normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine.

Du point de vue du droit matériel ou des règles de fond, la structure interétatique des procédures de la Cour n'a jamais constitué un obstacle insurmontable empêchant de défendre ainsi le respect des principes et normes du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire... » (*Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 174-175, par. 23-24.)

204. De plus, dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à l'avis consultatif rendu avant-hier par la Cour dans la procédure concernant le *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale de*

<sup>238</sup> *Op. cit. supra* note 237, p. 84 et 130.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 130-131.

<sup>240</sup> Voir notamment G. Morin, *La révolte du droit contre le code — La révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1945, p. 2, 6-7 et 109-115.

*Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, je m'arrêtais plus avant sur ce point particulier. Je n'ai pas l'intention de reprendre ici les réflexions critiques que j'ai développées il y a deux jours (en ayant à l'esprit la mission de la Cour en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies) dans l'opinion individuelle que j'ai jointe à cet avis consultatif. Je me limite donc aux réflexions qui y figurent et sont pertinentes aux fins de la présente opinion dissidente.

205. Au cours de la procédure dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, aussi bien l'Allemagne que l'Italie ont expressément évoqué le jugement du 22 septembre 2006 de la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*. L'Italie a été la première à invoquer ce jugement, dans son contre-mémoire en date du 22 décembre 2009, à l'appui de son argument selon lequel, « dans tous les systèmes relatifs à la protection des droits de l'homme », le droit d'accès à la justice « est conçu comme un complément nécessaire des droits substantiels garantis » (par. 4.94). Elle ajoute :

« Il n'est donc pas surprenant que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ait caractérisé l'accès à la justice comme étant une norme impérative du droit international, dans une affaire où les droits substantiels auxquels il était porté atteinte étaient également garantis par des règles de *jus cogens*. »<sup>241</sup> (Par. 4.94.)

206. L'Allemagne a pour sa part évoqué le jugement rendu par la CIADH dans l'affaire *Goiburú et autres* durant le premier tour de plaidoiries pour répondre à l'argument de l'Italie sur ce point. L'Allemagne fait tout d'abord valoir que l'affaire *Goiburú et autres* (comme d'autres affaires tranchées par la CIADH) « ne concerne pas les dommages de guerre » (par. 25). L'Allemagne ajoute que cette affaire portait sur l'accès à la justice dans l'Etat responsable du fait illicite et ne concerne donc en aucune manière la règle de l'immunité des Etats étrangers (par. 25)<sup>242</sup>.

207. L'affaire *Goiburú et autres* concernait l'« opération Condor », dans le cadre de laquelle les Etats du cône sud de l'Amérique du Sud, durant la période de dictature des années 1970, ont organisé un réseau de collaboration de leurs « services de renseignements » pour mettre en œuvre au niveau interétatique leurs politiques criminelles communes de répression. Il s'agissait de politiques d'Etat coordonnées d'extermination de certains segments de leurs populations respectives, qui consistaient en des opérations « contre-insurrectionnelles » transfrontières, à savoir des détentions illégales ou arbitraires, des enlèvements, des actes de torture, des meurtres et des exécutions extrajudiciaires, ainsi que des disparitions forcées. Planifiée au plus haut niveau de l'Etat, l'« opération Condor » assurait égale-

<sup>241</sup> Contre-mémoire de l'Italie, p. 76-77.

<sup>242</sup> CR 2011/17, p. 44, par. 25; l'Allemagne évoquait également « une approche similaire à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme » adoptée une année plus tard par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans son « observation générale n° 32 sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

ment que les opérations resteraient secrètes et donc l'irresponsabilité et l'impunité absolues des agents de l'Etat responsables<sup>243</sup>.

208. Dans le cas d'espèce dont était saisie la CIADH, l'Etat défendeur lui-même a reconnu, dans un esprit louable de coopération procédurale, sa propre responsabilité internationale en raison de l'existence, à l'époque où les violations graves ont été commises, d'une *politique d'Etat criminelle*. Il s'agissait de *crimes d'Etat*, comparables par leur gravité aux crimes perpétrés en Asie durant les années 1970 également, en Europe trois décennies auparavant, et en Europe de nouveau, ainsi qu'en Afrique, deux décennies plus tard. A maintes reprises, des générations qui se sont succédé ont été les témoins, dans différentes régions du monde, de la perpétration de véritables *crimes d'Etat* (que certains segments de la doctrine juridique internationale aiment ou non cette expression).

209. Dans son arrêt du 22 septembre 2006 dans l'affaire *Goiburú et autres*, concernant le Paraguay, la CIADH a établi que des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites et, en conséquence, a ordonné des réparations. Dans un *obiter dictum*, elle a fait observer que, si l'Etat, par le truchement de ses institutions, mécanismes et pouvoirs, devait fonctionner «de manière à assurer une protection contre le crime», en l'espèce le pouvoir de l'Etat avait été instrumentalisé pour violer les droits qu'il était censé protéger: pire encore, les violations reposaient sur la «collaboration interétatique», l'Etat devenant «le principal auteur des crimes graves commis, instaurant clairement une situation de «terrorisme d'Etat»» (par. 66-67).

210. Dans mon opinion dissidente dans l'affaire *Goiburú et autres*, j'essayais notamment de recenser les éléments d'approximation et de complémentarité (sur lesquels la doctrine ne s'est pas suffisamment penchée à ce jour) entre le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international, à savoir: *a*) la personnalité juridique internationale (active et passive) de l'individu; *b*) la complémentarité de la responsabilité internationale de l'Etat et de celle de l'individu; *c*) la conceptualisation des crimes contre l'humanité; *d*) la prévention et les garanties de non-répétition (des violations graves des droits de l'homme); et *e*) la justice réparatrice à la jonction du droit international des droits de l'homme et du droit pénal international (par. 34)<sup>244</sup>.

211. Bien que l'«opération Condor» appartienne au passé, elle a laissé des cicatrices qui ne disparaîtront probablement jamais. Les pays dans lesquels elle a été organisée luttent toujours avec leur passé, chacun d'une manière qui lui est propre. Pourtant, l'Amérique du Sud étant une région où la doctrine internationale est traditionnellement forte, des avancées dans la justice internationale s'y sont produites, certaines affaires et d'autres situations du même genre ayant été portées devant la justice internationale, devant la CIADH, et aucun Etat de la région n'ose aujourd'hui

<sup>243</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p. 174-175

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 139 et 167.

invoquer l'immunité de l'Etat en ce qui concerne ces crimes. Qu'il me soit permis de rappeler ici, dans une perspective historique, que l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a, en ce qui concerne le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux, une origine latino-américaine, comme ses travaux préparatoires l'attestent, et constitue une contribution latino-américaine à la Déclaration universelle.

212. En fait, retenir l'immunité de l'Etat dans les cas les plus graves constitue une parodie ou un déni de justice, non seulement du point de vue des victimes (et de leurs familles), mais aussi de celui du milieu social concerné dans son ensemble. Admettre l'immunité de l'Etat en faisant abstraction de la gravité des violations en cause revient à dénier la justice à toutes les victimes (y compris leurs familles en tant que victimes indirectes, voire directes). De plus, cette acceptation empêche abusivement l'ordre juridique de réagir en proportion du dommage causé par les atrocités commises en exécution des politiques de l'Etat.

213. La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constitue selon moi un critère précieux pour lever tout obstacle à la compétence, afin de réaliser la justice. En résumé et pour conclure sur ce point : *a*) il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans de tels cas de gravité extrême, les cas de *delicta imperii*; et *b*) les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire impliquent nécessairement l'obligation de réparer au profit des victimes.

## XXI. LE DROIT D'ACCÈS À LA JUSTICE DE L'INDIVIDU :

### ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA LOI DU *JUS COGENS*

214. A la différence de la CIADH, la CEDH s'était penchée sur un droit fondamental, comme le droit d'accès à la justice et à un procès équitable (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme), en s'intéressant également aux restrictions admissibles ou implicites. Ainsi, dans sa jurisprudence constante (arrêts rendus dans les affaires *Ashingdane c. Royaume-Uni*, le 28 mai 1985; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, le 18 février 1999; *T. P. et K. M. c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001; *Z. et autres c. Royaume-Uni*, le 10 mai 2001; *Cordova c. Italie*, le 30 janvier 2003; *Ernst c. Belgique*, le 15 juillet 2003, entre autres), la CEDH a énoncé les critères appliqués pour déterminer si une restriction est admissible, à savoir la poursuite d'un objectif légitime, la proportionnalité et l'absence d'atteinte à l'essence du droit.

215. Cette souplesse a été utile à la majorité de la CEDH (Grande Chambre) dans les décisions rendues en matière d'immunité (voir section XII *supra*). Mais il convient de remarquer que l'affaire *Ashingdane*, la première dans laquelle la CEDH a adopté cette approche insuffisante d'un droit fondamental comme le droit d'accès à la justice, n'était pas une affaire de violations graves des droits de l'homme concernant plusieurs

victimes; il s'agissait d'un cas individuel unique de violations alléguées des paragraphes 1 et 4 de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne, la CEDH n'ayant relevé aucune violation de ce dernier. En résumé, c'est selon moi en tant que tel, et non du point de vue des restrictions admissibles ou « implicites », qu'un droit fondamental doit être envisagé.

216. De l'autre côté de l'Atlantique, la CIADH a pour sa part accordé beaucoup plus d'attention à l'essence du droit fondamental d'accès à la justice lui-même, et non à ses « restrictions ». Ces dernières n'ont jamais été utilisées ni invoquées — à ce jour — pour admettre l'immunité de l'Etat. La CEDH a laissé une « marge d'appréciation » aux Etats contractants, mais la CIADH n'a pas fait la même chose (au moins pas à l'époque où j'en étais membre). De ce fait, cette dernière a envisagé le droit d'accès à la justice (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme) comme un véritable droit *fondamental*, ne laissant pas beaucoup de place aux « restrictions ». Le principal souci a été de garantir ce droit.

217. Le jugement par la CIADH d'affaires de violations des droits de l'homme d'une certaine *gravité* a amené une évolution jurisprudentielle soulignant le caractère fondamental du droit d'accès à la justice. Ce droit revêt un caractère impératif face à un crime d'Etat : c'est un véritable *droit au Droit*, un droit à un ordre juridique qui protège effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine<sup>245</sup>, qui assure l'intangibilité des garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine) en toutes circonstances. Nous sommes ici, pour résumer, dans le domaine du *ius cogens*<sup>246</sup>, comme la CIADH elle-même l'a reconnu dans ses arrêts dans les affaires *Goiburú et autres c. Paraguay* (du 22 septembre 2006) et *La Cantuta c. Pérou* (du 29 novembre 2006)<sup>247</sup>.

218. La CEDH aurait pu parvenir à une conclusion similaire si sa majorité avait développé son raisonnement sur les dispositions correspondantes (articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne) en faisant porter son attention sur l'essence du droit d'accès à la justice et non sur ses « restrictions » admissibles ou implicites. Si elle l'avait fait,

<sup>245</sup> CIADH, affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 9-55.

<sup>246</sup> CIADH, affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, concernant la Colombie, arrêt du 31 janvier 2006, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 60-62 et 64.

<sup>247</sup> Par. 131 et 160, respectivement. Sur cette construction jurisprudentielle, voir A. A. Cançado Trindade, «The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights», *La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant — Mélanges en l'honneur de Ch. L. Rozakis* (dir. publ., D. Spielmann *et al.*), Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 27-46; A. A. Cançado Trindade, «*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case Law», *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2008*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2009, p. 3-29; A. A. Cançado Trindade, «La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*», *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano — 2007*, Washington D.C., Secrétariat général de l'OEA, 2008, p. 1-15.

comme elle aurait dû, la majorité de la Cour n'aurait pas admis l'immunité de l'Etat (voir section XII *supra*). Selon moi, les articles 6 et 13 de la convention européenne — comme les articles 8 et 25 de la convention américaine — indiquent une direction totalement différente, et ne sont pas du tout «limités» en ce qui concerne l'immunité de l'Etat.

219. Autrement, les Etats pourraient perpétrer de graves violations des droits de l'homme (par exemple massacrer des êtres humains ou les contraindre à un travail forcé) et s'en tirer en invoquant l'immunité de l'Etat, une situation de non-droit. Bien au contraire, les Etats parties sont tenus, en application des articles 6 et 13 de la convention européenne, d'accorder des recours (internes) effectifs et un procès équitable, avec toutes les garanties judiciaires nécessaires, en *toutes* circonstances. C'est le propre de l'état de droit, visé dans le préambule de la convention européenne. Il n'y a pas de place ici pour le privilège de l'immunité de l'Etat<sup>248</sup> ; lorsqu'il n'y a pas de droit d'accès à la justice, il n'y a pas du tout de système juridique. Le respect du droit d'accès à la justice est impératif, il n'est pas «limité» par l'immunité de l'Etat ; nous sommes ici dans le domaine du *jus cogens*.

220. Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été commis par un gouvernement (*jure imperii*) ou par une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat (*jure gestionis*), ou qu'il ait été commis ou non entièrement dans l'Etat du for (déportation en vue d'un travail forcé dans le cadre d'un crime transfrontière). Cette formulation traditionnelle — dont la pauvreté théorique est manifeste — n'a rien à voir avec ce qui nous importe ici, à savoir l'impératif de réalisation de la justice dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves de droits fondamentaux de la personne humaine.

## XXII. SORTIR DU NON-DROIT : LE DROIT AU DROIT DE LA VICTIME INDIVIDUELLE

221. Cela m'amène au droit d'accès à la justice, dans la dimension qui lui est propre : le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'engager une instance judiciaire) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (l'égalité des armes assurant un procès équitable) jusqu'au jugement (en tant que prestation juridictionnelle), son exécution scrupuleuse et l'octroi de la réparation due. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De

<sup>248</sup> Voir, sur ce point, J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 164, 181 et 186-188 ; W. P. Pahr, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention», *Mélanges offerts à P. Modinos — Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 222-232.

cette manière, les victimes de l'oppression voient leur droit au Droit dûment réalisé.

222. Je n'ai pas l'intention de m'attarder beaucoup plus sur ce point, je l'ai fait ailleurs<sup>249</sup>, mais seulement de le mentionner dans le cadre de mon raisonnement dans la présente opinion dissidente. Je me contenterai de rappeler que, dans sa jurisprudence constante, la CIADH a à juste titre tenu compte en même temps des dispositions connexes sur le droit à un recours effectif et les garanties judiciaires (articles 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme), alors que la CEDH n'a commencé que plus récemment, durant la dernière décennie, à partir de l'affaire *Kudla c. Pologne* (arrêt du 18 octobre 2000), à suivre la même approche, en réunissant les articles 6, paragraphe 1, et 13 de la convention européenne des droits de l'homme. Cela est rassurant, car ces deux dispositions se renforcent mutuellement, au bénéfice des personnes protégées. La construction jurisprudentielle de ces deux juridictions internationales des droits de l'homme est en train de converger en ce qui concerne le droit d'accès à la justice *lato sensu*.

223. Le droit de l'individu à réparation, comme je l'ai déjà souligné, fait partie du droit d'accès à la justice. Dans l'affaire *Hornsby c. Grèce* (arrêt du 19 mars 1997), la CEDH, après avoir rappelé le droit d'engager une instance devant un tribunal et le droit à des garanties procédurales, a ajouté que le droit d'accès à la justice serait «illusoire» si le système juridique ne prévoyait pas une décision judiciaire contraignante finale et opérante; pour la CEDH, un jugement qui n'est pas dûment exécuté aboutit à une situation incompatible avec l'état de droit que les Etats parties se sont engagés à respecter lorsqu'ils ont ratifié la convention européenne.

224. La construction jurisprudentielle faisant entrer le droit d'accès à la justice dans le domaine du *jus cogens* (*supra*) est selon moi extrêmement pertinente en l'espèce, pour asseoir l'évolution en cours du droit international contemporain sur des fondements humanistes. Dans cette perspective, il est extrêmement regrettable que la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 ignore de manière olympienne les incidences du *jus cogens*. Les travaux préparatoires montrent que ses rédacteurs ont eu l'occasion d'en tenir dûment compte, mais ils ont tout simplement préféré ne pas le faire: ils ont abandonné la question en 1999, lorsque le groupe de travail de la CDI a été évasif sur ce point, et que le groupe de travail de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé que la question «ne sembl[ait] pas assez mûre» pour être codifiée (affirmation que la Cour a rappelée en l'approuvant dans le présent arrêt, par. 89).

225. Cela n'est tout simplement pas vrai car, à cette époque, la CIADH et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) étaient déjà en train, dans leur jurisprudence, d'élargir la portée matérielle du *jus cogens* (il s'agit des deux juridictions internationales contemporaines

<sup>249</sup> A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale...*, *op. cit. supra* note 243, p. 113-119.

qui ont le plus contribué à cette évolution à ce jour)<sup>250</sup>. Il existait, en outre, d'autres manifestations du droit international contemporain qui auraient pu être prises en compte, mais ne l'ont pas été. La convention des Nations Unies de 2004, qui n'est pas encore entrée en vigueur, a été vivement critiquée<sup>251</sup> pour n'avoir pas abordé le problème des immunités juridictionnelles de l'Etat face aux *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*.

226. Les rédacteurs de cette convention étaient conscients du problème, mais le groupe de travail de la CDI ainsi que celui de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, estimant que la question n'était « pas mûre », ont choisi la facilité afin que la convention soit conclue et approuvée, le problème restant sans solution et empreint d'incertitude, comme en témoigne la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Pire encore, la majorité de la CEDH (Grande Chambre), dans l'affaire *Al-Adsani* (voir *supra*), a invoqué cette omission des rédacteurs de la convention des Nations Unies de 2004 pour aboutir à sa décision très critiquée en 2001<sup>252</sup> et, plus d'une décennie plus tard, la majorité de la Cour fait la même chose dans l'arrêt (par. 89-90) adopté aujourd'hui dans la présente affaire. Je ne puis en aucune manière accepter que le droit international contemporain soit ainsi « gelé », d'où le soin que j'ai pris pour élaborer et présenter mon opinion dissidente.

### XXIII. VERS LA PRIMAUTÉ DE LA *RECTA RATIO*, QUI NE DISPARAÎT JAMAIS

227. Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat avec des circonstances aggravantes, et ouvrent un droit à réparation aux victimes. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel), qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/dirittodroit/direitoderecholright*) dans son ensemble. Avant de passer à mon point suivant, je me permettrai, à ce stade de la présente opinion dissidente, de soulever simplement les questions que de fait je juge approprié de poser.

<sup>250</sup> Voir note 247 *supra*.

<sup>251</sup> Par exemple L. Cafilisch, « Immunité des Etats et droits de l'homme: Evolution récente », *Internationale Gemeinschaft und Menschenrecht — Festschrift für G. Ress*, Cologne/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2005, p. 937-938, 943 et 945; C. Keith Hall, « U N Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 412-413 et 426; L. McGregor, « Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty », *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), p. 903-904, 914 et 918-919; L. McGregor, « State Immunity and *Jus Cogens* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), p. 437-439 et 445.

<sup>252</sup> La CEDH (Grande Chambre) a évoqué en détail cette omission du groupe de travail de la CDI en 1999 aux paragraphes 23-24, 62-63 et 65-67 de son arrêt du 21 novembre 2001 dans l'affaire *Al-Adsani*.

Quand les êtres humains tireront-ils des enseignements du passé? Quand tireront-ils des enseignements des souffrances terribles des générations précédentes, du type de celles constituant les origines factuelles de la présente affaire? S'ils n'ont (comme il semble) rien appris jusqu'ici, peut-être n'apprendront-ils jamais rien.

228. Quand cesseront-ils de déshumaniser leurs frères humains? Comme ils n'ont pas cessé à ce jour, peut-être ne le feront-ils jamais. Quand traduiront-ils dans leurs lois les valeurs supérieures (*neminem laedere*) nécessaires pour vivre dans la paix et la justice? Comme ils ne l'ont pas encore fait, peut-être ne le feront-ils jamais. Selon toute probabilité, ils continueront à vivre avec le mal, en se soumettant à lui. Pourtant, même dans cette sombre perspective, les tentatives faites pour assurer la primauté de la *recta ratio* ne semblent non plus jamais disparaître, donnant à penser que, dans la quête éternelle de la justice, un espoir demeure qui n'aboutit jamais, comme dans le mythe de Sisyphe.

229. Il n'est ainsi pas surprenant de constater que le problème (sous-jacent) du mal a été tout au long de l'histoire de la pensée humaine et demeure une préoccupation majeure. Comme le révérend père Sertillanges l'a souligné avec lucidité après la seconde guerre mondiale, durant des siècles philosophes, théologiens et écrivains ont appelé l'attention sur ce problème, sans toutefois y trouver une solution définitive et entièrement satisfaisante. Pour lui, «l'angoisse du mal s'impose à toutes les âmes, à tous les groupes et à toutes les civilisations... Le problème du mal met en cause la destinée de chacun, l'avenir du genre humain.»<sup>253</sup>

230. Les effets des politiques étatiques criminelles planifiées du III<sup>e</sup> Reich ont été décrits par divers contemporains de ces années de pénombre. Les romans historiques des années 1930 d'une personne sensible comme Klaus Mann, par exemple, tout en critiquant les intellectuels qui se sont laissés coopter par le nazisme (dans *Mephisto*, publié en 1936) ou en décrivant le drame de ceux qui se sont exilés pour échapper aux persécutions (dans *Le volcan*, publié en 1939), sont empreints de prémonitions du cataclysme sociétal qui allait bientôt se produire (comme un volcan déjà en éruption) et devait victimiser des millions d'êtres humains<sup>254</sup>, parmi lesquels des ressortissants des pays occupés astreints au travail forcé.

231. En fait, tout au long du siècle dernier, des Etats ont effectivement mené des politiques criminelles par l'intermédiaire de ceux qui parlaient et agissaient en leur nom (car les institutions n'ont pas de conscience morale) et victimisé des millions d'êtres humains, engageant leur responsabilité pour toutes sortes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Les faits sont pleinement documentés aujourd'hui par les historiens. Ce qui doit être davantage développé, cette fois par les

<sup>253</sup> A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal — L'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.

<sup>254</sup> Voir K. Mann, *Mefisto* [*Mephisto*, 1936], Barcelone, Debolsillo, 2006 (rééd.), p. 31-366; K. Mann, *Le volcan* [1939], Paris, Grasset, 1993, p. 9-404.

juristes, c'est la responsabilité des Etats eux-mêmes (outre celle de leurs agents) pour les crimes perpétrés, responsabilité qui de temps à autre, au fil des décennies, a fait l'objet d'études assez solitaires mais pénétrantes<sup>255</sup>.

232. La souffrance humaine causée par ces atrocités (relatées dans les comptes rendus et témoignages historiques de survivants) ne peut guère être mesurée, dépasse l'imagination et est tout simplement dévastatrice. De plus, la souffrance *se projette dans le temps*, en particulier si les victimes de violations graves de leurs droits n'ont pas obtenu justice. D'après mon expérience de l'examen des affaires de massacres par une juridiction internationale (la CIADH), il existe des cas dans lesquels, de nombreuses années après les faits, les victimes survivantes (ou leurs ayants droit) continuent de rechercher une reconnaissance judiciaire de leur souffrance<sup>256</sup>. Contrairement à ce que l'on aurait tendance à supposer, la souffrance humaine ne s'efface pas toujours avec le passage du temps : elle peut aussi augmenter face à l'injustice manifeste, en particulier dans les cultures qui cultivent avec sagesse les liens entre les vivants et leurs morts. La souffrance humaine, dans les cas d'injustice persistante, peut se projeter dans la dimension intergénérationnelle.

233. Le lucide penseur allemand Max Scheler (1874-1928), dans un essai publié après sa mort (*Le sens de la souffrance*, 1951), se déclarait convaincu que toutes les souffrances des êtres humains ont un sens et que plus elles étaient profondes, plus dure était la lutte contre leurs causes<sup>257</sup>. Et, dans un de ses écrits pénétrants des années suivant la seconde guerre mondiale (un essai initialement publié en 1953), l'éminent philosophe allemand Karl Jaspers (1883-1969) a fait observer que la raison n'existe « que par décision », elle « découle de la liberté », elle est inséparable de l'existence elle-même ; bien que nous sachions que nous sommes tous à la merci d'événements échappant à notre contrôle, « [l]a raison ne peut être solide que dans la force de la Raison elle-même »<sup>258</sup>.

234. Peu après, dans son ouvrage *Origine et sens de l'histoire* (1954), Karl Jaspers a clairement exprimé sa conviction selon laquelle :

« ... C'est sur [le droit naturel] que se fonde le droit des gens, sur lui que se constituerait une juridiction, dans l'ordre mondial, pour protéger l'individu contre les abus de l'Etat en lui permettant de recourir à une justice efficace, exercée au nom de l'humanité souveraine.

... [O]n peut démontrer que l'Etat totalitaire, la guerre totale sont contraires au droit naturel, non seulement parce qu'ils prennent pour

<sup>255</sup> Voir par exemple Vespasien V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1925, p. 1-340 ; Roberto Ago, « Le délit international », *RCADI*, vol. 68 (1939), p. 419-545 ; Pieter N. Drost, *The Crime of State — Book I: Humanicide*, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 1-352 ; J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg — Acquis et régressions*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3-222.

<sup>256</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2011, p. 159-165.

<sup>257</sup> M. Scheler, *Le sens de la souffrance*, Paris, Aubier, 1951, p. 5 et 27.

<sup>258</sup> K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time* [1953], Hamden/Conn., Archon Books, 1971 (rééd.), p. 50, 59 et 84.

un but ce qui est moyens et conditions de la vie, mais aussi parce qu'ils proclament la valeur absolue des moyens, détruisant ainsi le sens de l'ensemble, les droits de l'homme.

Le droit naturel se borne à organiser les conditions vitales[,] ... actualiser en ce monde la condition humaine dans son intégralité.»<sup>259</sup>

235. Dans un essai éclairant publié en Allemagne peu après la guerre, en 1946 (sous le titre *Die Schuldfrage/La question de la culpabilité*), tiré d'un cours donné durant l'hiver 1945-1946 à l'Université d'Heidelberg, et qui a toujours été réédité depuis et a survécu au passage du temps, K. Jaspers distinguait entre culpabilité pénale, culpabilité politique, culpabilité morale et culpabilité métaphysique, en s'efforçant d'établir, dans la responsabilité personnelle, des degrés proportionnels à la participation aux faits en cause. Dans un passage de cet essai, K. Jaspers, au sujet de la «différenciation de la culpabilité allemande», rejetant les excuses se fondant sur la souveraineté de l'Etat, affirmait, en ce qui concerne la seconde guerre mondiale :

«Cette fois il n'est pas douteux que l'Allemagne ait préparé méthodiquement la guerre et qu'elle l'ait commencée sans provocation venue de l'autre côté. C'est tout différent de 1914... [L'] Allemagne a commis de nombreuses actions ... contraires au droit des gens, qui menaient à l'extermination de populations entières et à d'autres faits inhumains.»<sup>260</sup>

236. Il a ensuite énoncé la question, en ces termes : «Comment peut-on parler de crime dans le domaine de la souveraineté politique?», évoquant «une habitude de pensée issue de la tradition de la vie politique en Europe». Et il a ajouté que

«les chefs d'Etat ... sont des hommes, et ils sont responsables de leurs actes... Les actes de l'Etat sont en même temps des actes personnels. Ce sont des individus qui en portent la responsabilité... [A]u sens de l'humanité, des droits de l'homme et du droit naturel ... il existe déjà des lois pouvant servir de normes à la détermination des crimes.»<sup>261</sup>

En fait, tout au long de la procédure devant la Cour dans la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, l'Allemagne a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat (voir par. 24-31) à raison des faits historiques qui sont à l'origine du présent cas d'espèce.

237. De plus, durant les dernières décennies, elle a accordé des indemnités en des occasions et circonstances distinctes. En outre, à plusieurs occasions, l'Allemagne — patrie de penseurs et d'auteurs universels comme, par exemple, E. Kant (1724-1804) et J. W. Goethe (1749-1832) — a exprimé

<sup>259</sup> K. Jaspers, *Origine et sens de l'histoire*, Paris, Libr. Plon, 1954, p. 245.

<sup>260</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, New York, Fordham University Press, 2001 (rééd.), p. 47; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, Paris, Editions de Minuit, 2007 (rééd.), p. 64-65.

<sup>261</sup> K. Jaspers, *The Question of German Guilt*, *op. cit. supra* note 260, p. 49-50; et voir K. Jaspers, *La culpabilité allemande*, *op. cit. supra* note 260, p. 66.

des excuses publiques, dont la fameuse excuse silencieuse de l'ex-chancelier Willy Brandt à Varsovie (Pologne) le 7 décembre 1970 est un exemple, parmi d'autres actes de contrition successifs. Cela étant, je me demande pourquoi l'Allemagne n'a pas encore versé de réparations aux internés militaires italiens survivants qui n'en ont pas reçu à ce jour (voir *infra*), au lieu de porter la présente affaire devant la Cour.

238. Selon moi, dans le présent arrêt, la Cour pouvait et devait faire davantage qu'estimer «surprenant» et «regrettable» (par. 99) que la situation des internés militaires italiens ne soit toujours pas réglée. En effet, tenter de faire abstraction des graves violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ou tenter de les assimiler à un quelconque «délit civil», est comme essayer de bloquer la lumière du soleil avec un bandeau. Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, il a été reconnu qu'une évolution était intervenue dans le sens d'une limitation ou d'un refus de ces immunités en cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention s'étant portée sur le droit d'accès à la justice et l'obligation internationale de rendre des comptes<sup>262</sup>.

239. Il existe aujourd'hui dans l'opinion une tendance croissante en faveur de l'absence d'immunité en cas de crimes internationaux dont les victimes demandent réparation<sup>263</sup>. En effet, admettre l'absence d'immunité de l'Etat en matière de relations commerciales ou en ce qui concerne les quasi-délits (par exemple les accidents de la route), et insister dans le même temps pour que les Etats puissent s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux — marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire — en exécution de politiques (criminelles) d'Etat, constitue selon moi une absurdité juridique.

#### XXIV. LE DROIT DES INDIVIDUS À RÉPARATION

##### EN TANT QUE VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

##### 1. *Obligation de l'Etat d'accorder une réparation aux victimes individuelles*

240. Dès 1927-1928, la CPIJ a expressément conféré une reconnaissance judiciaire à un précepte du droit international coutumier, reflétant un principe fondamental du droit international, estimant que

<sup>262</sup> Voir [divers auteurs], *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* (colloque de Paris de 2003, dir. publ., J. Verhoeven), Paris/Bruxelles, LGDJ/Larcier, 2004, p. 6-7, 52-53 et 55.

<sup>263</sup> Voir *ibid.*, p. 121, et voir p. 128-129, 138 et 274. Voir aussi M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali — L'Esercizio della Giurisdizione Penale e Civile nei Confronti degli Organi Statali Sospettati di Gravi Crimini Internazionali*, Turin, G. Giappichelli Edit., 2007, p. 135, 140 et 307-309; [divers auteurs], *Droit des immunités et exigences du procès équitable* (colloque de Paris de 2004, dir. publ., I. Pingel), Paris, Pedone, 2004, p. 20, 31, 150 et 152.

«la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention.» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21.*)

La CPJI ajoutait que la réparation «doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29 et 47-48.*)

241. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, comme on l'a indiqué, l'Allemagne elle-même a reconnu sa responsabilité en tant qu'Etat pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui sont à l'origine de la présente affaire (voir section III *supra*). L'obligation de l'Etat de réparer en découle nécessairement, en tant que «complément indispensable» de ces violations graves. Comme l'indique en outre la jurisprudence constante de la CPJI, déjà entre les deux guerres, cette obligation est régie par le droit international dans tous ses aspects (par exemple quant à sa portée, ses formes et ses bénéficiaires); son exécution ne saurait être soumise à modification ou à suspension par l'Etat défendeur en invoquant les dispositions, interprétations ou difficultés touchant son droit interne (*Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26-27; «Communautés» gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32 et 35; Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46, p. 167; Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24.*)

242. Le droit des individus à réparation en tant que victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire a été beaucoup débattu devant la Cour dans la présente espèce. A cet égard, l'Allemagne a fait valoir qu'en droit international général il n'existe pas de droit individuel à réparation, «et en tout cas pas en ce qui concerne les dommages de guerre»<sup>264</sup>. Selon elle, «l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907 ainsi que l'article 91 du premier protocole additionnel de 1977 aux quatre conventions de Genève ne portent [en raison de leur structure même] que sur la responsabilité interétatique et ne peuvent donc avoir d'effet direct pour les personnes physiques»<sup>265</sup>. Sur le point plus précis de savoir si les victimes individuelles ont des droits susceptibles d'être invoqués devant les tribunaux, l'Allemagne fait observer que

«on imagine difficilement comment l'alliage peu naturel de deux concepts différents, dont l'un — le droit à l'accès à la justice — est soumis à différentes limites et l'autre — le prétendu droit d'agir en

<sup>264</sup> CR 2011/17, p. 42.

<sup>265</sup> *Ibid.*

conséquence d'un crime de guerre — n'existe tout simplement pas *de lege lata*, peut constituer une super règle du *jus cogens*»<sup>266</sup>.

243. L'Italie affirme quant à elle que «la protection des droits individuels face à un privilège injuste, l'accès individuel à la justice et la réparation des préjudices ont également marqué l'évolution ultérieure de la règle de l'immunité et des exceptions à celle-ci»<sup>267</sup>. Elle soutient en outre que

«[I]a restriction de l'immunité dans les cas où des personnes physiques intentent des actions en justice pour obtenir réparation à la suite d'une violation grave des principes les plus fondamentaux de la dignité humaine garantis par des règles de *jus cogens* apparaît comme une solution raisonnablement équilibrée».<sup>268</sup>

Elle affirme de plus que, «[I]orsque les victimes de violations de règles fondamentales de l'ordre juridique international, privées de tout autre moyen de réparation, s'adressent aux juridictions nationales, les obstacles d'ordre procédural tenant à l'immunité des Etats ne sauraient avoir pour effet de les priver du seul recours disponible»<sup>269</sup>.

244. La Grèce estime, elle aussi, à cet égard que «[I]l'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il existe un droit individuel à la réparation en cas de violations graves du droit humanitaire»<sup>270</sup>. Elle fait valoir que

«l'obligation de l'Etat d'indemniser les individus pour violations des règles du droit humanitaire semble dériver de l'article 3 de la quatrième convention de La Haye de 1907, même si elle n'y est pas explicitement exprimée et même si les individus avaient besoin de la médiation de l'Etat ménagée par des traités interétatiques... Cela est attesté par le fait qu'il n'y a pas exclusion des individus du texte de l'article 3. Ce raisonnement ressort également des travaux préparatoires de la deuxième Conférence [de paix] de La Haye.»<sup>271</sup>

245. Le droit individuel à réparation est bien établi en droit international des droits de l'homme, et il repose sur une très abondante jurisprudence des tribunaux internationaux des droits de l'homme (par exemple les cours européenne et interaméricaine) en la matière<sup>272</sup>. En outre, le droit international

<sup>266</sup> CR 2011/17, p. 45.

<sup>267</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 4.22.

<sup>268</sup> *Ibid.*, par. 4.101.

<sup>269</sup> *Ibid.*, par. 4.103.

<sup>270</sup> CR 2011/19, p. 22.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>272</sup> La jurisprudence en la matière de la CIADH a été particulièrement remarquée, pour la *diversité des formes* des réparations qu'elle a accordées aux victimes; voir par exemple [divers auteurs], *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, op. cit. supra note 67, p. 17-334; [divers auteurs], *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (dir. publ., L. Hennebel et H. Tigroudja), Paris, Pedone, 2009, p. 7-413; [divers auteurs], *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity — Systems in Place and Systems in the Making* (dir. publ., C. Ferstman, M. Goetz et A. Stephens), Leyde, Nijhoff, 2009, p. 217-282.

public lui-même a connu une évolution continue en ce qui concerne les réparations en cas de demandes individuelles liées à la guerre, considérées traditionnellement comme étant comprises dans les accords de paix entre Etats. A partir des années 1990, on a tenté de restructurer cette approche classique dans le cadre de la démarche nouvelle consistant à faire juger les demandes individuelles par les «tribunaux de droit commun»<sup>273</sup>. Après tout, les victimes ultimes des violations du droit international humanitaire sont des individus, non des Etats.

246. Les individus contraints au travail forcé dans l'industrie de guerre allemande (1943-1945), ou les proches parents de ceux qui ont été assassinés à Distomo (Grèce) ou à Civitella (Italie) en 1944, durant la seconde guerre mondiale, ou ont été victimes d'autres atrocités d'Etat, sont (avec leurs ayants droit) les titulaires du droit à réparation correspondant. Les victimes sont de véritables titulaires de droits, y compris le droit à réparation, comme cela est généralement reconnu de nos jours. Des illustrations en existent également dans le domaine du droit international humanitaire. Une étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur les règles du droit international humanitaire coutumier<sup>274</sup> peut être évoquée à cet égard. La règle 150 se lit comme suit : «L'Etat responsable de violations du droit international humanitaire est tenu de réparer intégralement la perte ou le préjudice causé.»<sup>275</sup> Quant à la question plus précise de «la réparation ... demandée directement par des personnes privées», la règle 150 indique que la «tendance est de plus en plus à autoriser les personnes victimes de violations du droit international humanitaire à demander directement réparation à l'Etat responsable»<sup>276</sup>.

247. De plus, dans son rapport de 2004 au Secrétaire général des Nations Unies, la commission internationale d'enquête sur le Darfour, après avoir affirmé que les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire «pouvaient engager non seulement la responsabilité pénale individuelle de leur auteur mais aussi la responsabilité internationale de l'Etat (ou de l'entité quasi étatique) dont celui-ci est l'agent», a ajouté que cette responsabilité internationale signifie que «l'Etat (ou l'entité quasi étatique) doit verser une indemnisation aux victimes» (par. 593).

<sup>273</sup> R. Dolzer, «The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20 (2002), p. 296.

<sup>274</sup> CICR, *Droit international humanitaire coutumier* (dir. publ., J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), vol. I: Règles, Genève/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, en particulier p. 537-550.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 537; selon le commentaire joint à la règle, selon la pratique des Etats, cette règle constitue «une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux».

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 541; à cet égard, la règle 150 renvoie au paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et au commentaire y relatif, et affirme que des réparations ont été accordées directement aux victimes individuelles dans le cadre de différentes procédures allant de mécanismes mis en place par des accords interétatiques à des actions en réparation intentées par des individus directement devant les tribunaux nationaux.

248. Après avoir souligné l'impact du droit international des droits de l'homme dans les domaines de la responsabilité de l'Etat, la commission a déclaré dans le même rapport de 2004 que de nos jours «la tendance majoritaire [voulait] que l'indemnisation, au titre de la responsabilité des Etats, soit versée non seulement aux Etats mais aussi aux particuliers» (p. 151, note 217). La commission concluait dans ce rapport que, eu égard au droit international des droits de l'homme,

«il est permis d'affirmer qu'à l'heure actuelle, en cas de violation grave des droits de l'homme constituant un crime de droit international, le droit international coutumier non seulement reconnaît la responsabilité pénale des auteurs de la violation, mais aussi impose à l'Etat ou aux Etats dont ils sont ressortissants ou dont ils sont, en droit ou en fait, les agents l'obligation de réparer (y compris par une indemnisation) le préjudice causé» (par. 598).

249. On peut également évoquer le régime juridique de la commission des réclamations Éthiopie-Erythrée : aux termes du paragraphe 1 de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 entre les gouvernements de l'Etat d'Erythrée et de la République fédérale démocratique d'Éthiopie, la commission a été créée pour

«statuer dans le cadre d'un arbitrage obligatoire sur toutes les demandes à raison de pertes, dommages ou préjudices formulées par un gouvernement contre l'autre, et par les nationaux ... d'une partie contre le gouvernement de l'autre partie ou des entités appartenant ou contrôlées par l'autre partie».

De plus, le projet de déclaration de 2010 des principes de droit international sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé (questions de fond) du comité international de l'ADI sur la réparation en faveur des victimes de conflit armé, lorsqu'il envisage le droit à réparation (à l'article 6), reconnaît que les individus sont dans une meilleure situation en droit international des droits de l'homme et ne voit aucune raison pour laquelle leur situation serait plus précaire au regard des règles du droit international applicables dans les conflits armés.

250. Dans la même veine, les «principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire» adoptés en 2005<sup>277</sup> énoncent, au paragraphe 15, l'obligation des Etats d'accorder réparation aux victimes :

«Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'Etat assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des

<sup>277</sup> Adoptés et proclamés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005.

violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.»

Tous ces développements récents vont au-delà de la dimension strictement interétatique traditionnelle en énonçant le droit à réparation des victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

251. Il serait bizarre, sinon surréel, de ne pas tenir compte dans le domaine de l'immunité de l'Etat de cette importante évolution intervenue ces dernières années. Les titulaires du droit à réparation pour ces violations graves sont les victimes individuelles qui les ont subies. Comme je l'ai soutenu dans l'opinion dissidente (par. 178) que j'ai jointe à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (déclarant irrecevable la demande reconventionnelle de l'Italie) dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les Etats ne peuvent absolument pas renoncer à des droits qui ne leur appartiennent pas. On ne peut absolument pas ignorer les développements importants intervenus dans certains domaines du droit international, comme le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, pour priver la personne humaine de son droit à réparation. Cela aboutirait à une injustice manifeste.

252. Il me semble infondé d'affirmer que les régimes de réparation pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiseraient au niveau interétatique au détriment des individus ayant souffert des conséquences de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Après tout, ces individus sont les titulaires du droit à réparation découlant de ces graves violations du droit international *qui leur ont été infligées*. Interpréter le régime des réparations comme relevant exclusivement du domaine interétatique traduirait en outre une conception totalement erronée de la situation de l'individu dans l'ordre juridique international. Selon ma propre conception, «la personne humaine s'est émancipée de son propre Etat, avec la reconnaissance de ses droits, qui sont antérieurs et supérieurs à ce dernier»<sup>278</sup>. Ainsi, le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne peut s'épuiser au niveau interétatique, en laissant finalement l'individu sans aucune réparation.

253. Il faut aussi se souvenir que les tribunaux internes ne sont pas la seule voie ouverte aux victimes pour obtenir réparation des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il y a en fait d'autres voies, dans les *instances* internationales, permettant aux individus de demander et d'obtenir réparation. On peut citer à cet égard les tribunaux et commissions mixtes des réclamations, et les organes quasi judiciaires créés soit par le Conseil de sécurité de l'ONU, soit par des

<sup>278</sup> A. A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford University Press, 2011, p. 209; A. A. Cançado Trindade, *Evolution du droit international au droit des gens — L'accès des individus à la justice internationale...*, op. cit. supra note 243, p. 29 et 146.

traités de paix ou à l'initiative d'Etats ou de sociétés, et les arbitrages relatifs à des «réclamations en sommeil»<sup>279</sup>. Ainsi, les tribunaux nationaux constituent une voie permettant aux victimes d'obtenir réparation en fonction des circonstances de l'espèce, mais ce n'est pas la seule. En droit international contemporain, les tribunaux nationaux et internationaux sont en contact de plus en plus étroit, dans des domaines distincts.

254. Par exemple, dans la protection des droits de l'individu, où il y a convergence entre le droit public national et le droit international, ils le sont du fait de l'obligation des Etats d'ouvrir des recours effectifs<sup>280</sup>. Dans le domaine du droit de l'intégration régionale, la procédure de la décision préliminaire (par exemple au titre de l'article 234 du traité créant la Communauté européenne) constitue un autre exemple. En droit pénal international, le principe de complémentarité en est encore un autre. Et les exemples se multiplient, finissant par révéler l'*unité du droit*. En fait, ce qui compte en dernière analyse est la *réalisation de la justice* aux niveaux national et international. Après tout, les crimes internationaux ne sont pas des actes *jure imperii*, ils demeurent des *crimes* quels que soient leurs auteurs; il s'agit de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont les victimes ont droit à réparation; l'invocation de l'immunité de l'Etat ne peut écarter l'obligation de celui-ci d'accorder réparation aux victimes individuelles.

255. En fait, la reconnaissance du droit de l'*individu* à réparation (qui correspond à cette obligation de l'Etat), en tant qu'élément du droit d'accès à la justice *lato sensu* de l'individu, reconnu judiciairement aujourd'hui par la CIADH et la CEDH, s'impose encore plus pour ce qui est des *violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire*, comme celles qui forment le contexte factuel de la présente affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Les immunités ne peuvent guère être envisagées dans un vide juridique. Dès le début de la présente affaire, durant la procédure écrite et jusqu'à la fin de la procédure orale, le *punctum pruriens* d'une divergence d'opinions majeure entre les Parties a précisément été l'opposition des immunités de l'Etat à l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

256. La thèse de l'Allemagne, clairement exposée dans son mémoire, est que l'Italie «est ... tenue de respecter le principe de l'immunité souveraine, qui empêche les personnes physiques d'engager des poursuites contre un autre Etat devant les juridictions de l'Etat du for» (par. 47).

<sup>279</sup> Voir par exemple E.-C. Gillard, «Reparation for Violations of International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 85 (septembre 2003), note 851, p. 539-545; et voir généralement [divers auteurs], *Redressing Injustices through Mass Claims Processes — Innovative Responses to Unique Challenges*, Oxford University Press/PCA, 2006, p. 3-425.

<sup>280</sup> A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 17 (1977-1978), Tübingen, p. 333-370.

Pour elle, «[r]ien ne justifie qu'elle méconnaisse l'immunité de l'Allemagne en vertu de ce principe» (par. 47). A l'opposé, la thèse de l'Italie, exposée dans son contre-mémoire, est que

«les Etats ayant commis des violations graves des règles fondamentales ne sauraient être considérés comme ayant le droit de se prévaloir de l'immunité pour leurs faits illicites, même si ces derniers doivent être qualifiés d'actes *jure imperii*. Si l'immunité était accordée, cela aboutirait à un déni de justice absolu pour les victimes ainsi qu'à l'impunité de l'Etat.» (Par. 4.110.)

Selon elle,

«[l']ordre juridique international ne saurait, d'une part, prévoir qu'il existe certaines règles matérielles fondamentales auxquelles il n'est pas permis de déroger et dont la violation ne saurait être tolérée, tout en accordant d'autre part l'immunité à l'auteur des violations de ces règles fondamentales dans des situations où il est clair que l'immunité équivaut essentiellement à l'impunité» (par. 4.111).

257. Il n'est pas possible d'éviter l'examen de cette question, celle de l'obligation de l'Etat d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il s'agit d'une obligation de l'Etat en vertu du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit. Cela m'amène maintenant à la question de l'exécution ou de l'inexécution, par l'Etat responsable, de son obligation d'accorder réparation aux victimes mentionnées par l'Italie pour les violations graves commises durant la seconde guerre mondiale. Je me pencherai successivement sur les points suivants : premièrement, les catégories de victimes en l'espèce, deuxièmement, le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000) et, troisièmement, l'évaluation des conclusions des Parties.

## 2. Les catégories de victimes en l'espèce

258. Selon l'Italie, il y a trois catégories de victimes des violations susmentionnées<sup>281</sup> ayant droit à réparation, à savoir :

«*i*) les soldats emprisonnés qui s'étaient vu refuser le statut de prisonniers de guerre et furent soumis au travail forcé [les «internés militaires italiens»]; *ii*) les civils qui furent détenus et transférés dans des camps de détention où ils furent soumis au travail forcé; et *iii*) les populations civiles qui furent massacrées dans le cadre d'une stratégie de terreur et de représailles contre les actions des combattants pour la libération»<sup>282</sup>.

<sup>281</sup> L'Allemagne range également les victimes dans les trois catégories définies par l'Italie; voir mémoire de l'Allemagne, par. 13.

<sup>282</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

259. L'Italie affirme que, parmi ces catégories, «quasiment aucune n'a été indemnisée jusqu'à présent»<sup>283</sup>. Elle fait valoir en outre, en ce qui concerne M. Ferrini en particulier, qu'il entre dans la catégorie *ii*) des civils placés en détention et transférés dans les camps de détention pour y être astreints au travail forcé<sup>284</sup>. Si M. Ferrini avait déjà engagé une instance devant le *Tribunale di Arezzo* en 1998, il a aussi cherché à obtenir réparation auprès des autorités allemandes. L'Italie fait valoir que M. Ferrini a décidé de ne pas présenter de demande d'indemnisation en vertu de la loi du 2 août 2000 (créant la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir») «en raison du fait qu'il n'avait pas été détenu dans un «autre lieu de détention» au sens du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation et qu'en outre il n'était pas en mesure de démontrer qu'il remplissait les conditions définies dans les lignes directrices de la fondation»<sup>285</sup>.

260. L'Italie ajoute que, «[e]n 2001, M. Ferrini, conjointement avec d'autres demandeurs, forma également un recours constitutionnel concernant les paragraphes 1 de l'article 10, 3 de l'article 11 et 1 et 2 de l'article 16 de la loi portant création de la fondation devant la Cour constitutionnelle fédérale» et que «ce recours fut par la suite rejeté par cette dernière»<sup>286</sup>. Gardant ces faits à l'esprit, je vais maintenant examiner le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir», créée en 2000.

### 3. *Le cadre juridique de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» (2000)*

261. En 1999-2000, l'Allemagne a mené des négociations diplomatiques avec plusieurs Etats, anciennes parties belligérantes lors de la seconde guerre mondiale, concernant l'octroi de réparations aux individus qui avaient été durant la guerre astreints à un travail forcé dans des sociétés allemandes et dans le secteur public<sup>287</sup>. Selon l'Italie, ces négociations furent suscitées par des actions en justice introduites par d'anciens travailleurs forcés contre des entreprises allemandes devant les tribunaux

<sup>283</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.8.

<sup>284</sup> Selon l'Italie :

«Des crimes de guerre furent commis en masse contre la population civile, et des milliers de civils aptes au service militaire, dont M. Ferrini, M. Mantelli et M. Maietta (dont les affaires sont citées par le demandeur dans son mémoire), furent également transférés dans des camps de détention situés en Allemagne ou sur des territoires contrôlés par cette dernière, où ils furent astreints au travail forcé, une autre forme de représailles contre la population civile italienne.» (*Ibid.*, par. 2.7.)

<sup>285</sup> *Ibid.*, par. 2.43 (note 43). Voir le résumé des faits dans *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione (ANRP) et 275 autres plaignants c. Allemagne*, p. 5 (annexe 10 du contre-mémoire de l'Italie).

<sup>286</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43 (note 43).

<sup>287</sup> *Ibid.*, par. 2.27. Et voir généralement J. Authers, *op. cit. supra* note 230, p. 420-449.

des Etats-Unis et, dans ce contexte, l'Allemagne et les Etats-Unis conclurent un traité prévoyant la mise en place d'un mécanisme pour le traitement des demandes de réparation d'anciens travailleurs forcés<sup>288</sup>.

262. Suite à la conclusion de cet accord, le 2 août 2000, une loi fédérale allemande fut adoptée qui portait création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir»<sup>289</sup>. Cette fondation avait pour objet d'indemniser financièrement les personnes qui avaient été soumises au travail forcé «et à d'autres injustices au cours de la période nationale-socialiste» (article 2, paragraphe 1, de la loi). La fondation ne versait pas directement de réparations aux individus définis dans la loi mais les versait à des «organisations partenaires» qui recevaient des sommes forfaitaires déterminées (article 9 de la loi)<sup>290</sup>.

263. Les catégories de personnes ayant droit à réparation étaient ainsi définies à l'article 11 de la loi portant création de la fondation: *a)* les individus «détenus dans un camp de concentration, une autre prison ou un autre camp, ou dans un ghetto dans des conditions comparables, et astreints au travail forcé» (art. 11, par. 1); *b)* les individus «déportés depuis leur pays d'origine vers le territoire du Reich allemand selon les frontières de 1937, ou vers un territoire occupé par l'Allemagne, et ayant été astreints au travail forcé dans une entreprise commerciale ou au service d'autorités publiques sur place, ou ... [en] détention ou dans des conditions de vie extrêmement difficiles de nature similaire» (art. 11, par. 2); et *c)* il était expressément indiqué, ce qui est important pour la procédure en l'espèce, que le statut des prisonniers de guerre ne donne pas droit à des versements ou des prestations en vertu de la loi (art. 11, par. 3)<sup>291</sup>.

264. Ainsi, bien que la loi portant création de la fondation eût été spécifiquement adoptée pour couvrir les catégories de victimes ne relevant pas des autres accords de réparation conclus par l'Allemagne, le paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation excluait expressément les prisonniers de guerre de son champ d'application, indiquant que «[l]e droit à réparation ne peut être fondé sur le statut de prisonnier de guerre». Pour ce qui est de la portée de cette disposition, le commentaire officiel de la loi indique ce qui suit:

«le Gouvernement fédéral a expliqué cette clause d'exclusion comme suit:

«Les prisonniers de guerre astreints à un travail forcé n'ont en principe pas droit à des versements parce que les règles du droit international autorisent la puissance qui les détient à engager les

<sup>288</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27.

<sup>289</sup> Ci-après «la fondation».

<sup>290</sup> Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II: The German Compensation Law of 2 August 2000», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3 (2005), p. 244-245; voir également contre-mémoire de l'Italie, par. 2.27-2.28.

<sup>291</sup> Voir B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 246.

prisonniers de guerre comme travailleurs. Toutefois, les personnes libérées comme prisonniers de guerre et transformées en «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*) peuvent avoir droit à indemnisation en vertu de la [loi portant création de la fondation] si les autres conditions sont réunies.»

Toutefois, dans des «directives» adoptées en août 2001 en accord avec le ministère fédéral des finances, le conseil d'administration de la fondation a encore limité l'effet d'exclusion de cette clause en décidant que «les prisonniers de guerre qui ont été internés dans un camp de concentration» ne sont pas exclus du bénéfice de la loi «parce que dans un tel cas la discrimination et les mauvais traitements particuliers subis en raison de l'idéologie nationale-socialiste sont pertinents, et que l'emprisonnement dans un camp de concentration ne peut être considéré comme un sort habituel en temps de guerre.»<sup>292</sup>

265. Dans ce contexte, l'avis d'un spécialiste (C. Tomuschat) concernant la question du droit à réparation des «internés militaires italiens» au regard de la loi portant création de la fondation<sup>293</sup> doit être cité ici. Selon cet avis adressé au Gouvernement allemand, bien que l'Allemagne ait traité les personnes devant recevoir le statut de prisonniers de guerre comme les travailleurs forcés, elles avaient effectivement le statut de prisonniers de guerre. Selon l'avis, les «internés militaires italiens» «possédaient, jusqu'à leur libération finale à la fin de la seconde guerre mondiale, le statut de prisonniers de guerre en application des règles du droit international, bien que le Reich allemand ait massivement contrevenu à ce statut. En conséquence, la clause d'exclusion [article 11, paragraphe 3, de la loi portant création de la fondation] peut en principe leur être appliquée»<sup>294</sup>.

266. Ainsi, cet avis juridique a donné la priorité au statut *de jure* des internés militaires, statut (avec tous les droits qui s'y attachent) qui leur a en fait été dénié, sur leur traitement *de facto*. Au regard de cet avis juridique, de nombreuses victimes relevaient de l'exception prévue au paragraphe 3 de l'article 11 de la loi portant création de la fondation (*supra*) et furent donc exclues du régime de réparation. Dans ce contexte, l'Italie fait valoir que depuis 2000 «des milliers d'[internés militaires italiens] et de civils italiens ayant été soumis au travail forcé avaient présenté des demandes d'indemnisation» en vertu de la loi portant création de la fondation et que «la quasi-totalité de ces demandes avaient été rejetées». Elle ajoute que,

«[e]n 2003, les juridictions administratives allemandes rejetèrent les recours formés par un certain nombre d'[internés militaires italiens]. A la seule exception de l'affaire *Ferrini*, toutes les actions devant les

<sup>292</sup> *Op. cit. supra* note 290, p. 246.

<sup>293</sup> Contre-mémoire de l'Italie, annexe 8.

<sup>294</sup> Cet avis concluait toutefois qu'il fallait évaluer différemment la situation des «internés militaires italiens» qui, outre qu'il avait été porté atteinte à leur statut de prisonniers de guerre, subirent des mesures de persécution raciste.

juridictions italiennes ont été introduites après 2004. A cette époque, il était déjà évident que les travailleurs forcés italiens n'avaient pas la possibilité d'obtenir une indemnisation de la part des autorités allemandes.»<sup>295</sup>

267. Selon moi, il est regrettable que les «internés militaires italiens» aient été effectivement exclus du bénéfice des réparations sur la base d'un statut qui en fait leur avait été dénié. Il s'agit là précisément d'une des nombreuses violations commises par l'Allemagne nazie contre ces personnes : le déni de leur droit, en droit international, d'être traitées comme des prisonniers de guerre. Invoquer cette violation pour en commettre une autre, le déni de réparation, aboutit, comme le dit l'Italie, à «un vide juridique kafkaïen»<sup>296</sup>, de même qu'à une double injustice<sup>297</sup>.

#### 4. *Evaluation des conclusions des Parties*

268. Je vais maintenant me pencher sur les arguments des Parties concernant la question des réparations dues aux victimes mentionnées par l'Italie, tels qu'elles les ont présentés lors des procédures écrite et orale dans la présente affaire. Les pièces et conclusions de l'Allemagne n'indiquent pas généralement quelles victimes précises ont en fait bénéficié de réparations. Si l'Allemagne ne rend pas pleinement compte des réparations qu'elle a versées après 1945 en déclarant qu'«[i]l n'y a[vait] pas lieu de dresser ici un bilan complet de l'ensemble des réparations que les Puissances alliées ont reçues de l'Allemagne après 1945», elle fait néanmoins valoir que, dans le cadre des deux accords conclus par l'Allemagne et l'Italie en 1961, «des sommes considérables ont été versées à l'Italie»<sup>298</sup>; elle ajoute qu'elle a indemnisé l'Italie «pour des raisons d'équité», malgré la clause de renonciation que contenait le traité de paix<sup>299</sup>.

269. L'observation la plus révélatrice de l'Allemagne est celle où elle admet clairement que les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations en raison de l'interprétation donnée à la loi portant création de la fondation :

<sup>295</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.43. Des articles de doctrine attestent également que les internés militaires italiens n'avaient pas reçu de réparations pour leur travail forcé; voir R. Buxbaum, «German Reparations after the Second World War», *African-American Law and Policy Report*, vol. 6 (2004) p. 39.

<sup>296</sup> CR 2011/18, p. 33, par. 28.

<sup>297</sup> On a fait observer à cet égard que «[l]es Italiens n'étaient pas des prisonniers de guerre qui se trouvèrent également astreints à un travail forcé. En effet, l'exploitation de leur travail forcé était la principale raison de leur maintien en détention en Allemagne» (B. Fassbender, «Compensation for Forced Labour in World War II...», *op. cit. supra* note 290, p. 251). De plus, «les conditions de vie des Italiens étaient pires que celles des soldats alliés occidentaux capturés par l'Allemagne. En particulier, les détenus italiens étaient mal nourris.» Durant une troisième période, entre août 1944 et la fin de la guerre, on conféra aux soldats italiens détenus le statut de «travailleurs civils» (*Zivilarbeiter*) afin de pouvoir «exploiter leur force de travail de manière plus efficace» (*ibid.*, p. 244 (note 2)).

<sup>298</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 30-33.

<sup>299</sup> *Ibid.*, par. 33.

«Ce n'est qu'après que l'Allemagne a adopté la loi de 2000 sur la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» que l'Italie a fait des représentations auprès de celle-ci au sujet de *l'exclusion des internés militaires italiens de la portée ratione personae de cette loi. En tant que prisonniers de guerre, les membres de ce groupe n'avaient pas été pris en compte dans ce régime de réparation mis en place tardivement.*»<sup>300</sup>

270. Pour sa part, dans ses écritures, l'Italie relève qu'«[u]n très grand nombre de victimes n'étaient pas visées et n'ont jamais été dûment indemnisées»<sup>301</sup>. Si l'Italie reconnaît que l'Allemagne a adopté et mis en œuvre au cours des dernières décennies diverses mesures en réponse aux demandes de réparations des victimes d'atrocités de guerre, et relève que deux lois importantes (la loi fédérale d'indemnisation de 1953 et la loi portant création de la fondation du 2 août 2000) ont été adoptées, elle ajoute qu'aucune de ces deux lois ne pouvait constituer une voie de droit effective permettant aux victimes italiennes d'obtenir réparation<sup>302</sup>. A cet égard, l'Italie fait valoir que, dans le cadre de la loi fédérale d'indemnisation de 1953, les étrangers étaient généralement exclus du bénéfice d'une indemnisation et que, en ce qui concerne la loi portant création de la fondation,

«même si plus de 130 000 travailleurs forcés italiens présentèrent des demandes d'indemnisation au titre de la loi du 2 août 2000, la grande majorité de ces demandes (plus de 127 000) furent rejetées à cause des critères indûment restrictifs prévus par ce texte pour bénéficier de l'indemnisation»<sup>303</sup>.

271. L'Italie affirme également que

«les mesures adoptées jusqu'à présent par l'Allemagne (en vertu aussi bien d'accords pertinents que d'actes unilatéraux) se sont révélées insuffisantes, en particulier parce que plusieurs catégories de victimes, parmi lesquelles les internés militaires italiens et les victimes des massacres perpétrés par les forces allemandes pendant les derniers mois de la guerre, n'en ont pas bénéficié.»<sup>304</sup>

L'Allemagne pour sa part ne mentionne pas de victimes spécifiques et se contente de faire valoir de manière générale que des réparations furent versées dans le cadre d'«un régime global bénéficiant à tous les pays concernés et couvrant l'ensemble des dommages de guerre»<sup>305</sup>.

272. L'Allemagne rappelle également les montants forfaitaires versés à l'Italie et à la Grèce, et affirme qu'«[e]nviron 3 400 civils italiens ont

<sup>300</sup> Réplique de l'Allemagne, par. 13 (les italiques sont de moi).

<sup>301</sup> Contre-mémoire de l'Italie, par. 2.18.

<sup>302</sup> *Ibid.*, par. 2.20-2.21.

<sup>303</sup> *Ibid.*, par. 2.21.

<sup>304</sup> *Ibid.*, par. 7.9.

<sup>305</sup> CR 2011/20, p. 11-12.

été indemnisés par la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir» pour [leur] travail forcé» et que «quelque 1 000 internés militaires italiens ont été indemnisés pour cause de travail forcé dans le cadre du régime mis en place par ladite fondation»<sup>306</sup>. Quant à ce dernier groupe de victimes, l'Allemagne fait valoir qu'elle a décidé, «en 2000, de verser aux anciens travailleurs forcés une indemnisation *ex gratia*», mais admet ensuite que «les prisonniers de guerre ne bénéficiaient pas de ce régime particulier»; seuls «les internés militaires qui avaient également subi une persécution raciale ou idéologique avaient droit à des indemnités»<sup>307</sup>.

273. Il ressort des écritures susvisées que tous les «internés militaires italiens» n'ont pas reçu de réparations, mais seulement ceux qui avaient aussi été victimes d'«une persécution raciale ou idéologique»<sup>308</sup>. L'Italie répond à cet argument allemand que la question qui sous-tend le présent différend ne concerne pas ces dernières victimes mais bien l'«obligation d'accorder réparation à plusieurs milliers d'Italiens victimes de crimes de guerre qui n'ont reçu de réparation sous aucune forme que ce soit, ce que l'Allemagne a indirectement reconnu»<sup>309</sup>. L'Italie conclut ainsi que «l'Allemagne a donc reconnu de manière claire et sans réserve que le reste des victimes — autrement dit, pas les victimes de persécutions mais toutes les autres, qui représentent une large majorité — n'avaient nullement obtenu satisfaction»<sup>310</sup>.

274. Comme je l'ai déjà souligné, à la fin de l'audience de la Cour du 16 septembre 2011, l'une des questions que j'ai posées aux Parties visait à clarifier ce point de fait particulier: j'ai demandé si «les victimes italiennes auxquelles le défendeur se réfère spécifiquement [avaient] ... effectivement été indemnisées» et, si tel n'était pas le cas, si «elles [avaient] droit à une telle réparation et comment elles [pouvaient] être effectivement indemnisées, si ce n'est par une procédure de droit interne»<sup>311</sup>. Les réponses des Parties à cette question ont contribué à clarifier leurs positions respectives en la matière.

275. L'Allemagne pour sa part a semblé éluder la question en se référant à l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle) en affirmant que «la question de savoir si des réparations à raison d'actes commis pendant la seconde guerre mondiale étaient toujours dues ne constituait pas l'objet du présent différend porté devant la Cour»<sup>312</sup>.

<sup>306</sup> CR 2011/20, p. 12-13.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 13, par. 10.

<sup>308</sup> Auxquels l'Italie a déjà reconnu que des réparations ont été accordées, voir CR 2011/21, p. 25, par. 33.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 26, par. 35.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>312</sup> Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

Elle a aussi fait valoir que le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était un régime de réparation interétatique classique et global<sup>313</sup>, et ajouté que les victimes qui s'estimaient fondées à le faire pouvaient tenter une action contre l'Allemagne devant les tribunaux allemands<sup>314</sup>. L'Allemagne ne répond donc aucunement à la question factuelle de savoir si ces victimes spécifiques ont été indemnisées; elle semble éluder cette question en invoquant, de manière quelque peu équivoque, l'ordonnance de la Cour du 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle).

276. L'Italie pour sa part a répondu clairement à cette question précise en affirmant sans ambiguïté qu'«[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différé n'a reçu d'indemnisation»<sup>315</sup>. Elle ajoute que certaines de ces victimes n'ont jamais eu la possibilité de demander réparation parce qu'aucun mécanisme n'a été mis en place alors que d'autres tentaient en vain depuis presque une décennie d'obtenir réparation. L'Italie fait valoir en outre que les autorités allemandes semblent très réticentes à conclure un accord en vue d'indemniser ces catégories de victimes. Elle affirme également que la question de l'indemnisation des internés militaires italiens a été évoquée par l'ambassadeur d'Italie à Berlin lors de pourparlers relatifs à une éventuelle indemnisation par la fondation<sup>316</sup>.

277. L'Italie fait également valoir que, pour l'instant, il n'y a d'autres recours pour ces catégories de victimes que les recours internes et que, si ses tribunaux internes n'avaient pas refusé l'immunité, les victimes de crimes de guerre n'auraient disposé d'aucun autre recours pour obtenir réparation<sup>317</sup>. Dans ses observations sur la réponse écrite de l'Allemagne à ma question, l'Italie affirme en outre que les arguments de l'Allemagne démontrent clairement que de nombreuses victimes italiennes de crimes de guerre n'ont eu droit à aucune réparation, puisque l'Allemagne justifie son refus de les indemniser en soutenant que la clause de renonciation contenue dans l'article 77 du traité de paix de 1947 l'a exonérée de son obligation<sup>318</sup>. L'Alle-

<sup>313</sup> L'Italie conteste l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle le régime de réparation mis en place après la seconde guerre mondiale était «global». Elle fait valoir que l'Allemagne elle-même, tant dans ses écritures que dans ses plaidoiries, admet n'avoir indemnisé que «partiellement» les victimes italiennes de crimes de guerre. Elle ajoute que l'accord de 1961 ne prévoyait que l'indemnisation des victimes de persécution. Elle estime donc que l'assertion selon laquelle le régime de réparation était «global» ne peut être tenue pour exacte, en particulier en ce qui concerne les victimes italiennes de crimes de guerre. Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 1-2.

<sup>314</sup> Réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 3.

<sup>315</sup> Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

<sup>316</sup> *Op. cit. supra* note 315, p. 12-13.

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> Observations de l'Italie sur la réponse écrite de l'Allemagne aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 2.

magne n'a pas contesté l'assertion claire de l'Italie selon laquelle «[a]ucune des victimes entrant dans les catégories mentionnées dans les affaires qui sont à l'origine du présent différend n'a reçu d'indemnisation»<sup>319</sup> ; dans ses observations sur la réponse de l'Italie à ma question, l'Allemagne avait la possibilité de réfuter cette affirmation pour rétablir les faits. Or, elle est restée muette sur cette affirmation catégorique<sup>320</sup>, et cela mérite de retenir l'attention.

278. Comme je l'ai déjà indiqué, la question de savoir si des réparations ont ou non été versées doit être évaluée à la lumière du dossier de la Cour ; de larges possibilités ont été données aux parties de clarifier cette question dans leurs écritures et leurs plaidoiries. Je les ai en outre priées de répondre clairement à une question factuelle simple. L'Italie l'a fait ; l'Allemagne a éludé la question, faisant valoir que la question des réparations était exclue du présent différend par l'effet de l'ordonnance rendue par la Cour le 6 juillet 2010 (demande reconventionnelle). Cela est loin d'être convaincant ; si l'Allemagne avait répondu clairement à ma question, elle aurait aidé la Cour à clarifier encore cette question factuelle. Sur la base de ce qui précède, il ressort des pièces produites par les Parties et de leurs écritures que les victimes spécifiques visées dans la jurisprudence italienne récente n'ont pas en fait reçu de réparations.

279. Pour conclure sur cette question, le dossier de la Cour montre que l'Italie a affirmé à maintes reprises lors de la présente procédure qu'aucune des victimes visées dans la jurisprudence italienne récente n'avait reçu de réparations. Il s'agit là d'un argument fondamental, sur lequel repose la thèse de l'Italie. L'Allemagne a eu largement la possibilité, dans ses écritures et ses plaidoiries ainsi que dans ses réponses aux questions que j'ai posées aux Parties (*supra*), de même que dans ses observations relatives à ces réponses, de réfuter cet argument. Elle n'a pas produit d'éléments attestant qu'une réparation avait été versée à ces victimes spécifiques et s'est contentée de références générales à des paiements, tout en admettant que les «internés militaires italiens» étaient exclus du régime de réparation de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir».

280. En résumé, comme je l'ai déjà indiqué, l'Allemagne, en se fondant sur l'avis d'un expert (C. Tomuschat), n'a pas accordé de réparations par l'intermédiaire de la fondation aux prisonniers de guerre italiens utilisés comme travailleurs forcés (les «internés militaires italiens»). Elle a recouru à une évaluation qui l'a amenée à traiter ces victimes d'une manière qui selon moi aboutit à une double injustice. Premièrement, quand ils auraient pu bénéficier des droits attachés au statut de prisonniers de guerre, ce statut leur a été dénié ; et deuxièmement, maintenant qu'ils demandent réparation pour les violations du droit international humanitaire dont ils ont été vic-

<sup>319</sup> Réponse écrite de l'Italie aux questions posées par M. le juge Cançado Trindade au terme de l'audience publique du 16 septembre 2011, p. 12.

<sup>320</sup> Observations de l'Allemagne sur la réponse écrite de l'Italie à la question posée par M. le juge Cançado Trindade à l'audience publique tenue le 16 septembre 2011, p. 1-2.

times (y compris la violation consistant à leur dénier le statut de prisonniers de guerre), ils se voient traités comme des prisonniers de guerre.

281. Il est malheureusement trop tard pour les considérer comme des prisonniers de guerre (et, pire encore, pour leur refuser réparation): ils auraient dû être considérés ainsi durant la seconde guerre mondiale et dans la période qui a immédiatement suivi (aux fins de protection), mais ils ne l'ont pas été. Tels sont les faits, incontestés et bouleversants. Sur la base de ce qui précède, on peut donc enfin conclure, à partir du dossier de la Cour, que de nombreuses victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie n'ont en fait pas été indemnisées.

XXV. L'IMPÉRATIF D'ACCORDER RÉPARATION AUX VICTIMES  
INDIVIDUELLES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME  
ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

1. *La réalisation de la justice en tant que forme de réparation*

282. Selon moi, il est impératif d'accorder réparation aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en cause dans la présente espèce. Le droit à réparation de la victime individuelle est inéluctablement lié aux violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire dont elle a souffert. Dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, les invocations concurrentes du droit à des réparations de guerre et des immunités de l'Etat n'auraient pas du tout dû être dissociées, et assurément pas de la manière dont elles l'ont été par la Cour dans son ordonnance du 6 juillet 2010 rejetant sommairement la demande reconventionnelle italienne. Cette décision a été prise par la Cour (avec ma vigoureuse opinion dissidente) sans tenir d'audience publique sur le fondement de deux paragraphes succincts (28 et 29) contenant chacun une *petitio principii*, une simple pétition de principe<sup>321</sup>.

283. Néanmoins, comme je l'ai souligné dans la présente opinion dissidente (par. 18-23 *supra*), les Parties, l'Allemagne et l'Italie, ont continué à évoquer le contexte factuel et historique de la présente affaire, formulant leurs arguments opposés sur les immunités de l'Etat. Ce n'est pas surprenant, car les demandes concernant les immunités de l'Etat et les réparations de guerre sont, dans les circonstances de la présente espèce, inévitablement liées comme les deux faces d'une même médaille. C'est l'une des nombreuses leçons à tirer de la présente affaire. Son contexte factuel confirme que, chaque fois qu'un Etat veut se placer au-dessus de la loi, des abus sont

<sup>321</sup> Voir *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 91, par. 111.

commis contre des êtres humains<sup>322</sup>, notamment des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

284. *L'état de droit* implique des restrictions imposées au pouvoir de l'Etat par le droit, car aucun Etat n'est au-dessus de celui-ci ; l'état de droit vise à préserver et garantir certaines valeurs fondamentales, conformément à la doctrine du droit naturel. Lorsque ces valeurs sont oubliées dans l'édification d'un appareil étatique d'oppression aboutissant à des violations systématiques et graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, le droit réagit. Et la *réalisation de la justice*, qui intervient aussi pour mettre un terme à l'impunité, constitue selon moi en elle-même une forme pertinente de réparation (satisfaction) au profit des victimes.

## 2. La réparation en tant que réaction du droit aux violations graves

285. Elle ressemble effectivement à une réaction du droit à la violence extrême s'abattant sur des êtres humains. Nous entrons ici dans le domaine du *ius cogens* (voir *infra*) ; le droit réagit pour affirmer sa primauté sur la force brutale, pour essayer de réguler les relations humaines selon les préceptes de la *recta ratio* (du droit naturel) et pour atténuer les souffrances humaines. D'où l'impératif que justice soit faite et d'accorder une réparation aux victimes. Dans son ouvrage *L'Ordinamento Giuridico* (initialement publié en 1918), le philosophe du droit italien Santi Romano soutenait que la sanction n'était pas circonscrite à des formes juridiques spécifiques mais était immanente à l'ordre juridique dans son ensemble, opérant comme une «garantie effective» de tous les droits subjectifs existant dans cet ordre<sup>323</sup>. Face à des actes d'une violence extrême dont sont victimes des êtres humains, et qui violent les droits fondamentaux qui leur sont inhérents, l'ordre juridique (national et international) réagit afin d'assurer la primauté de la justice et de permettre la réparation (satisfaction) au bénéfice des victimes.

286. J'ai eu l'occasion, il y a une décennie, de me pencher sur ce point particulier lors du jugement d'une affaire par une autre juridiction internationale (la CIADH). J'ai fait observer à cette occasion que le droit, qui émane en dernière analyse de la conscience humaine qui le fait évoluer, est là pour accorder la *reparatio* (du latin *reparare*, «préparer de nouveau») ; et le droit intervient en outre pour garantir la non-répétition des actes dommageables<sup>324</sup>. La *reparatio* ne met pas fin aux violations des droits de l'homme déjà commises<sup>325</sup>, mais au moins elle évite l'aggravation (par l'indifférence du milieu social, par l'impunité ou par l'oubli) du mal déjà fait.

<sup>322</sup> E. Cassirer, *El Mito del Estado*, op. cit. supra note 191, p. 311-319 ; A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2<sup>e</sup> éd., Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 314-315.

<sup>323</sup> Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad., 2<sup>e</sup> éd.), Paris, Dalloz, 2002 (rééd.), p. 16.

<sup>324</sup> CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 35.

<sup>325</sup> La capacité de l'homme de promouvoir le bien commun comme de commettre le mal n'a pas cessé d'attirer l'attention des penseurs tout au long des siècles ; voir par exemple F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, p. 9-196 ; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, op. cit. supra note 253, p. 5-412.

287. Dans cette perspective, la *reparatio* revêt selon moi une double signification que j'ai définie en cette occasion :

«elle donne satisfaction (comme forme de réparation) aux victimes, ou aux membres de leur famille, dont les droits ont été violés, et dans le même temps rétablit l'ordre juridique rompu par ces violations, un ordre juridique édifié dans le respect intégral des droits inhérents à la personne humaine. L'ordre juridique, ainsi rétabli, exige la garantie de la non-répétition des actes dommageables...

La *reparatio* redispose, réorganise la vie des survivants victimisés, mais elle ne réussit pas à éliminer la souffrance qui a déjà été inévitablement incorporée à leur existence quotidienne. La perte est, de ce point de vue, rigoureusement irréparable. Pourtant, la *reparatio* constitue une obligation à laquelle ceux qui ont la responsabilité de faire justice ne peuvent se soustraire. A un stade avancé du développement de la conscience humaine, et donc du droit lui-même, il n'est pas douteux que la réalisation de la justice surmonte tous les obstacles, y compris ceux qui découlent de l'invocation abusive de règles ou institutions du droit positif, rendant ainsi *imprescriptibles* les violations graves des droits de l'homme... La *reparatio* est une réaction, au niveau du droit, à la cruauté humaine, qui se manifeste sous les formes les plus diverses: la violence dans le traitement d'êtres humains *semejantes*, l'impunité dont bénéficient les responsables de la part des pouvoirs publics, l'indifférence et l'oubli du milieu social.

Cette réaction de l'ordre juridique rompu (dont le *substratum* est précisément le respect des droits de l'homme) est suscitée, en dernière analyse, par l'esprit de solidarité humaine... La réparation, ainsi comprise, qui inclut, dans le cadre de la réalisation de la justice, la satisfaction accordée aux victimes (ou aux membres de leur famille) et la garantie de non-répétition des actes dommageables ... revêt une importance indéniable. Le rejet de l'indifférence et de l'oubli, et la garantie de la non-répétition des violations, sont des manifestations des liens de solidarité entre ceux qui ont été victimisés et ceux qui peuvent l'être, dans le monde violent, dépourvu de valeurs, dans lequel nous vivons. Cela constitue en dernière analyse une expression éloquente des liens de solidarité qui unissent les vivants à leurs morts<sup>326</sup> ... »<sup>327</sup>

#### XXVI. LA PRIMAUTÉ DU *JUS COGENS*: UNE RÉFUTATION DE SA DÉCONSTRUCTION

288. Cela m'amène à ma dernière série de considérations. Dans la présente opinion dissidente, j'ai déjà exprimé ma ferme opposition à la pos-

<sup>326</sup> Sur ces liens de solidarité, voir mes opinions individuelles dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêts de la CIADH sur le fond du 25 novembre 2000 et sur les réparations du 22 février 2002.

<sup>327</sup> CIADH, affaire *Bulacio c. Argentine*, arrêt du 18 septembre 2003, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 36 et 38-40.

ture de stagnation adoptée en ce qui concerne le *jus cogens* chaque fois que l'immunité de l'Etat est invoquée (par. 224-227 *supra*). En fait, à cet égard comme à d'autres (méthodologie, approche adoptée et suivie, raisonnement et conclusions), il semble y avoir un abîme entre ma propre position et celle de la majorité de la Cour dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. J'ai exposé les fondements de ma position personnelle sur les questions envisagées dans le présent arrêt, mais je souhaiterais maintenant axer mon opinion dissidente, enfin, sur un point qui m'est particulièrement cher : la consolidation et la primauté du *jus cogens* en droit international. En effet, sans la primauté du *jus cogens*, l'avenir du droit international serait bien sombre. Je ne pourrais l'accepter, car alors tout espoir d'un avenir meilleur disparaîtrait.

289. Je suis un juge survivant de l'exercice douloureux de la fonction judiciaire internationale dans une série d'affaires de massacres récemment portées devant une juridiction internationale contemporaine, la CIDH, qui ont pour moi été l'occasion d'être en contact avec la part la plus sombre de la nature humaine. Maintenant que ces affaires ont été tranchées et appartiennent à l'histoire du droit international contemporain (et en particulier du droit international des droits de l'homme), j'ai organisé mes souvenirs de cette expérience<sup>328</sup>, afin que les générations présentes et futures de publicistes (les spécialistes du droit des gens) puissent peut-être bénéficier des enseignements que j'en ai tirés. Je n'ai pas l'intention de rappeler ces enseignements dans la présente opinion dissidente, mais seulement de m'y référer brièvement pour faire observer que, selon moi, on ne peut envisager des affaires concernant des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire sans accorder l'attention qu'elles méritent aux *valeurs fondamentales de l'humanité*. Contrairement à ce que suppose le positivisme juridique, le droit et l'éthique sont indissolublement liés, et il ne faut pas l'oublier pour réaliser fidèlement la justice aux niveaux national et international.

290. L'invocation des « considérations élémentaires d'humanité »<sup>329</sup> ne peut être que rhétorique, et manquer de cohérence en n'anticipant et n'envisageant pas les conséquences de l'application de ces considérations en pratique. De plus, il ne faut pas adopter une vue très restrictive de l'*opinio juris*<sup>330</sup>, en la réduisant à l'élément subjectif de la coutume et en l'éloignant des principes généraux du droit au point de n'en pas du tout tenir compte<sup>331</sup>. Dans la présente espèce, « les actes commis, sur le territoire de

<sup>328</sup> A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. *supra* note 256, p. 1-340 ; voir aussi A. A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (allocution inaugurale du 10 novembre 2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71 ; A. A. Cançado Trindade, « Die Entwicklung des inter-amerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 70 (2010), p. 629-699, en particulier p. 695-699.

<sup>329</sup> Voir arrêt, par. 52.

<sup>330</sup> Voir *ibid.*, par. 55.

<sup>331</sup> Voir *ibid.*, par. 78.

l'Etat du for, par les forces armées d'un Etat étranger»<sup>332</sup> (comme la Cour les dépeint) sont des «actes» dont l'illégalité a été reconnue par l'Etat responsable lui-même, l'Allemagne, «à toutes les étapes de la procédure»<sup>333</sup> dans la présente affaire. Il ne s'agit pas d'*acta jure imperii*<sup>334</sup>, comme la Cour les qualifie à maintes reprises ; il s'agit d'actes illicites, de *delicta imperii*, d'atrocités, de crimes internationaux de la pire gravité, engageant la responsabilité de l'Etat et des individus qui les ont commis. La distinction traditionnelle entre actes *jure imperii* et *jure gestionis*, comme je l'ai déjà indiqué, est dénuée de pertinence dans une affaire aussi grave que la présente affaire.

291. Le principe de l'égalité souveraine des Etats est effectivement un principe fondamental applicable au niveau des relations *inter-étatiques*<sup>335</sup> : eût-il été dûment observé, ces atrocités ou crimes internationaux n'auraient pas été commis de la manière et à l'époque où ils l'ont été (en 1943-1945). Quoi qu'il en soit, ce principe n'est pas le *punctum pruriens* car en l'espèce nous avons affaire à des atrocités ou crimes internationaux commis au niveau *intra-étatique*. Les principes fondamentaux en cause sont ici, selon moi, le principe d'humanité et le principe de la dignité humaine. J'estime que l'immunité de l'Etat ne peut être indûment placée<sup>336</sup> au-dessus de la responsabilité de l'Etat à raison de crimes internationaux et son corollaire inéluctable, l'obligation de l'Etat responsable d'indemniser les victimes.

292. Comme je l'ai déjà indiqué, la jurisprudence constante de la Cour de La Haye (la CPJI et la CIJ) confirme que, par principe, une violation du droit international et l'obligation correspondante de réparer forment un *tout indissoluble*, de telle manière que l'immunité est privée d'effets. On ne peut faire opérer les immunités de l'Etat, comme dans le présent arrêt, tel un coup de tonnerre au milieu d'une tempête violente (le cataclysme sociétal de la seconde guerre mondiale) qui tomberait sur ce tout indissoluble en le démantelant. Comme je l'ai également indiqué, l'immunité de l'Etat n'est pas un droit, c'est une prérogative ou un privilège ; elle ne peut être retenue d'une manière qui aboutisse à une injustice manifeste.

293. Afin de justifier la confirmation de l'immunité de l'Etat jusque dans les circonstances de la présente espèce, la majorité de la Cour se livre à un exercice factuel empirique consistant à recenser la jurisprudence incongrue de tribunaux internes et la pratique incohérente des législations nationales sur la question en cause. Cet exercice est caractéristique des méthodes du positivisme juridique, qui accorde une attention exagérée aux faits pour oublier les valeurs. Quoi qu'il en soit, même considéré en lui-même, l'examen des décisions des tribunaux internes n'est à mes yeux pas du tout concluant s'agissant de confirmer l'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux.

<sup>332</sup> Voir arrêt, par. 65.

<sup>333</sup> Voir *ibid.*, par. 60.

<sup>334</sup> Voir *ibid.*, par. 60, de même que par. 61-65, 72 et 77.

<sup>335</sup> Voir *ibid.*, par. 57.

<sup>336</sup> Voir *ibid.*, par. 90 et 106.

294. Quant aux législations nationales, de rares dispositions législatives dans une poignée d'États<sup>337</sup> ne sauraient selon moi empêcher de refuser l'immunité dans les cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Telles sont les manifestations du positivisme qui aboutissent à une fossilisation du droit international et révèlent son sous-développement persistant, et non son développement progressif comme on pourrait l'espérer. Cette méthodologie induite est associée à des conceptualisations inadéquates et peu persuasives du type de celles qui sont si répandues dans les professions juridiques, comme l'opposition des règles «primaires» aux règles «secondaires», des règles «procédurales» aux règles «matérielles»<sup>338</sup>, ou des obligations de «comportement» à celles de «résultat». Des mots, des mots, des mots... Où sont les valeurs?

295. Le recours à des conceptualisations de ce type peut parfois aboutir à une injustice manifeste, comme dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Une fois encore la Cour oppose le droit procédural (dans lequel elle situe l'immunité, comme elle l'a fait dans son arrêt de 2002 en l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, qui opposait la République démocratique du Congo à la Belgique) et le droit matériel<sup>339</sup>. Selon moi, la distinction entre droit procédural et droit matériel n'est viable ni ontologiquement ni déontologiquement: la forme conforme le fond. La procédure judiciaire n'est pas une fin en soi, c'est un moyen de réaliser la justice. Et l'application du droit matériel est finaliste, elle vise à faire justice.

296. Dans le présent arrêt, la majorité de la Cour part de l'hypothèse erronée selon laquelle il n'existe ou ne peut exister de conflit entre les «règles [matérielles] du *jus cogens*» (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») et «celles qui régissent l'immunité de l'Etat», des règles procédurales<sup>340</sup>. Cette hypothèse tautologique amène la Cour à confirmer l'immunité de l'Etat même dans les graves circonstances de la présente affaire. Il y a ainsi un conflit de fond, même si un conflit formel ne peut être discerné. Le fait demeure qu'un conflit existe bien, et le raisonnement de la Cour aboutit à ce que je considère comme une destruction infondée du *jus cogens*, qui prive ce dernier de ses effets et de ses conséquences juridiques.

297. Ce n'est pas la première fois que cela se produit; c'est déjà arrivé, par exemple au cours de la dernière décennie dans les arrêts que la Cour a rendus dans les affaires du *Mandat d'arrêt* (2002) et des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)* (2006), rappelés avec approbation par la Cour dans le présent arrêt<sup>341</sup>. Il est grand temps d'accorder au *jus cogens* l'attention qu'il appelle et mérite. Sa déconstruction, comme dans la présente affaire,

<sup>337</sup> Voir arrêt, par. 88.

<sup>338</sup> Voir *ibid.*, par. 58 et 100.

<sup>339</sup> *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3. Et voir arrêt, par. 58.

<sup>340</sup> Voir arrêt, par. 93, de même que par. 95.

<sup>341</sup> Voir *ibid.*, par. 95.

porte préjudice non seulement aux victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, mais aussi au droit international contemporain lui-même. En résumé, selon moi, il ne peut y avoir de prérogative ni de privilège d'immunité de l'Etat en cas de crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles, ou la déportation de civils et prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues du *jus cogens*, pour lesquelles il ne saurait y avoir d'immunités.

298. On ne peut continuer d'envisager des immunités de l'Etat dans une perspective atomisée ou autosuffisante (en les considérant dans un vide): il faut le faire dans le cadre d'une vision globale de l'intégralité du droit international contemporain et de son rôle au sein de la communauté internationale. Le droit international ne peut être gelé en maintenant et en prolongeant les omissions du passé, que ce soit au plan normatif (par exemple lors de la rédaction de la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004) ou au plan judiciaire (par exemple la décision majoritaire de la CEDH [Grande Chambre] dans l'affaire *Al-Adsani* en 2001 et l'arrêt de la Cour dans la présente affaire), que j'ai déjà évoquées. L'assertion par la Cour dans le présent arrêt selon laquelle, du point de vue analogique, il n'y a rien «d'intrinsèque à la notion de *jus cogens*» qui imposerait de modifier ou d'écarter l'application des règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction<sup>342</sup> ne fait qu'éluder la question: elle nécessite une démonstration persuasive qui n'a pas été faite à ce jour.

299. La Cour ne peut, par ses décisions, demeurer indifférente aux immenses souffrances des victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ni les oublier; elle ne peut continuer d'accorder une attention indue aux sensibilités apparentes des Etats au point de se rendre complice d'un déni de justice, en conférant indûment aux immunités de l'Etat une valeur absolue. Bien au contraire, les victimes individuelles d'atrocités des Etats ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles qui prévalent dans la présente affaire concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne doit pas faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme l'objectif ultime. Assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert. Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, empêchant ainsi un déni de justice et l'impunité.

## XXVII. UNE RÉCAPITULATION: CONCLUSIONS

300. Il ressort à l'évidence de toutes les considérations qui précèdent que ma position, en ce qui concerne tous les points qui constituent l'objet

<sup>342</sup> Voir arrêt, par. 95.

du présent arrêt dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, est clairement opposée à celle que la majorité de la Cour a fait sienne. Mon opinion dissidente repose non seulement sur l'évaluation des arguments formulés devant la Cour par les Parties (l'Allemagne et l'Italie) et l'Etat intervenant (la Grèce), mais surtout sur des questions de principe et sur des valeurs fondamentales, auxquelles j'attache encore plus d'importance. Je me suis donc ainsi senti obligé, dans l'exercice scrupuleux de la fonction judiciaire internationale, d'exposer dans la présente les fondements de mon opinion dissidente. J'estime approprié, à ce stade, de récapituler tous les points de cette opinion tant par souci de clarté que pour en souligner la connexité.

301. *Primus*: On ne peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un procès, en acceptant le passage du temps et l'évolution du droit par rapport à certains faits mais non à d'autres, s'agissant de la même situation *continue*. On ne peut se cacher derrière des dogmes statiques pour échapper aux conséquences juridiques de la perpétration d'atrocités dans le passé; l'évolution du droit doit être prise en considération. *Secundus*: De même, on ne peut faire abstraction du contexte factuel de la présente affaire; les immunités de l'Etat ne peuvent être considérées dans un vide, il s'agit d'une question inéluctablement liée aux faits qui sont à l'origine d'une affaire contentieuse. La reconnaissance de cette connexité s'impose encore plus dans une affaire unique et sans précédent comme la présente affaire, dans laquelle l'Etat demandeur, tout au long de la procédure devant la Cour (phases écrite et orale), a reconnu sa propre responsabilité à raison des actes préjudiciables qui sont à l'origine de la présente affaire et en constituent le contexte factuel.

302. *Tertius*: Il y a eu des développements doctrinaux, émanant d'une génération de juristes qui ont été témoins des horreurs des deux dernières guerres du XX<sup>e</sup> siècle, qui ne suivaient pas du tout une approche centrée sur l'Etat et étaient axés sur les valeurs humaines fondamentales et sur la personne humaine, et étaient fidèles aux origines historiques du droit des gens, comme on devrait l'être de nos jours. Les immunités de l'Etat sont après tout une prérogative ou un privilège, et elles ne peuvent continuer à faire abstraction de l'évolution du droit international qui se produit de nos jours à la lumière des valeurs humaines fondamentales.

303. *Quartus*: La doctrine du droit international contemporain la plus éclairée, notamment les travaux d'institutions savantes de droit international, réduit progressivement la tension entre l'immunité de l'Etat et le droit d'accès à la justice, à juste titre en faveur de ce dernier, en particulier dans les cas de crimes internationaux. Elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de justice et d'éviter l'impunité lorsque des crimes internationaux ont été commis, s'efforçant ainsi de garantir leur non-répétition à l'avenir. *Quintus*: Le seuil de *gravité* des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire lève tout obstacle à la compétence lorsqu'il s'agit d'indemniser les victimes individuelles. Il est effectivement important que toutes les atrocités de masse soient de nos jours considérées à la

lumière de ce seuil de *gravité*, quels que soient leurs auteurs. Les politiques d'Etat criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités d'Etat ne doivent pas être couvertes par le bouclier de l'immunité de l'Etat.

304. *Sextus*: Les renonciations interétatiques à des droits inhérents à la personne humaine sont inadmissibles; elles sont contraires à l'ordre public international et doivent être privées de tout effet juridique. Cela est profondément gravé dans la conscience humaine, dans la *conscience juridique universelle*, source matérielle ultime de l'ensemble du droit. *Septimus*: A l'époque de la seconde guerre mondiale, la déportation pour travail forcé (en tant que forme d'esclavage) était déjà interdite par le droit international. Bien avant la seconde guerre mondiale, son illicéité était déjà largement reconnue au niveau normatif (dans la convention IV de La Haye de 1907 et dans la convention de l'OIT de 1930 sur le travail forcé); cette prohibition était aussi reconnue dans les œuvres de codification, et elle l'a de plus été judiciairement. *Octavus*: Le droit à des réparations de guerre a de même été reconnu bien avant la fin de la seconde guerre mondiale (dans la convention IV de La Haye de 1907).

305. *Nonus*: Ce sont les crimes internationaux, et non les actions individuelles en réparation intentées pour obtenir justice, qui compromettent ou déstabilisent l'ordre juridique international. Ce qui trouble l'ordre juridique international, c'est l'occultation de ces crimes internationaux accompagnée de l'impunité de leurs auteurs, et non la quête de justice des victimes. Lorsqu'un Etat mène une politique criminelle consistant à assassiner des segments de sa propre population et de la population d'autres Etats, il ne peut par la suite se placer derrière le bouclier des immunités souveraines, car ces dernières n'ont jamais été conçues à cette fin.

306. *Decimus*: Les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire assimilables à des crimes internationaux sont des actes antijuridiques, des violations du *jus cogens* qui ne peuvent être simplement effacées ou jetées dans l'oubli en invoquant l'immunité de l'Etat. *Undecimus*: Les crimes internationaux commis par des Etats ne sont pas des actes *jure gestionis* ni des actes *jure imperii*; ce sont des crimes, des *delicta imperii*, pour lesquels il n'y a pas d'immunité. Cette distinction traditionnelle battue en brèche est dénuée de pertinence en l'espèce.

307. *Duodecimus*: En cas de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, l'*accès direct* des individus concernés à la juridiction internationale est ainsi pleinement justifié afin qu'ils puissent faire valoir ces droits, même contre leur propre Etat. *Tertius decimus*: Les individus sont de fait des sujets du droit international (pas seulement des «acteurs») et, chaque fois que la doctrine juridique s'est écartée de cette proposition, les conséquences et les résultats ont été catastrophiques. Les individus sont titulaires de droits et débiteurs d'obligations qui émanent *directement* du droit international (le *jus gentium*). Les développements convergents intervenus lors des dernières décennies en droit international des droits de l'homme, en droit international humanitaire et en droit international des réfugiés, puis en droit pénal international, l'attestent sans équivoque.

308. *Quartus decimus*: Ce n'est pas du tout l'immunité de l'Etat qui ne peut être refusée. Il n'y a pas d'immunité pour les crimes contre l'humanité. En cas de crimes internationaux, de *delicta imperii*, ce qui ne peut être refusé est le droit d'accès à la justice de l'individu, qui comprend le droit à réparation pour les violations graves des droits qui lui sont inhérents en tant qu'être humain. En l'absence de ce droit, il n'y a absolument pas de système juridique crédible, aux niveaux national comme international.

309. *Quintus decimus*: La constatation de violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire fournit un critère précieux pour la levée de tout obstacle à la compétence, eu égard à l'impératif de réalisation de la justice. *Sextus decimus*: Peu importe que l'acte préjudiciable violant gravement les droits de l'homme ait été le fait d'un Etat ou d'une personne privée avec l'acquiescement de l'Etat, ou qu'il ait été commis entièrement ou non dans l'Etat du for (la déportation pour travail forcé est un crime transfrontière). L'immunité de l'Etat n'a pas cours dans le domaine de la réparation des violations graves des droits fondamentaux de la personne humaine.

310. *Septimus decimus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* comprend non seulement l'accès formel à la justice (le droit d'introduire une instance) au moyen d'un recours effectif, mais aussi les garanties d'une procédure régulière (avec l'égalité des armes dans le cadre d'un procès équitable) jusqu'au jugement (la prestation juridictionnelle) et son exécution intégrale, la réparation due étant accordée. La réalisation de la justice est en elle-même une forme de réparation, accordant *satisfaction* à la victime. De cette manière, le droit au Droit des victimes de l'oppression est dûment réalisé.

311. *Duodevicesimus*: Même dans le domaine des immunités de l'Etat proprement dit, des changements ont été reconnus, dans le sens d'une restriction ou d'un refus de ces immunités dans le cas de violations graves, en raison de l'apparition du droit international des droits de l'homme, l'attention voulue ayant été accordée au droit d'accès à la justice et à l'obligation internationale de rendre des comptes. *Undevicesimus*: L'obligation de l'Etat d'indemniser les victimes individuelles de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire est une obligation qui découle du droit international coutumier et d'un principe général fondamental du droit.

312. *Vicesimus*: Il existe aujourd'hui une tendance croissante en faveur du refus de l'immunité en cas de crimes internationaux lorsque les victimes demandent réparation. De fait, admettre qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat dans le domaine des relations commerciales ou en matière quasi délictuelle (par exemple, dans le domaine des accidents de la route), tout en insistant pour permettre aux Etats de s'abriter derrière l'immunité en cas de crimes internationaux marqués par des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commis dans le cadre de politiques étatiques (criminelles), constitue une absurdité juridique.

313. *Vicesimus primus*: Le droit d'accès à la justice *lato sensu* doit être envisagé en prêtant attention à son essence en tant que droit fondamental et non à ses «restrictions» admissibles ou implicites. *Vicesimus secundus*: Les

violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent des violations du *jus cogens* qui engagent la responsabilité de l'Etat et donnent naissance à un droit à réparation au profit des victimes. Cela est conforme à l'idée de rectitude (selon la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques — *Recht/diritto/droit/direito/derecho/right*) dans son ensemble.

314. *Vicesimus tertius*: Il est injustifié d'affirmer que le régime des réparations pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire s'épuiserait au niveau interétatique au détriment des victimes des conséquences des crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Il ressort clairement du dossier de la présente affaire qu'il y a des internés militaires italiens, victimes de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par l'Allemagne nazie, qui n'ont effectivement pas été indemnisés à ce jour. *Vicesimus quartus*: Ces victimes individuelles d'atrocités étatiques ne peuvent être laissées sans aucune forme de recours. L'immunité de l'Etat n'est pas censée faire obstacle à la compétence dans des circonstances comme celles de la présente espèce concernant les *Immunités juridictionnelles de l'Etat*. Elle ne saurait faire obstacle à la *réalisation de la justice*. La recherche de la justice doit être préservée comme objectif ultime; assurer la justice au bénéfice des victimes consiste notamment à leur permettre de demander et d'obtenir réparation pour les crimes dont elles ont souffert.

315. *Vicesimus quintus*: On ne saurait partir de l'hypothèse fautive et formaliste de l'absence de conflit entre règles «procédurales» et «matérielles» et priver le *jus cogens* de ses effets et conséquences juridiques. Le fait demeure qu'il existe bien un conflit, et la primauté revient au *jus cogens*, qui résiste à cette tentative infondée de le déconstruire et y survit. Il ne peut y avoir de prérogative ou de privilège de l'immunité de l'Etat dans le cas des crimes internationaux, comme les massacres de populations civiles et la déportation de civils et de prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé: il s'agit de violations graves d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*, pour lesquelles il ne peut y avoir d'immunités.

316. *Vicesimus sextus*: Le *jus cogens* est au-dessus de la prérogative ou du privilège de l'immunité de l'Etat, avec toutes les conséquences qui en découlent, de manière à éviter un déni de justice et l'impunité. Sur la base de tout ce qui précède, je suis fermement convaincu qu'il n'y a pas d'immunité de l'Etat pour les crimes internationaux, pour les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Selon moi, c'est ce que la Cour internationale de Justice aurait dû décider dans le présent arrêt.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.