

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE YUSUF

[Traduction]

Question essentielle en la présente affaire ayant été de savoir si les tribunaux italiens avaient violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne — Tribunaux italiens ayant écarté l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions en réparation liées à des violations graves du droit humanitaire en l'absence d'autre voie de recours — Cour n'ayant pas traité comme il convenait cette question essentielle — Cour s'étant attachée à la portée de l'immunité en ce qui concerne les actes jure imperii commis par des forces armées pendant un conflit armé et à l'importance des normes de jus cogens — Cour n'ayant pas, du fait de cette approche, traité comme il se devait la situation vécue par les victimes des atrocités nazies ne disposant d'aucune autre voie de recours — Immunité ne devant pas être utilisée comme rempart lorsque aucune autre voie de recours n'est disponible — Saisine des juridictions nationales italiennes ayant été la dernière tentative des victimes d'obtenir réparation — Immunité n'étant pas une valeur immuable en droit international — Portée de l'immunité s'étant réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains — Immunité de l'Etat faisant penser à un gruyère — Pratique des Etats révélant des divergences considérables quant à l'étendue et à la portée de l'immunité — Incertitudes sur les règles coutumières ne pouvant être levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires — Droit international coutumier n'étant pas qu'une question de chiffres — Nécessité d'examiner les circonstances et la nature de chaque affaire ainsi que les facteurs qui la sous-tendent — Possibilité de recourir également aux principes généraux des droits de l'homme et du droit humanitaire — Equilibre devant être recherché entre la fonction de l'immunité et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et du droit humanitaire — Nécessité d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité lorsque les règles coutumières se révèlent fragmentaires et incertaines — Evolution du droit de l'immunité s'étant souvent produite par le biais de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées — Juridictions nationales cristallisant, en se déclarant compétentes, une exception naissante à l'immunité des Etats — Juridictions nationales ne pouvant écartier l'immunité chaque fois qu'est présentée une demande de réparation à raison de violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme — Juridictions pouvant, en se déclarant compétentes dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, contribuer à un meilleur respect du droit international humanitaire sans porter indûment atteinte à l'immunité.

I. INTRODUCTION

1. Je ne peux malheureusement souscrire à la conclusion de la majorité selon laquelle

«la République italienne a manqué à son obligation de respecter l'immunité reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le

droit international en permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand entre 1943 et 1945».

2. Je suis également en désaccord avec le raisonnement et les motifs sur lesquels cette conclusion repose.

3. Mon désaccord porte en particulier sur le fait que l'arrêt ne traite qu'incidemment les questions qui étaient au cœur du différend entre les Parties ; sur l'absence d'analyse appropriée de l'obligation de réparation à raison de violations du droit international humanitaire, obligation qui est étroitement liée au refus de reconnaître l'immunité de l'Etat en la présente affaire ; sur le raisonnement et les conclusions de la majorité concernant la portée et l'étendue de l'immunité des Etats en droit international et les cas où il peut y être dérogé ; enfin, sur l'approche suivie quant au rôle que jouent les juridictions nationales dans la détermination et l'évolution des normes du droit international coutumier, notamment dans le domaine de l'immunité de l'Etat.

J'exposerai ci-après mes vues sur ces questions.

II. LES QUESTIONS ESSENTIELLES QUI SE POSENT À LA COUR

4. La question de l'immunité de juridiction des Etats étrangers devant les tribunaux nationaux dans des affaires où sont en cause des violations graves des droits de l'homme ou du droit humanitaire a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux au cours de ces dernières années, et donné lieu à des décisions contradictoires de la part de juridictions relevant de divers ordres. Les questions essentielles qui se posaient à la Cour en la présente instance avaient toutefois une portée bien plus limitée. Elles avaient trait aux décisions prises par certaines juridictions italiennes d'écarter l'immunité de l'Allemagne à l'égard d'actions qui se rapportaient à des demandes en réparation découlant d'actes commis par le III^e Reich entre 1943 et 1945, actes dont l'Allemagne a reconnu qu'ils étaient illicites.

5. Les affaires portées devant les juridictions italiennes concernaient certaines catégories de victimes (voir, sur ce point, le paragraphe 52 de l'arrêt) que l'Allemagne n'aurait pas indemnisées, les privant ainsi de toute possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi. La Cour devait donc déterminer si le refus, par les juridictions italiennes, d'accorder à l'Allemagne l'immunité de juridiction à l'égard des actions engagées par des victimes de crimes nazis cherchant à obtenir réparation et indemnisation constituait, en l'absence d'autre voie de recours, un fait internationalement illicite. Elle y a répondu par l'affirmative, ce à quoi je ne puis souscrire, d'autant que je suis aussi en désaccord avec l'approche qui a été adoptée à cet égard.

6. La Cour a reconnu qu'elle avait compétence pour déterminer si le fait que l'Allemagne — qui a reconnu que le traitement que leur avait infligé le III^e Reich était illicite — n'ait pas indemnisé ces catégories de victimes pouvait avoir une incidence sur l'existence et la portée de l'im-

munité de juridiction de l'Allemagne devant les tribunaux italiens, et, dès lors, si ces derniers étaient juridiquement fondés, dans ces circonstances particulières, à dénier l'immunité à l'Allemagne (arrêt, par. 50). Or, dans son examen au fond, la Cour s'est presque entièrement limitée à la question de «savoir si l'immunité est applicable aux actes commis par les forces armées d'un Etat ... dans le cadre d'un conflit armé» (*ibid.*, par. 61).

7. Cette manière d'aborder les questions essentielles posées en l'espèce est, selon moi, par trop abstraite et formaliste au regard de la situation vécue par les victimes des atrocités nazies qui, faute d'autres voies de recours, ont été contraintes de présenter leurs demandes de réparation aux tribunaux italiens. Le différend soumis à la Cour ne portait pas, d'une manière générale, sur l'applicabilité de l'immunité aux actes illicites commis par les forces armées d'un Etat pendant un conflit armé. Il s'agit là d'un sujet très vaste, qu'il est préférable de laisser aux écrits et débats doctrinaux. En l'espèce, le différend portait sur la décision des juridictions italiennes d'écarter l'immunité de juridiction de l'Allemagne afin de permettre à certaines catégories de victimes italiennes — qui avaient cherché en vain à obtenir réparation à raison de crimes commis par le III^e Reich et reconnus par l'Allemagne — de bénéficier d'une autre voie de recours.

8. L'Italie n'a cessé d'insister sur ce point, tant dans ses écritures (contre-mémoire, p. 87-122; et duplique, p. 11-26) qu'à l'audience (CR 2011/18, par. 11; CR 2011/21, par. 4-12; CR 2011/21, p. 17, par. 1-37), et l'Allemagne lui a répondu de manière fort approfondie (CR 2011/17, par. 14-42; CR 2011/20, p. 30, par. 11-36). La Cour aurait donc dû se prononcer en conséquence.

9. Malheureusement, du fait de son approche susmentionnée, la Cour a largement négligé, si ce n'est totalement ignoré, le caractère central — dans le différend opposant les Parties — du lien entre absence de réparation et refus de reconnaître l'immunité par les juridictions italiennes afin d'offrir aux victimes une voie de recours. Seule une courte section (arrêt, par. 98-104), qui traite de l'argument du «dernier recours» avancé par l'Italie relativement à l'absence d'indemnisation de certaines catégories de victimes, fait exception.

10. Dans cette section, la Cour note que

«l'Allemagne [a] refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître, particulièrement parce que ces victimes se sont vues, de ce fait, privées de la protection juridique à laquelle ce statut leur donnait droit» (*ibid.*, par. 99).

Or, au lieu d'examiner les conséquences que ce défaut d'indemnisation ainsi que l'absence d'autres voies de recours ont pu avoir sur l'octroi ou non de l'immunité à l'Allemagne devant les juridictions de l'Etat du for en vertu du droit international, la Cour s'est contentée de dire «qu'il [était] surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation...» (*ibid.*). Il convient de rappeler à cet égard que, si les Etats portent leurs différends devant un organe juridictionnel international, et plus particulière-

ment l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ce n'est pas pour que celui-ci exprime de la surprise et du regret, mais pour qu'il tranche utilement le litige sur le fondement du droit international.

11. Je souscris toutefois au prononcé de la Cour selon lequel «[elle] n'ignore pas que l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne conformément au droit international pourrait empêcher les ressortissants italiens concernés d'obtenir une réparation judiciaire» (arrêt, par. 104). Selon moi, la Cour aurait néanmoins dû en tirer certaines conclusions juridiques, notamment en ce qui concerne la licéité ou l'illicéité des décisions des juridictions italiennes dans ce contexte particulier. Or, elle a poursuivi en indiquant que les demandes des internés militaires italiens, comme celles émanant d'autres ressortissants italiens, «pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» (*ibid.*), suggérant ainsi que certains aspects essentiels du différend qui lui a été soumis soient réglés par voie diplomatique et non judiciaire.

III. L'OBLIGATION DE RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

12. Compte tenu de l'incidence directe que l'absence de réparation des violations du droit international humanitaire commises par le III^e Reich a eue sur le refus des juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne, je déplore également que la Cour, quoique ayant reconnu ce lien étroit, n'ait pas jugé nécessaire de se pencher, au moins de manière générale, sur l'obligation de réparer pareilles violations en droit international.

13. L'obligation de réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire est consacrée à l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907, lequel dispose que

«[l]a partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement 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.»

14. Une clause similaire figure à l'article 91 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 (ci-après le «protocole I»). Bien qu'elles ne précisent pas si les bénéficiaires en sont les individus ou les Etats, ces dispositions établissent clairement l'existence, en droit international, d'une obligation d'indemnisation et de réparation en cas de violations du droit humanitaire.

15. Ce n'est que depuis une vingtaine d'années que l'on trouve des exemples de particuliers ayant cherché à obtenir réparation à raison de dommages subis par suite de violations du droit humanitaire. Parmi ces exemples figurent des actions engagées dans les années 1990 devant les juridictions japonaises au nom des victimes de violations du droit international humanitaire commises pendant la seconde guerre mondiale, notamment les personnes réduites en esclavage, les «femmes de réconfort» et les

personnes soumises à la torture; les procédures intentées contre l'Allemagne devant les tribunaux américains par l'Holocaust Restitution Movement au nom des personnes astreintes au travail en esclavage pendant la guerre (qui ont abouti à un accord de règlement); l'affaire *Distomo*, introduite en 1995 devant les juridictions grecques contre l'Allemagne par les parents des victimes d'un massacre perpétré par les forces armées nazies; ou encore l'affaire *Ferrini*, introduite contre l'Allemagne devant les juridictions italiennes par M. Luigi Ferrini, ressortissant italien arrêté en août 1944 et déporté en Allemagne, où il a été détenu et contraint de travailler dans une usine de munitions jusqu'à la fin de la guerre.

16. Historiquement, nombreux sont les exemples qui attestent que les questions touchant la réparation de telles violations font, de longue date, l'objet de règlements entre Etats, que ce soit au moyen de traités de paix ou d'accords de règlement. Plus récemment, il a été recouru à d'autres mécanismes, tels que la commission d'indemnisation pour l'Iraq établie par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et la commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie créée en vertu d'un accord bilatéral. Cela ne signifie cependant pas que les individus ne sont pas ou n'étaient pas censés être les bénéficiaires ultimes de ces mécanismes, ou qu'ils n'auraient pas le droit d'engager des actions en réparation. Cela signifie simplement que l'Etat dont les victimes sont des nationaux se voit verser une somme forfaitaire destinée à leur être redistribuée. La solution de tels accords semble avoir été retenue pour des raisons à la fois politiques et pratiques, afin d'éviter que ne se multiplient les actions intentées par des particuliers, ou que ne soient retardés la conclusion des traités de paix et le rétablissement de relations normales entre anciens Etats belligérants.

17. La question posée en l'espèce était celle de la responsabilité de l'Etat. Or, lorsque les agents d'un Etat commettent des crimes au cours d'un conflit armé, l'Etat doit en assumer la responsabilité et accorder réparation aux victimes. Cette réparation intervient le plus souvent par le biais de mécanismes interétatiques ou de fonds spéciaux établis par l'Etat responsable. Le droit de la responsabilité des Etats n'exclut cependant pas que les particuliers puissent jouir de certains droits par suite de la perpétration d'un acte illicite par un Etat. De fait, le paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la Commission du droit international (ci-après la «CDI») sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite précise que «[l]a présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat».

18. La CDI indique en outre clairement, dans son commentaire, qu'il est des cas où les individus sont les titulaires des droits découlant de règles internationales relatives à la responsabilité des Etats. Il en va ainsi, selon moi, non seulement des règles énoncées dans les traités relatifs aux droits de l'homme, mais également de celles qui sont énoncées dans les conventions relatives au droit humanitaire. L'article 3 de la convention IV de La Haye et l'article 91 du protocole I illustrent fort bien, notamment lorsqu'ils sont interprétés à la lumière de l'évolution récente du droit international dans le

domaine des droits de l'homme et du droit humanitaire, évolution qui semble d'ailleurs être reconnue dans le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge relatif à l'article 91 du protocole I :

«Les ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants, mais, à titre exceptionnel, peuvent être aussi des pays neutres, en cas de violation des règles de la neutralité ou de comportement illicite à l'égard de ressortissants neutres sur le territoire d'une Partie au conflit... Mais on peut relever, depuis 1945, une tendance à reconnaître l'exercice de droits individuels.» (Voir le site Internet du CICR, www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750117, par. 3656 et 3657.)

19. Il est donc permis d'avancer que ni l'article 3 de la convention IV de La Haye ni, d'ailleurs, l'article 91 du protocole I n'excluent le droit des particuliers de formuler des demandes d'indemnisation à raison de dommages découlant de violations du droit international humanitaire, et ce, même si la pratique des Etats consiste, depuis fort longtemps, à établir des mécanismes bilatéraux par le biais de traités de paix et d'autres accords, les questions d'indemnisation étant traitées par l'Etat dont les nationaux ont subi un dommage du fait de telles violations.

20. La question se pose toutefois de savoir ce qu'il advient lorsque certaines victimes de violations du droit international humanitaire — violations à l'égard desquelles l'Etat étranger a reconnu sa responsabilité — ne sont pas couvertes par les régimes établis et sont, partant, privées de la possibilité de bénéficier du droit d'être indemnisées à raison desdites violations. L'Etat en cause devrait-il être autorisé à se prévaloir de son immunité devant les tribunaux nationaux pour se soustraire à son obligation de réparation, notamment lorsque leur saisine risque d'être le seul recours dont disposent les victimes? Telle est, selon moi, la question fondamentale que la Cour aurait dû examiner en la présente affaire.

IV. EXAMEN DE LA PORTÉE DE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET D'UN ÉVENTUEL CONFLIT AVEC LES ACTIONS EN RÉPARATION

21. Mon désaccord avec l'arrêt porte également sur l'approche et le raisonnement de la majorité — que je ne trouve pas convaincants — en ce qui concerne la portée et l'étendue de l'immunité de juridiction des Etats en droit international, ainsi que les exceptions et dérogations y relatives. Il est vrai que l'immunité de l'Etat est une règle de droit international coutumier et qu'elle ne relève pas simplement de la courtoisie, et ce, bien que certains auteurs ne la perçoivent que comme une exception au principe de la souveraineté territoriale et de la juridiction des Etats (voir, par exemple, R. Higgins, «Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity», *Netherlands Yearbook of International Law*, p. 265-276). Sa portée s'est toutefois réduite au cours du dernier siècle, au fur et à mesure que le droit international passait d'un système juridique centré sur l'Etat à un système protégeant également les droits des êtres humains vis-à-vis de l'Etat.

22. Si les juridictions nationales ont été le fer de lance de la réduction de la portée de l'immunité, cette évolution est aussi, dans une large mesure, due à la reconnaissance croissante des droits des particuliers engagés dans des transactions commerciales avec des Etats ou des entités contrôlées par ceux-ci. De fait, c'est afin de protéger les droits des personnes privées ou morales vis-à-vis des Etats que les juridictions nationales ont adopté, dès le XIX^e siècle, une conception restrictive des immunités. Il en va de même de l'exception territoriale, conçue pour protéger les droits des individus contre les Etats.

23. Bien qu'elle joue un rôle important dans la conduite de relations harmonieuses et amicales entre les Etats, l'immunité n'est donc pas une règle juridique dont la portée est clairement définie en toutes circonstances ou dont la cohérence et la stabilité sont absolues. Des différences considérables existent en effet dans la manière dont sa portée et son étendue sont interprétées et appliquées par les Etats, notamment par les juridictions nationales. Aussi n'y a-t-il pas grand sens à considérer que certaines exceptions font partie du droit international coutumier alors que leur application continue de donner lieu à des décisions judiciaires nationales divergentes, et à considérer que d'autres, fondées sur des décisions tout aussi contradictoires, étayent l'inexistence de normes coutumières. Pareille approche peut donner l'impression que les décisions retenues, en particulier lorsqu'elles sont relativement peu nombreuses de part et d'autre de la balance, l'ont été par opportunité.

24. L'on peut ainsi se demander si les décisions rendues par une poignée de juridictions nationales (voir paragraphes 73-74 de l'arrêt) peuvent être considérées comme une pratique étatique étayant l'existence d'une règle de droit international coutumier selon laquelle

« un Etat continue de jouir, dans le cadre d'instances civiles, de l'immunité à raison d'actes *jure imperii* lorsque sont en cause des actes ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis par ses forces armées et autres organes dans le cadre d'un conflit armé, même lorsque les actes en question ont eu lieu sur le territoire de l'Etat du for » (arrêt, par. 77).

L'on peut également se demander pourquoi il conviendrait d'accorder, aux fins d'établir l'existence de normes de droit coutumier, davantage d'importance à ces décisions qu'à celles des juridictions supérieures d'Italie et de Grèce (*ibid.*, par. 27-36). Le droit international coutumier n'est-il qu'une question de chiffres ?

N'aurait-il pas été plus juste de reconnaître, au vu de décisions judiciaires contradictoires et de pratiques étatiques divergentes, que le droit international coutumier demeure, dans ce domaine, fragmentaire et incertain ?

25. Il convient de rappeler que même la distinction classique entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, souvent utilisée pour des raisons pratiques afin de regrouper certaines exceptions en fonction de la nature des actes en cause, est loin d'être appliquée universellement et de manière uniforme, la qualification de certains actes demeurant controversée parmi

les Etats et les juridictions nationales. De surcroît, la définition de la notion fondamentale qui sous-tend cette distinction, à savoir les transactions commerciales, reste floue. Dans le même temps, les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat ne cessent de se développer.

26. L'immunité de l'Etat fait, en réalité, penser à un gruyère. Aussi, pour autant que la pratique et l'*opinio juris* des Etats révèlent l'existence de normes coutumières de droit international, il apparaît clairement que la portée et l'étendue de l'immunité de l'Etat, en particulier dans le domaine des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire — qui se caractérise aujourd'hui par des décisions judiciaires nationales contradictoires du point de vue de son interprétation et de son application —, restent un pan de la coutume internationale incertain et changeant, dont les contours sont mal définis.

27. Ces incertitudes ne peuvent, selon moi, être adéquatement levées en s'en tenant à l'examen de décisions judiciaires contradictoires rendues par des juridictions nationales — qui sont d'ailleurs peu nombreuses en ce qui concerne les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire dans le cadre d'un conflit armé (ou l'absence de réparation à raison de telles violations) —, pour ensuite recenser celles qui sont favorables à l'application de l'immunité et celles qui ne le sont pas. Je doute que cette méthode permette d'obtenir des résultats véritablement utiles ou contribue à la clarification du droit dans ce domaine. En outre, l'immunité de juridiction des Etats ne peut être interprétée dans l'abstrait ou appliquée hors de tout contexte; les caractéristiques des différentes affaires, les circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivent, ainsi que les facteurs qui les sous-tendent, doivent être pleinement pris en compte. En l'espèce étaient en cause des demandes de réparation découlant d'actes illicites admis par l'Etat responsable, pour lesquelles aucune autre voie de recours ne semblait disponible. C'est ce qui rendait l'affaire assez inhabituelle, ainsi que cela a d'ailleurs été reconnu dans l'arrêt (par. 60).

28. Lorsque les immunités juridictionnelles entrent en conflit avec certains droits fondamentaux consacrés par les droits de l'homme ou le droit humanitaire, que l'Etat du for a pour obligation de garantir et d'appliquer sur son territoire et dont la réalisation reflète des valeurs fondamentales de la communauté internationale, il est bien plus approprié de s'interroger sur la manière dont, en droit international contemporain, «il faut ... réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale» (voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, opinion individuelle commune de M^{me} Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal, p. 85, par. 75). Dans le monde actuel, utiliser l'immunité de l'Etat pour faire obstacle au droit d'accès à la justice et au droit à un recours effectif peut être considéré comme abusif.

29. L'équilibre susmentionné doit être recherché entre les fonctions et l'objet intrinsèques de l'immunité, d'une part, la protection et la réalisation des droits fondamentaux de l'homme et des principes du droit humanitaire, d'autre part. Dans les affaires *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme

(ci-après la «CEDH») a ainsi reconnu la nécessité de mettre en balance l'octroi de l'immunité (dans le cas d'organisations internationales) avec le droit d'accès à la justice et le droit à un recours effectif. Elle a souligné que,

«pour déterminer si l'immunité de l'ASE [l'Agence spatiale européenne] devant les juridictions allemandes est admissible au regard de la Convention, il import[ait], selon la Cour, d'examiner si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger leurs droits garantis par la Convention» (CEDH, *Waite et Kennedy c. Allemagne* (requête n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999, par. 68; et affaire *Beer et Regan c. Allemagne* (requête n° 28934/95, arrêt du 18 février 1999, par. 58).

30. L'examen de la question de savoir si, en la présente affaire, le droit international prescrivait aux juridictions italiennes d'accorder l'immunité à l'Allemagne ou s'il les autorisait à ne pas le faire ne peut, à mon sens, exclure l'application des principes généraux qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire, et consacrent certains droits fondamentaux tels que le droit à un recours effectif, le droit à réparation à raison de dommages subis du fait de violations du droit humanitaire et le droit à la protection contre les dénis de justice, autant de droits pertinents compte tenu des circonstances dans lesquelles s'inscrivaient les actions en cause. Le droit de l'immunité des Etats, tel qu'invoqué dans les affaires soumises aux juridictions italiennes, ne peut pas non plus être interprété d'une façon qui contrarierait la réalisation de ces droits au regard du droit international contemporain. Plus important encore, lorsque les règles régissant l'immunité de l'Etat ou les exceptions à celle-ci se révèlent fragmentaires ou incertaines — comme dans le cas de violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire n'ayant pas donné lieu à une réparation appropriée —, il conviendrait de prendre en considération les principes susmentionnés et d'apprécier l'octroi de l'immunité à l'aune des critères de proportionnalité et de légitimité.

31. Parmi ces principes figurent ceux que l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamés au titre des «[p]rincipes 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», dans sa résolution 60/147 du 16 décembre 2005. Aux termes de cette résolution,

«11. Les recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux garanties suivantes, prévues par le droit international :

- a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation.»

Il est ensuite précisé que

«12. [L]es victimes d'une violation flagrante du droit international ... humanitaire auront, dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international.»

32. Lorsqu'il a présenté les dispositions de cette résolution de l'Assemblée générale, le rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies, Theo van Boven, a relevé ce qui suit :

««Les principes et directives» ont, dès le départ, été fondés sur le droit de la responsabilité de l'Etat... Certains gouvernements ont toutefois soutenu que les articles sur la responsabilité de l'Etat avaient été conçus pour régir les relations interétatiques et qu'ils ne devaient pas, *per se*, s'appliquer aux relations entre les Etats et les individus. Cet argument a été contesté en ce qu'il ne tenait pas compte de l'évolution intervenue depuis la seconde guerre mondiale dans le domaine des droits de l'homme, lesquels constituent désormais une partie intégrante et dynamique du droit international, ce qu'attestent les très nombreux traités internationaux, largement ratifiés, qui ont été conclus dans ce domaine. Il a également été avancé que cet argument ne tenait pas compte du fait que l'obligation d'accorder réparation à raison d'une faute de l'Etat était si largement reconnue que le droit à un recours effectif à raison de violations des droits de l'homme et, *a fortiori*, de violations graves des droits de l'homme pouvait être considéré comme faisant partie du droit international coutumier.» (Theo van Boven, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Bibliothèque audiovisuelle sur le droit international de l'Organisation des Nations Unies, p. 1-2.)

33. De même, dans le rapport de la commission des Nations Unies sur le Darfour, il est précisé que,

«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 États 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» (*Rapport de la commission internationale d'enquête sur le Darfour*, 25 janvier 2005, par. 598-599).

34. Parmi les trois catégories de victimes italiennes d'actes illicites commis par le régime nazi qui sont mentionnées au paragraphe 52 de l'arrêt, la Cour insiste plus particulièrement sur le sort des internés militaires italiens, auxquels l'Allemagne a refusé d'accorder réparation au motif que les prisonniers de guerre n'avaient pas droit à réparation pour travail

forcé, et ce, alors même que les intéressés s'étaient vu, dans les faits, refuser le statut de prisonnier de guerre par les autorités nazies. Ayant établi que cette catégorie de victimes au moins n'avait pas la possibilité d'obtenir réparation de l'Allemagne par le biais d'autres mécanismes, tels que des accords interétatiques ou la législation nationale de ce pays, la Cour aurait dû, selon moi, se demander si l'octroi de l'immunité à l'Allemagne par les juridictions italiennes aurait porté atteinte au droit à réparation des internés militaires, à leur droit d'accès à la justice ou à leur droit à un recours effectif à raison des dommages subis.

35. L'immunité n'est pas une valeur immuable du droit international. Son adaptabilité à l'évolution de la société internationale, ainsi que sa souplesse, sont attestées par le nombre d'exceptions qui se sont progressivement fait jour au cours du dernier siècle, la plupart reflétant le poids normatif croissant attaché à la protection des droits des particuliers vis-à-vis de l'Etat, que ce soit lorsque ceux-ci participent à titre privé à des transactions commerciales avec lui ou lorsqu'ils sont victimes d'actes dommageables commis par ses représentants. Cela ne signifie pas que l'importance du rôle que joue l'immunité aux fins de la stabilité des relations interétatiques ou d'une attribution et d'un exercice rationnels de la compétence dans les affaires impliquant des Etats ait été affaiblie. En dépit du nombre croissant d'exceptions, l'immunité continue en effet de remplir ces fonctions.

36. Lorsque le droit de l'immunité de l'Etat et les exceptions y relatives demeurent incertains et changeants, l'octroi ou non de l'immunité par les juridictions nationales dans des affaires se rapportant à des demandes découlant de crimes internationaux nécessite un examen contextuel non seulement pour que soit donnée la qualification juridique appropriée aux demandes en cause, mais également pour que puisse être appréciée l'incidence que cela pourrait avoir sur d'autres valeurs normatives auxquelles la communauté internationale attache une importance similaire. De fait, il est largement admis dans la jurisprudence nationale que, avant de se prononcer sur l'existence de l'immunité en tant que droit de l'Etat étranger, le tribunal saisi doit examiner les éléments sous-tendant l'affaire afin de déterminer si une exception s'applique ou non (voir, par exemple, *Conrades c. Royaume-Uni* (1981), *ILR*, vol. 65, p. 205 (tribunal des prud'hommes de Hanovre); *Farouk Abdul Aziz c. Yémen* (2005), [2005] EWCA, civ 745, par. 61-62 (cour d'appel d'Angleterre, chambre civile); *Kuwait Airways Corp. c. Irak*, 2010 CSC 40, [2010] 2 RCS 571, par. 33 (Cour suprême du Canada)). A cet égard, la Cour de cassation française a déclaré ce qui suit en l'affaire *Bucheron* :

«attendu que l'immunité de juridiction des Etats étrangers, bien qu'étant de principe, n'est que relative et connaît des exceptions; qu'il en résulte que la juridiction devant laquelle elle est invoquée est dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige pour décider s'il y a lieu d'accueillir ou non cette fin de non-recevoir d'une nature particulière» (n° 02-45961, 16 décembre 2003, *Bull. civ.*, 2003, n° 258, p. 206).

37. Le caractère préliminaire de la question de l'immunité de juridiction n'empêche donc pas les tribunaux nationaux — en l'espèce, italiens — d'examiner le contexte par rapport auquel la réclamation a été formulée afin de donner une qualification juridique appropriée aux actes à l'égard desquels l'immunité est revendiquée, et, lorsque cela est nécessaire, de mettre en balance les différents éléments sous-tendant l'affaire en vue de déterminer s'ils sont ou non compétents.

38. En la présente espèce, les arguments de l'Allemagne s'articulaient autour de l'idée selon laquelle aucune limitation à l'immunité dont jouit un Etat en ce qui concerne les actes *jure imperii* n'était applicable, en ce sens que

«il n'existe pas de pratique générale, soutenue par l'*opinio juris*, élargissant la dérogation au principe de l'immunité des Etats aux cas de violations du droit humanitaire commises par des forces armées pendant un conflit armé» (mémoire de l'Allemagne, par. 55).

Toujours selon l'Allemagne,

«[l]a pratique relative au règlement des réclamations nées d'un conflit armé est parfaitement constante. Les traités internationaux régissant les relations entre les Etats intéressés contiennent généralement des dispositions relatives au règlement de ces demandes d'indemnisation. Les réclamations résultant de la seconde guerre mondiale, en particulier, ont toutes été réglées par cette voie traditionnelle.» (*Ibid.*)

39. L'Italie a, quant à elle, soutenu ce qui suit :

«Le refus d'une réparation appropriée et effective que l'Allemagne continue d'opposer à un grand nombre de victimes italiennes de violations graves du droit international humanitaire commises par les autorités allemandes au cours de la dernière période de la seconde guerre mondiale, qui ont été reconnues et confirmées par l'Allemagne moyennant les accords de 1961 et des mesures unilatérales prises par la suite, devait être examiné.» (Contre-mémoire de l'Italie, par. 6.15.)

Et l'Italie d'ajouter :

«Face à un refus de réparation aussi flagrant et prolongé en violation de toutes les règles pertinentes du droit international, les juges italiens ne pouvaient simplement rejeter les actions des victimes en reconnaissant le principe de l'immunité des Etats. Il est clair que, au vu de la gravité des crimes qui n'avaient pas encore donné lieu à une réparation, les juges avaient le sentiment qu'en appliquant un principe de nature purement procédurale ils feraient naître une situation classique de déni de justice. Si les juridictions italiennes avaient accordé l'immunité, elles auraient mis un point final à l'ensemble de la question de la réparation pour des milliers de victimes. Elles auraient en effet exclu toute possibilité que ces actions aboutissent à un quelconque résultat. En revanche, elles avaient des justifications très sérieuses pour écarter l'immunité de l'Allemagne et vérifier si les demandes étaient justifiées au fond.» (*Ibid.*, par. 6.16.)

40. La question du conflit pouvant exister entre l'immunité de l'Etat et les réparations dues à raison de violations du droit humanitaire a récemment fait l'objet d'un rapport et d'une résolution de l'Institut de droit international. Lorsqu'elle a présenté ce rapport, intitulé «Les droits fondamentaux de la personne face aux immunités de juridiction du droit international», à la session de Naples de l'Institut en 2009, lady Fox a déclaré ce qui suit :

«une difficulté supplémentaire s'est fait jour en ce qui concerne l'immunité de l'Etat : était-il illogique, voire injustifiable d'un point de vue moral, qu'un représentant de l'Etat puisse aujourd'hui faire l'objet de poursuites pénales devant les juridictions nationales tandis que l'Etat ayant ordonné les actes en cause pourrait, lui, s'abriter derrière son immunité de juridiction civile pour ce qui est des réparations dues à raison de tels crimes?» (*Annuaire de l'Institut de droit international, session de Naples*, vol. 73, p. 110).

41. Dans la résolution qu'il a adoptée sur la base du rapport présenté par lady Fox, l'Institut s'est notamment intéressé au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part», et a formulé deux observations pertinentes en ce qui concerne les questions dont la Cour a eu à connaître en l'espèce. Premièrement, il a reconnu, dans un alinéa du préambule, que «la levée de l'immunité lors de procédures engagées devant des juridictions nationales [était] un des moyens d'assurer aux victimes de crimes internationaux une réparation effective». Deuxièmement, il a indiqué, au paragraphe 2 de l'article II, consacré aux principes, que «[l]es immunités ne devraient pas faire obstacle à la réparation adéquate [à laquelle] ont droit les victimes des crimes visés par la présente résolution» (*ibid.*, p. 228-230).

42. Ces observations reflètent selon moi l'état actuel du droit international en ce qui concerne le lien entre immunité de l'Etat et demandes de réparation découlant d'actes illicites commis au cours d'un conflit armé, en particulier dans des circonstances aussi exceptionnelles que celles auxquelles ont été confrontées les victimes italiennes d'atrocités commises par le III^e Reich pendant la seconde guerre mondiale, qui ne semblaient disposer d'aucune autre voie de recours. Elles ne sauraient toutefois être interprétées comme signifiant que l'immunité doit être écartée chaque fois que des demandes de réparation à raison de crimes commis par les agents d'un Etat étranger sont présentées à des juridictions nationales. Ces observations visent plutôt à souligner la nécessité d'accorder une réparation appropriée et effective aux victimes, l'immunité ne devant pas y faire obstacle lorsque, à titre exceptionnel, aucune autre voie de recours n'est disponible. Il s'agit là d'une exception à l'immunité fort limitée, circonscrite par les circonstances spéciales liées à l'absence d'autres voies de recours. La manière dont il aurait pu être tenu compte de ces considérations en la présente affaire est examinée aux paragraphes 49 à 54 ci-dessous.

V. JURIDICTIONS NATIONALES, IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET DROIT
 À RÉPARATION À RAISON DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL
 HUMANITAIRE COMMISES DANS L'ÉTAT DU FOR

43. Le droit relatif à l'immunité de l'Etat a évolué au fil des années du fait des décisions rendues par les juridictions nationales. Ce sont ces tribunaux qui, le plus souvent, ont déterminé et précisé la nature et la portée de l'immunité de l'Etat. C'est à eux que nous devons la distinction entre actes *jure gestionis* et actes *jure imperii*, ainsi que d'autres dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat. Etant donné la diversité de ces juridictions, certaines divergences et certains conflits quant à l'interprétation et à l'application de ce droit à des circonstances spécifiques existent nécessairement. Aussi n'est-il pas surprenant que de nombreux aspects de ces exceptions et dérogations demeurent incertains.

44. Les décisions des tribunaux italiens tout comme l'arrêt *Distomo* rendu en Grèce peuvent être considérés comme s'inscrivant dans un processus d'évolution plus général, où les décisions des juridictions nationales ont donné naissance à un certain nombre d'exceptions à l'immunité de juridiction des Etats, telles que l'exception territoriale, l'exception en matière d'emploi et l'exception en matière de propriété intellectuelle. On peut bien sûr se demander si, compte tenu du caractère incertain de la portée et de l'étendue de l'immunité de l'Etat en droit international coutumier à l'époque où les décisions pertinentes ont été rendues, ces exceptions auraient dû être considérées comme contraires au droit international lorsqu'elles ont été énoncées pour la première fois par une ou deux juridictions nationales.

45. A cet égard, il est particulièrement intéressant que la Cour renvoie, en y souscrivant, à l'arrêt rendu en 1961 par la Cour suprême d'Autriche en l'affaire *Holubek c. Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique* (ILR, vol. 40, 1962, p. 73), lequel est sans doute l'un des premiers à avoir reconnu la notion d'exception territoriale à l'immunité de l'Etat. Quel aurait été le sort de cette importante exception — qui est aujourd'hui largement appliquée et a été codifiée dans toutes les conventions existantes sur l'immunité de l'Etat — si l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche avait été jugé contraire au droit de l'immunité de l'Etat par un organe judiciaire international au milieu des années 1960? Une norme naissante, qui reflète aujourd'hui une *opinio juris* et une pratique étatique largement répandues, aurait alors assurément été tuée dans l'œuf.

46. Ainsi que lord Denning l'a fait observer en ce qui concerne l'exception relative aux actes *jure gestionis*, «[c]haque fois qu'un changement intervient, c'est parce que quelqu'un a fait, à un moment donné, le premier pas. Un pays peut enclencher seul le processus, et être ensuite suivi par d'autres. Les petits ruisseaux font les grandes rivières.» (Cité dans *Brohmer, State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, p. 20, note 85.)

47. Certaines règles du droit international peuvent demeurer incertaines et voir leur existence faire l'objet de débats dans la doctrine, jusqu'à ce qu'une juridiction — nationale, dans le cas des immunités de l'Etat —

clarifie leur statut et établit leur nature juridique. Cela s'est produit à de nombreuses reprises pour les exceptions et dérogations à l'immunité de l'Etat. En effet, ce n'est pas au travers d'échanges diplomatiques ou par la conclusion de conventions, ni même par des décisions internationales ou sentences arbitrales, qu'elles se sont développées. Leur évolution a le plus souvent résulté d'un très petit nombre de décisions, voire de décisions isolées, rendues par des juridictions nationales, qui ont peu à peu été généralement acceptées.

48. Il n'est dès lors pas à exclure que, dans le domaine de l'immunité de l'Etat, les juridictions nationales puissent participer au développement du droit, et ce, même lorsque leurs conclusions ne sont pas partagées par d'autres tribunaux ou sont perçues, *prima facie*, comme n'étant pas conformes à ce qui était jusqu'alors considéré comme étant la pratique étatique. En se référant à des décisions judiciaires dans lesquelles certaines dérogations et exceptions à l'immunité de l'Etat ont été formulées pour la première fois, la Cour semble elle-même reconnaître que les tribunaux nationaux peuvent jouer un rôle dans le développement futur de cette branche du droit.

49. Dans le rapport qu'il a présenté à l'Institut de droit international intitulé «L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat», le professeur Benedetto Conforti a déclaré ce qui suit :

«Aux articles 4 à 7 du projet de résolution, l'indépendance des juridictions nationales ... est examinée au regard des différentes sources du droit international. Pour ce qui est tout d'abord du droit coutumier, il n'y a jamais eu de doute, semble-t-il, que les tribunaux nationaux, lorsqu'ils sont appelés à appliquer une règle coutumière, jouissent d'une liberté d'appréciation totale. A cet égard, deux aspects au moins posent toutefois problème: le premier a trait à la participation de ces juridictions à la formation et à l'évolution du droit coutumier...

S'agissant du premier aspect, nous pouvons considérer, en nous en tenant à la tendance dominante dans la jurisprudence nationale, que les juridictions peuvent examiner la question de savoir si une règle coutumière répond aux exigences d'équité et de justice et, si tel n'est pas le cas, refuser de l'appliquer, à condition toutefois que ce choix soit étayé par la pratique étatique, quand bien même celle-ci serait encore fragmentaire et en cours de formation.»

Et M. Conforti d'ajouter :

«Pour conclure sur ce point, nous pouvons dire que le juge est fondé à refuser d'appliquer une norme coutumière internationale ou à estimer qu'elle est totalement ou partiellement modifiée s'il constate l'existence d'une *opinio necessitates* en ce sens, et si l'extinction de cette norme ou l'émergence d'une norme nouvelle trouve son origine dans une pratique internationale et/ou nationale, même fragmentaire.» (Rapport provisoire, deuxième partie, L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat, p. 386-387.)

50. Tant les règles régissant l'immunité de l'Etat que le droit individuel à réparation à raison de crimes internationaux commis par des agents de l'Etat sont en pleine évolution. L'Institut de droit international l'a reconnu dans la résolution de Naples susmentionnée, dans laquelle il a fait référence au «conflit latent entre les immunités de juridiction des Etats et de leurs agents, d'une part, et les réclamations liées à des crimes internationaux, d'autre part». Ce conflit n'existait pas par le passé, mais s'est fait jour récemment. Il est né de l'opinion largement répandue dans la communauté internationale (manière d'*opinio juris necessitates*) selon laquelle l'immunité de l'Etat ne devrait pas être utilisée comme un rempart contre les réparations auxquelles ont droit les victimes de tels crimes. Telle est, selon moi, la situation à laquelle s'est trouvée confrontée la «Corte di Cassazione» dans l'affaire *Ferrini* et les affaires qui ont suivi.

51. Qu'une juridiction nationale se déclare compétente en raison d'un défaut de réparation de violations graves du droit des conflits armés reconnues par l'Etat responsable, en particulier lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne saurait, selon moi, porter atteinte à l'indépendance ou à la souveraineté des Etats. Cela contribue simplement à la cristallisation d'une exception à l'immunité de l'Etat en devenir, exception fondée sur les principes qui sous-tendent les droits de l'homme et le droit humanitaire ainsi que sur l'*opinio juris* largement répandue selon laquelle il convient de veiller à la réalisation de ces droits, y compris le droit à un recours effectif, lorsque les victimes ne bénéficient d'aucune autre voie de recours.

52. Reconnaître qu'un défaut de réparation à raison de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité peut conduire à priver un Etat de son immunité devant les juridictions nationales, notamment lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, ne revient pas à limiter davantage la portée de l'immunité de l'Etat; cela permet de la faire concorder avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire, ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour tout être humain. Cela pourrait également dissuader les Etats de ne pas respecter le droit humanitaire.

53. Compte tenu des circonstances exceptionnelles dans lesquelles s'inscrivaient les demandes de réparation des victimes italiennes, je ne suis pas convaincu qu'il suffise de dire que «le fait que l'immunité puisse faire obstacle à l'exercice de la compétence judiciaire dans une affaire donnée est sans incidence sur l'applicabilité des règles matérielles du droit international» (arrêt, par. 100). L'une des questions qui peut se poser à cet égard est celle de savoir si, dans l'hypothèse où l'immunité serait accordée dans une affaire de cette nature, l'Etat défendeur serait tenu d'offrir aux victimes des violations qu'il a reconnues une autre voie de recours. Il s'agit là d'une question importante, à laquelle une réponse aurait dû être apportée en cours d'instance ou dans l'arrêt. De plus, je doute qu'une mise en cause de la responsabilité n'offrant ni voie de recours ni système de réparation serait réellement utile aux victimes.

54. Ces observations ne doivent pas être interprétées comme signifiant que les juridictions de l'Etat dans lequel les violations en cause ont été commises ont le droit d'écarter l'immunité de l'Etat responsable chaque fois que leur est présentée une demande de réparation à raison de crimes au regard du droit international ou des droits de l'homme. Cela risquerait en effet non seulement de donner lieu à d'innombrables procès et d'engorger le système judiciaire de l'Etat dans lequel ces actions seraient engagées, mais aussi de gripper la machine gouvernementale de l'Etat responsable. De surcroît, outre les mécanismes interétatiques ou d'indemnisation traditionnellement utilisés, et rappelés ci-dessus, de nouvelles pratiques se sont développées sur le plan international ces dernières années — telles que la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Iraq, instituée par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, et la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Ethiopie, créée en vertu de l'accord du 12 décembre 2000 — afin de permettre aux victimes de violations du droit international d'obtenir réparation.

55. Bien que ce soit aux Etats qu'il incombe de présenter les demandes des particuliers devant ces commissions, l'important est qu'il existe un mécanisme de réparation devant lequel celles-ci peuvent être portées, mécanisme offrant une voie de recours effective. Ce n'est que lorsque l'indemnisation de certaines catégories de victimes, comme dans les affaires italiennes, n'est prévue par aucun régime interétatique d'indemnisation, par aucun autre mécanisme international ni par la législation de l'Etat responsable, et lorsque les victimes concernées ont, pour ainsi dire, fait les frais d'une faille du système, que les juridictions de l'Etat du for sont, selon moi, fondées à offrir une voie de recours autre et «ultime», ainsi qu'un recours effectif, aux victimes de violations graves du droit humanitaire, et ce, afin d'éviter un déni de justice. Le «conflit latent» auquel il était fait référence dans la résolution de Naples de l'Institut de droit international devrait, dans des circonstances aussi exceptionnelles, être tranché en faveur des victimes de violations graves du droit international humanitaire.

VI. OBSERVATIONS FINALES

56. La question essentielle qui se posait en l'espèce n'était pas de savoir si, chaque fois qu'une affaire se rapporte à des violations alléguées des droits de l'homme ou du droit humanitaire, il devrait être dérogé à l'immunité ou s'il existerait, d'une manière générale, une exception à l'immunité de juridiction en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire. La question essentielle était de savoir si, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'immunité risque de priver les victimes de crimes internationaux d'un recours effectif ou lorsqu'il n'existe aucune autre voie de recours, l'immunité devrait être accordée ou écartée par les juridictions nationales. Autrement dit, lorsque la réparation n'a pas été prévue par le biais d'un mécanisme spécifique, l'immunité devrait-elle être utilisée, devant les juridictions nationales, comme un rempart contre l'obligation d'accorder réparation aux victimes?

57. Il me semble que, dans ce cas, le fait d'écarter l'immunité de la manière fort restrictive préconisée ci-dessus (par. 49-54 *supra*) renforcerait l'exécution du droit humanitaire et la protection des valeurs fondées sur les droits de l'homme, qui sont celles de la communauté internationale dans son ensemble.

58. En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour a un rôle d'orientation important à jouer en ce qui concerne les règles du droit international et leur clarification, en particulier lorsqu'elles sont incertaines et changeantes. Elle avait en l'espèce une occasion unique de le faire. Elle aurait pu clarifier le droit en allant dans le sens dans lequel il évolue d'ores et déjà, celui d'une exception limitée et réaliste à l'immunité de juridiction dans le cas où les victimes ne disposent d'aucune autre voie de recours. Pareille exception ferait concorder le droit de l'immunité avec l'importance normative croissante que la communauté internationale attache à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire ainsi qu'avec la réalisation du droit à un recours effectif pour les victimes de crimes internationaux, et ce, sans porter indûment atteinte à l'immunité de juridiction des Etats.

59. Le fait que des juridictions nationales se déclarent compétentes dans des circonstances aussi exceptionnelles, lorsqu'il n'y a pas eu réparation et que l'Etat responsable a reconnu avoir commis des violations graves du droit humanitaire sans avoir mis en place de mécanisme spécifique d'indemnisation, ne perturbe pas, selon moi, les relations harmonieuses entre les Etats, mais contribue à un meilleur respect du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire.

(Signé) Abdulqawi A. YUSUF.
