

Les immunités de l'État en cas de violation de normes de ius cogens : état des lieux et perspectives

Auteur : Mabile, Cassandre

Promoteur(s) : Vincent, Philippe

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16898>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Les immunités de l'État en cas de violation de normes de *ius cogens* : état des lieux et perspectives

Cassandra MABILLE

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Philippe VINCENT

Professeur

RESUME

Contrairement au droit national, le droit international public ne connaît pas de hiérarchie entre ses différentes sources. Il y existe cependant un ensemble de normes impératives : le *ius cogens*.

Le caractère impératif de ces normes indérogeables de droit international pourrait laisser penser que leur respect s'impose avant celui de toute autre règle. Pourtant, il semble à la lumière de la jurisprudence internationale qu'une telle primauté ne soit pas acquise. L'immunité des États demeure à cet égard un rempart de taille. Comment expliquer que les États puissent se prévaloir de leur immunité en cas de violation de *ius cogens* ? Peut-on imaginer un changement de la position retenue en jurisprudence internationale ? Quelles sont les pistes avancées pour ce faire ?

Le présent travail tentera de répondre à ces questions en procédant, après quelques considérations préliminaires, à un état des lieux de la jurisprudence, suivi de l'exploration d'éventuelles perspectives de changement de la solution apportée par la jurisprudence internationale.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier le professeur Vincent pour ses précieux conseils dans la rédaction du présent travail.

Je souhaiterais également remercier ma famille pour son soutien tout au long de mes études.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
PARTIE I : ETAT DES LIEUX	9
CHAPITRE 1 : L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT.....	9
1) <i>Une immunité relative ?</i>	9
2) <i>Deux types d'immunités</i>	11
3) <i>Les sources juridiques de l'immunité</i>	12
CHAPITRE 2 : LE IUS COGENS	15
CHAPITRE 3 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	17
1) <i>L'article 6 §1</i>	17
2) <i>Le premier acte de la jurisprudence relative aux immunités étatiques</i>	18
3) <i>L'immunité d'exécution</i>	21
4) <i>Le statu quo en matière de ius cogens</i>	22
CHAPITRE 4 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.....	24
1) <i>L'origine du litige</i>	24
2) <i>L'arrêt de la Cour internationale de Justice</i>	28
PARTIE II : ANALYSE ET PERSPECTIVES.....	32
CHAPITRE 1 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.....	32
CHAPITRE 2 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.....	37
CONCLUSION	45
BIBLIOGRAPHIE.....	48

INTRODUCTION

Les États jouissent, en vertu du droit international, d'une immunité qui les protège de la juridiction ainsi que de mesures de contrainte d'autres États à leur rencontre.

Les immunités s'opposent ainsi notamment à la connaissance par les juridictions d'un État de litiges civils portés par des particuliers qui cherchent à obtenir réparation de la part d'un État étranger.

Eu égard au développement de normes impératives de droit international, lesquelles reflètent et protègent des valeurs fondamentales de la communauté internationale¹ et prohibent les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, s'est posée la question de savoir si, en présence de la violation de ces normes, l'immunité devait être écartée par les juridictions.

La présente étude a pour objet de dresser un état des lieux de la jurisprudence internationale mais aussi d'identifier d'éventuelles pistes de changement de la position retenue. À cette fin, elle se compose de deux parties.

Dans une première partie, il sera d'abord procédé à une explication de ce que recouvre le concept d'immunité de l'État. Nous verrons ainsi que le régime de l'immunité a subi une évolution vers une conception moins absolue de l'immunité, mais que celle-ci conserve bon nombre d'incertitudes et n'est pas partagée par tous les États. Une distinction entre l'immunité de juridiction et d'exécution sera ensuite effectuée avant d'examiner les sources de l'immunité.

Quelques explications seront également fournies quant à la notion de *ius cogens*, spécialement sa définition, son origine, ainsi que l'identification des normes qui en font partie.

Ensuite un panorama général de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sera présenté. Puisque c'est sous l'angle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme² qu'a été abordée la problématique des immunités, un bref rappel des garanties contenues dans le premier paragraphe de cette disposition sera effectué, en particulier quant au droit d'accès à un tribunal. Nous partirons des premiers arrêts rendus en matière d'immunité de juridiction et poursuivrons avec la jurisprudence relative à l'immunité d'exécution, ainsi qu'avec l'évolution de la position relative aux immunités juridictionnelles en matière de violation de normes impératives.

La même entreprise sera suivie relativement à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, par la présentation de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*³ rendu en 2012. À

¹ Rapport de la Commission du droit international, conclusion 2, Chapitre IV : Normes impératives du droit international général (*ius cogens*), septante-troisième session, A/77/10, p. 12.

² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faite à Rome le 4 novembre 1950, S.T.E., n°005.

³ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012.

l'occasion de l'explication de l'origine du litige, quelques développements seront consacrés aux arrêts italiens et grecs.

Dans une deuxième partie, nous nous livrerons à une analyse de ces jurisprudences en revenant sur le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour internationale de Justice. Nous tenterons par ailleurs d'identifier quelques perspectives de changement de leur position actuelle.

PARTIE I : ETAT DES LIEUX

CHAPITRE 1 : L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT

1) Une immunité relative ?

Fondées sur les principes de souveraineté⁴, d'indépendance et d'égalité des États, les immunités protègent les États contre la compétence des juridictions des autres États à l'égard de leurs représentants, de leurs actes ainsi que de leurs biens.⁵ Cette idée se retrouve dans la maxime *par in parem non habet imperium*, dont il découle qu'un État souverain n'est pas soumis à la juridiction d'un autre État⁶.

D'abord attribuée à la personne du souverain à l'intérieur de l'État, l'immunité a ensuite été transposée sur le plan international pour bénéficier aux souverains étrangers puis aux États⁷.

Si le concept d'immunité remonte aux temps anciens⁸, c'est au début du 19^e siècle que l'on retrace généralement les origines de la règle moderne de l'immunité des États⁹. Sa première expression judiciaire se trouve en effet dans l'arrêt *The Schooner Exchange v. McFaddon* de la Cour Suprême des États-Unis de 1812¹⁰, lequel consacre la doctrine de l'immunité absolue¹¹. L'arrêt a de plus été vu comme une confirmation que la reconnaissance de la souveraineté de l'État, en tant qu'entité abstraite distincte de la personne de son souverain, impliquait le développement d'une immunité protégeant la figure de l'État de la juridiction des États étrangers¹².

Le 19^e siècle marque cependant les débuts d'un passage d'une conception de l'immunité comme absolue, excluant ainsi complètement l'exercice de sa juridiction par l'État à l'encontre des États étrangers, sauf s'ils consentent à la compétence du tribunal saisi¹³, à une conception

⁴ M. N. SHAW, *International law*, 9^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 601.

⁵ H. FOX, *The Law of State Immunity*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 55-57.

⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁷ A. COSTI, « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* », *Revue québécoise de droit international*, 2015, p. 270-271.

⁸ Pour de plus amples développements concernant les origines historiques de l'immunité, voy. E. K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, 2^e éd., Berlin, Springer, 2022, p. 34 et s.

⁹ R. VAN ALEBEEK, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 12.

¹⁰ *The Schooner Exchange v. McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812). Dans cet arrêt, un navire privé appartenant à des ressortissants américains avait été confisqué par la France, qui l'avait transformé en navire de guerre. Alors que le bateau s'était arrêté à Philadelphie, son précédent propriétaire saisit une juridiction américaine afin de revendiquer sa propriété sur le navire. La demande fut toutefois rejetée en vertu de l'immunité. Voy. sur ce point R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, pp. 12 et s.

¹¹ E. K. BANKAS, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹² R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 12.

¹³ M.-O., REYNAUD, « La Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972 », *Annuaire français de droit international*, vol. 20 (1), 1974, p. 925.

restrictive de l'immunité, laquelle permet l'exercice de sa juridiction par l'État dans certaines circonstances¹⁴. Cette théorie trouve ses premières expressions dans les jurisprudences belge et italienne¹⁵ et sera adoptée par de nombreux États par la suite¹⁶.

À cette époque, les fonctions de l'État ne se limitent plus à ses missions régaliennes. Il devient progressivement un acteur économique et traite dans ce cadre avec des personnes privées. Dans un tel contexte, la doctrine de l'immunité absolue des États se trouvait peu adaptée à ces nouvelles activités. Elle permettait en effet à l'État d'invoquer son immunité dans des transactions commerciales avec des particuliers, les privant ainsi de tout recours juridique¹⁷.

Selon Hazel Fox, la doctrine de l'immunité restrictive repose sur deux fondements : (i) il est nécessaire dans l'intérêt de la justice que les individus engagés dans des transactions avec des États puissent porter les litiges y relatifs devant les juridictions, (ii) requérir d'un État de répondre à une telle demande n'emporte pas de contestation ni d'enquête concernant des actes de souveraineté ou de gouvernement de l'État. Il ne s'agit donc pas d'une menace à la dignité de l'État ou d'une quelconque interférence avec ses fonctions souveraines¹⁸.

S'est donc développée l'idée que permettre à l'État de s'abriter derrière son immunité lorsqu'il agit en dehors de ses missions régaliennes ne se justifie pas. Au contraire, parmi les diverses activités de l'État, il convient de distinguer celles qu'il exerce à titre de souverain (*acta iure imperii*) et celles qu'il n'exerce pas à ce titre (*acta iure gestionis*). Dans cette dernière catégorie se retrouvent les actes privés et commerciaux accomplis par l'État¹⁹. En vertu de la théorie restrictive (ou relative), l'immunité de l'État s'applique donc uniquement aux actes *iure imperii* et non aux actes *iure gestionis*²⁰.

Depuis la deuxième moitié du 20^e siècle la doctrine restrictive n'a cessé de gagner du terrain²¹. Pour bon nombre d'auteurs, elle est aujourd'hui acceptée par une large majorité d'États²², de telle sorte que l'on ne saurait soutenir que le droit international impose de reconnaître une immunité de juridiction aux autres États dans toutes les circonstances²³. D'autres auteurs

¹⁴ R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 13. À noter que si l'on tend généralement à considérer que l'immunité des États a connu un passage d'une immunité absolue à une immunité restrictive, il convient d'adopter une vision plus nuancée d'après l'auteur. Rosanne Van Alebeek considère en effet que rien dans le droit international n'imposait aux États d'accorder aux autres une immunité absolue, voy. à ce sujet p. 13, pp. 21 et s.

¹⁵ Pour un relevé de différents arrêts ainsi qu'un bref commentaire, voy. E. K. BANKAS, *op. cit.*, pp. 116 et s. En ce qui concerne la jurisprudence belge, comme premier arrêt à distinguer les actes souverains des actes de gestion, voy. Cass. (1^{re} ch.), 11 juin 1903, *SA des chemins de fer Liégeois-luxembourgeois c. État néerlandais*, *Pas.*, 1903, I, p. 294.

¹⁶ M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier), 9^e éd., LGDJ, Paris, 2022, p. 641, n°407 ; R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁷ A. COSTI, *op. cit.*, p. 272.

¹⁸ H. FOX, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹ A. COSTI, *op. cit.*, p. 272 ; J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 488.

²⁰ *Ibid.*, p. 272.

²¹ R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 16.

²² En ce sens voy. notamment J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 490 ; M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *op. cit.*, p. 641, n°407 ; F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international », *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, J. VERHOEVEN (dir.), Bruxelles-Paris, Larcier-LGDJ, 2004, p. 43 ; H. FOX, *op. cit.*, p. 35 ; A. COSTI, *op. cit.*, p. 272 ; R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 20.

²³ R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 20.

remettent cependant en question l'idée d'une prévalence de la théorie restrictive²⁴. De plus, l'application de la doctrine restrictive par les États n'est pas du tout uniforme, bien que l'esprit derrière la théorie demeure le même²⁵. Si coutume il y a concernant la théorie restrictive, son étendue est dès lors limitée²⁶.

Cette théorie se retrouve toutefois exprimée dans les textes des deux initiatives conventionnelles en la matière, soit la Convention de Bâle de 1972²⁷ au niveau du Conseil de l'Europe, qui ne rassemble qu'un petit nombre d'États, et la Convention de 2004 des Nations Unies²⁸²⁹, non encore en vigueur.

2) Deux types d'immunités

L'on distingue l'immunité de juridiction de l'immunité d'exécution. La première empêche les juridictions d'un État de connaître d'une demande et de rendre une décision contre un autre État tandis que la seconde s'oppose à l'exécution par un État de jugements ou d'injonctions obligatoires à l'encontre d'un autre État³⁰. Cette dernière interdit donc toute forme de contrainte à l'égard des biens d'États étrangers³¹.

Les limites à l'immunité de juridiction instaurées par la doctrine de l'immunité restrictive n'ont pas eu beaucoup d'effet immédiat sur l'immunité d'exécution relative aux biens des États³². Aujourd'hui encore, la pratique des États révèle qu'ils sont plus réticents à admettre des

²⁴ Andrea Bianchi souligne ainsi que si l'idée selon laquelle le régime de l'immunité reposerait désormais sur la théorie restrictive, face à laquelle l'immunité absolue aurait cédé, est quasiment incontesté en doctrine, certaines études particulièrement abouties qu'il cite remettent en question sa validité scientifique, voy. A. BIANCHI, « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, 2004, p. 68. De la même manière, Ernest K. Bankas présente une pratique étatique divisée. S'il est possible qu'une coutume régionale relative à la théorie restrictive se soit cristallisée, il doute de l'émergence d'une coutume générale consacrant la théorie de l'immunité restrictive étant donné le manque d'uniformité et de cohérence de la pratique générale. Pour un relevé des pratiques des États quant à une allégeance à la théorie restrictive ou absolue, voy. E. K. BANKAS, *op. cit.*, pp. 440 et s.

²⁵ H. FOX, *op. cit.*, p. 502.

²⁶ Il semble en effet que ce sur quoi les États partisans de la théorie restrictive s'accordent relève essentiellement des catégories d'exceptions, pas du type d'acte couvert ou non par l'immunité. Selon James Crawford, « [b]ien que l'adoption de la théorie restrictive n'évite pas le problème de la détermination de ses limites précises, un large consensus existe quant au type d'exceptions ». Patrick Daillier, Alain Pellet et Mathias Forteau affirment d'ailleurs, en parlant de la Convention des Nations Unies de 2004, que si les exceptions y contenues codifient à leur avis les solutions retenues par les jurisprudences nationales, il demeure en revanche de nombreuses divergences dans la pratique des États pour ce qui touche à la configuration précise de ces exceptions. Voy. J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 490 ; P. DAILLIER, A. PELLET et M. FORTEAU, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 501, n°290.

²⁷ Convention européenne sur l'immunité des États, conclue au sein du Conseil de l'Europe le 16 mai 1972, S.T.C.E., n°74.

²⁸ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée à New York le 2 décembre 2004, A/RES/59/38.

²⁹ R. VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 19.

³⁰ H. FOX, *op. cit.*, p. 35.

³¹ M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *op. cit.*, p. 646, n°411.

³² J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 503.

exceptions à l'immunité d'exécution qu'à l'immunité de juridiction³³. Ceci s'explique par le fait que les actes d'exécution à l'égard de biens d'un État constituent une plus grande interférence dans sa liberté de gérer ses propres affaires et de poursuivre ses objectifs publics que le prononcé d'un jugement par une juridiction nationale d'un autre État à son encontre³⁴.

La Cour internationale de Justice a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État* que l'immunité d'exécution des États concernant leurs biens situés à l'étranger s'étend au-delà de l'immunité de juridiction dont ils bénéficient devant les tribunaux étrangers. Ainsi, le prononcé d'un jugement à l'encontre d'un État dans le cadre d'une exception à son immunité juridictionnelle n'entraîne pas *ipso facto* la possibilité de procéder à son exécution par le biais de mesures de contraintes à l'égard de ses biens se trouvant hors de son territoire. La Cour ajoute encore que la renonciation par l'État à son immunité juridictionnelle ne vaut pas renonciation à son immunité d'exécution³⁵.

Comme le relève Philippe Vincent, une application stricte de ce principe priverait la distinction entre actes *iure imperii* et *iure gestionis* d'une grande partie de son intérêt. Un particulier qui aurait obtenu un jugement à l'encontre d'un État ne pourrait en effet le faire exécuter, mais devrait espérer que celui-ci face preuve de bonne volonté quant à la réparation de son dommage³⁶.

3) Les sources juridiques de l'immunité

L'immunité des États se trouve consacrée depuis longtemps par le droit coutumier³⁷ mais elle a également fait l'objet de codifications internationales, dont les principales sont la Convention européenne de Bâle de 1972 ainsi que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004³⁸³⁹. Des accords bilatéraux

³³ H. FOX, *op. cit.*, p. 600.

³⁴ *Ibid.*, p. 601. Dans le même sens, voy. J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 503.

³⁵ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 113.

³⁶ P. VINCENT, « Du droit au juge en cas de violation du droit international humanitaire : la question de l'immunité de juridiction des États à la lumière de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)* de la Cour internationale de Justice du 3 février 2012 », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, vol. 3, 2012, document disponible sur ORBi, p. 18.

³⁷ M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *op. cit.*, p. 641, n°407 ; J. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 487. Sally El Sawah conteste néanmoins ce fondement coutumier des immunités étatiques au motif que les pratiques des États présentent de trop profondes divergences, imprécisions et incohérences, lesquelles ne permettent pas de dégager une coutume internationale. Pour de plus amples développements à ce sujet, voy. S. EL SAWAH, *Les immunités des États et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 101 et s. Le fondement coutumier des immunités est cependant affirmé dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004.

³⁸ F. DEHOUSSE, J.G. MARTINEZ, C. THIRY, F. VOLPI, et M. WUINE, *Droit international public, Tome II : Les acteurs de la société internationale*, syllabus, Faculté de Droit, Science politique et Criminologie de l'Université de Liège, 2022-2023, p. 67.

³⁹ L'on peut également citer la Convention de Bruxelles de 1926 pour l'unification de certaines règles concernant les navires d'États, plus spécifique. Voy. H. FOX, *op. cit.*, p. 174.

entre États existent également en la matière⁴⁰. Certains États ont également adopté des lois nationales relatives à l'immunité⁴¹.

La Convention de Bâle de 1972, conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, représente un compromis entre les pratiques diverses des États membres en matière d'immunité⁴². Comme l'indique son préambule, elle vise à établir des règles communes quant à l'étendue des immunités de juridiction et d'exécution. Entrée en vigueur le 11 juin 1976⁴³, la convention n'a cependant été que très peu ratifiée⁴⁴.

La Convention des Nations Unies, adoptée par une résolution de l'Assemblée générale du 2 décembre 2004, avait vocation à codifier la coutume existante en matière d'immunités des États⁴⁵. Les dispositions de la Convention s'inspirent très largement du projet d'articles de la Commission de droit international de 1991, dont elle reprend majoritairement mot pour mot le contenu⁴⁶. Elle n'est cependant toujours pas entrée en vigueur, à défaut de réunir le nombre minimal de ratifications nécessaires fixé par son article 30⁴⁷.

Le caractère coutumier de la Convention des Nations Unies est cependant largement discuté. Ainsi, pour Sally El Sawah, la Convention des Nations Unies ne constitue pas plus une codification de la pratique des États que la Convention de Bâle. Les deux conventions sont en réalité le résultat d'un compromis entre des conceptions étatiques divergentes et ne posent que des exigences minimales, de sorte à pouvoir être acceptée par une majorité d'États⁴⁸. La Cour européenne des droits de l'homme, au contraire, a affirmé le caractère coutumier de la Convention de 2004 dans sa jurisprudence⁴⁹. Quant à la CIJ, elle ne semble pas avoir suivi la

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ C'est le cas des États-Unis, du Royaume-Uni, de Singapour, du Pakistan, de l'Afrique du Sud, du Canada, de la Malaisie, du Malawi, de l'Australie, de l'Argentine, de la Chine, d'Israël et du Japon. Sur ce point, voy. L. F. DAMROSCH, « The Sources of Immunity Law – Between International and Domestic Law », *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, T. RUYSS, N. ANGELET et L. FERRO (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 48.

⁴² M.-O., REYNAUD, *op. cit.*, pp. 924 et s.

⁴³ Information disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=074>

⁴⁴ Au 1^{er} février 2023, elle ne compte toujours que 8 États, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse.

⁴⁵ P. VINCENT, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁶ H. FOX, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁷ L'article requiert en effet un minimum de 30 ratifications pour son entrée en vigueur et au 1^{er} février 2023, seuls 23 États sont parties à la convention. Cette information est disponible sur le site suivant : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_fr

⁴⁸ S. EL SAWAH, *op. cit.*, pp. 305-306, n°731-731.

⁴⁹ Selon la Cour, « [l']immunité de juridiction des États est régie par le droit international coutumier, dont la codification a été réalisée par la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens », voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011, § 18. Le caractère coutumier de l'article 11 de la Convention des Nations Unies de 2004 avait cependant déjà été affirmé par la Cour, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, § 67 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guadagnino c. Italie et France*, 18 janvier 2011, § 70.

Cour EDH sur ce point⁵⁰. Il faut dire que le faible engouement des États à ratifier la Convention de 2004 déforce la thèse du caractère coutumier⁵¹.

Les deux conventions prévoient une série d'hypothèses dans lesquelles l'État ne peut se prévaloir de son immunité⁵². Plusieurs de ces exceptions sont d'ailleurs communes aux deux instruments. Il s'agit notamment du consentement de l'État à l'exercice par un autre de sa juridiction à son égard (ou de la renonciation par l'État à son immunité), de demandes reconventionnelles introduites par un État devant les tribunaux d'un autre État, d'une obligation résultant d'un contrat dans la Convention de Bâle et de transactions commerciales dans la Convention des Nations Unies, de certains litiges relatifs à des contrats de travail, etc.

Par ailleurs, témoignage de la réticence des États à reconnaître des limitations à l'immunité d'exécution, les deux conventions prévoient un nombre beaucoup plus limité d'exceptions à cette dernière qu'à l'immunité juridictionnelle. Ainsi la Convention de Bâle prévoit pour seule exception le consentement de l'État tandis que la Convention des Nations Unies ne prévoit que deux exception supplémentaires⁵³.

Si ces conventions s'inspirent de la théorie restrictive de l'immunité juridictionnelle, au-delà des exceptions relatives aux actes *iure gestionis*, Alberto Costi relève l'existence d'une « zone grise » comprenant diverses exceptions potentielles, controversées, à l'immunité⁵⁴.

Parmi celles-ci, l'on retrouve notamment l'hypothèse de la violation par l'État de normes de *ius cogens*. L'appendice de l'annexe au rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens avait d'ailleurs souligné « une thèse de plus en plus souvent avancée selon laquelle il conviendrait de refuser l'immunité en cas de décès ou de dommage corporels résultant d'actes commis par un État en violation de normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *ius cogens*, notamment l'interdiction de la torture »⁵⁵. À la suite de développements relatifs à des pratiques récentes des États-Unis et du Royaume-Uni, l'appendice invitait la Sixième Commission à ne pas négliger ces faits, non expressément traités par le projet d'articles⁵⁶. Malgré ces remarques, le texte de la Convention de 2004 n'a

⁵⁰ En effet, dans son arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*, constatant l'absence de ratification par l'Italie comme par l'Allemagne de la Convention de 2004 ainsi que son défaut d'entrée en vigueur, la Cour n'invoque pas le caractère coutumier des dispositions conventionnelles mais en exclut l'application. Voy. C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 54.

⁵¹ F. DEHOUSSE, J.-S. JAMART, C. THIRY, X. MINY, et M. WUINE, *Droit international public, Tome III : Les sources du droit international public*, syllabus, Faculté de Droit, Science politique et Criminologie de l'Université de Liège, 2022-2023, p. 113 et s.

⁵² Voy. les articles 1 à 15 de la Convention de Bâle et 7 à 17 de la Convention des Nations Unies.

⁵³ Voy. l'article 23 de la Convention de Bâle et 18 à 19 de la Convention des Nations Unies. Cette dernière ajoute une exception à l'immunité d'exécution dans l'hypothèse où l'État aurait réservé ou affecté des biens à satisfaction d'une demande qui fait l'objet de la procédure. Elle prévoit encore une autre exception dans le cas où, s'agissant de mesures de contrainte postérieures au jugement, il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commercial et sont situés sur le territoire de l'État du for, à condition que les mesures de contrainte ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.

⁵⁴ A. COSTI, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁵ Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire de la Commission du Droit International*, Vol. II, Partie 2, 1999, p. 181, § 3.

⁵⁶ *Ibid.*, §§ 4 à 13.

retenu aucun aménagement à l'immunité de l'État dans le cas où il violerait des normes impératives⁵⁷.

CHAPITRE 2 : LE *IUS COGENS*

Le droit international public se caractérise par une absence de hiérarchie entre ses différentes sources, au contraire du droit national. Dans un tel système, les conflits de normes se règlent dès lors à l'aide de principes tels que *lex posterior derogat priori* ou *lex specialis derogat legi generali*⁵⁸. Cependant, comme le soulignent Mathias Forteau, Alina Miron et Alain Pellet, il convient de différencier normes juridiques internationales et sources formelles du droit international⁵⁹. En effet, l'absence de hiérarchie des sources n'implique pas une absence de hiérarchie entre les normes. S'agissant des normes juridiques, une hiérarchie existe entre les normes impératives, ou *ius cogens*, et les autres normes de droit international public⁶⁰.

C'est la Convention de Vienne sur le droit des traités qui consacre officiellement la notion de *ius cogens*⁶¹. Elle est formellement entrée dans le droit international par les articles 53 et 64 de la Convention qui prévoient l'illégalité de traités contraires à une norme de *ius cogens*⁶². L'article 53 prévoit ainsi la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative de droit international général qui existe au moment de sa conclusion tandis que l'article 64 vise l'hypothèse de nullité d'un traité, mais seulement pour l'avenir, du fait de la survenance d'une nouvelle norme impérative.

L'article 53 définit à cette occasion la norme impérative de droit international général comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère »⁶³.

⁵⁷ P. WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, « L'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)* : La Cour internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international », *Anuario colombiano de derecho internacional*, vol. 11, 2018, p. 53.

⁵⁸ M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 105 ; P. DAILLIER, A. PELLET et M. FORTEAU, *op. cit.*, p. 128, n°60.

⁵⁹ M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *op. cit.*, p. 512, n°325.

⁶⁰ Pour les auteurs, une hiérarchisation entre les normes ne peut être déduite de leur origine étant donné que les sources formelles de droit internationales ne sont pas hiérarchisées. La hiérarchie peut alors résulter d'autres critères comme le degré de spécialité des règles ou leur articulation chronologique. Cependant, « [l]e seul cas où l'on peut, à proprement parler, faire application du principe hiérarchique est celui d'un conflit entre une norme impérative (*ius cogens*) et une autre norme conventionnelle, coutumière ou unilatérale. Toutefois, dans les autres cas, il existe, sinon un principe hiérarchique, du moins des règles de solution des conflits, soit entre règles conventionnelles, soit entre règles coutumières. », *Ibid.*, p. 517, n°328.

⁶¹ E. K. BANKAS, *op. cit.*, p. 363.

⁶² T. WEATHERALL, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 5.

⁶³ C'est d'ailleurs cette définition qui se trouve dans le projet de conclusions sur l'identification et les conséquences juridiques des normes impératives de droit international général, adopté en seconde lecture par la Commission du droit international. Voy. Rapport de la Commission du droit international, conclusion 3, Chapitre IV : Normes impératives du droit international général (*jus cogens*), soixante-troisième session,

Bien que la Convention de Vienne ne concerne que le droit des traités, l'article 53 renvoie à un concept qui ne se limite pas à ce contexte⁶⁴. De plus, Antonio Cassese observe qu'une règle coutumière s'est développée et que selon celle-ci, certaines normes générales de droit international sont de nature impérative et possèdent par conséquent une force juridique spéciale, c'est-à-dire qu'elles ont la capacité d'interdire et d'annuler toute norme contraire⁶⁵.

Ainsi, le *ius cogens* ne constitue pas une nouvelle source de droit international mais désigne plutôt une qualité particulière, supérieure de la norme⁶⁶. Ces règles impératives fonctionnent « comme un ordre public qui protège le système juridique contre les lois, actes et transactions incompatibles »⁶⁷. La logique derrière ces normes impératives est que les intérêts de la communauté internationale prévalent sur les intérêts individuels d'États, ce qui rend les règles relatives aux premiers absolues tandis que les autres normes de droit international sont relatives, en ce qu'elles concernent les seconds⁶⁸. Du fait de l'introduction de ces normes de *ius cogens*, l'on assiste au passage d'un système international pleinement horizontal et consensuel à un système plus vertical⁶⁹.

Étant donné l'impact du *ius cogens*, à savoir la nullité de normes coutumières comme conventionnelles contraires, mais aussi son influence en matière de responsabilité internationale⁷⁰, se pose la question de la détermination de la règle impérative. Pour qu'une norme obtienne le statut de *ius cogens*, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités suppose un passage par deux étapes : la norme⁷¹ doit d'abord faire partie du droit international général, puis être acceptée et reconnue comme norme impérative par la communauté internationale dans son ensemble⁷². Alexander Orakhelashvili précise que c'est bien une acceptation par la communauté internationale dans son ensemble qui est requise et non un consentement de chacun des États individuellement⁷³. Si l'unanimité parmi les États n'est pas nécessaire pour qu'une norme accède au rang de *ius cogens*, une large majorité des États doit toutefois accepter son caractère impératif⁷⁴. Ainsi, l'objection persistante d'un ou plusieurs États n'empêche pas la reconnaissance du caractère impératif de la norme, laquelle sera d'ailleurs opposable à cet ou ces État(s)⁷⁵. Il s'agit dès lors d'une importante entorse au

A/77/10, p. 12.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 6-7.

⁶⁵ A. CASSESE, *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2e éd., 2005, pp. 204-205.

⁶⁶ M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 107 ; M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *op. cit.*, p. 265, n°156.

⁶⁷ A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 10.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 9 ; En ce sens également voy. H. RUIZ FABRI et E. STOPPIONI, « *Jus cogens* before international courts: the mega-political side of the story », *Law and contemporary problems*, vol. 84 (4), 2021, p. 167.

⁷⁰ Notamment en ce que les obligations découlant de règles de *ius cogens* sont dues à la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*). Concernant l'influence du *ius cogens* en termes de responsabilité internationale, voy. notamment M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 108 ; M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *op. cit.*, pp. 1089-1091, n°730 et pp. 1136-1139, n°770-771.

⁷¹ Conventionnelle ou coutumière, selon Malcolm N. Shaw et Ernest K. Bankas qui considèrent que seules des normes issues de traités ou de la coutume peuvent donner lieu à des normes de *ius cogens*. Voy. M. N. SHAW, *op. cit.*, pp. 107-108 ; E. K. BANKAS, *op. cit.*, pp. 368-369.

⁷² M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 107 ; E. K. BANKAS, *op. cit.*, p. 368.

⁷³ A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, pp. 105-108.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁷⁵ M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *op. cit.*, p. 265, n°156.

principe du consensualisme, au caractère volontariste du droit international public, puisqu'un État peut se voir imposer une norme, impérative qui plus est, à laquelle il n'a nullement consenti. Notons également que face à une règle de *ius cogens*, aucune considération de réciprocité n'est admise⁷⁶.

Quant aux normes actuellement reconnues comme faisant partie du *ius cogens*, elles ont été en grande partie dégagées par la jurisprudence⁷⁷. La Commission du droit international cite à ce titre, de manière non-exhaustive, la prohibition de l'agression, du génocide, des crimes contre l'humanité, les règles de base du droit international humanitaire, la prohibition de la discrimination raciale et de l'apartheid, de l'esclavage, de la torture ainsi que le droit à l'autodétermination⁷⁸. D'autres listes ajoutent l'interdiction de la piraterie⁷⁹, ou encore des disparitions forcées⁸⁰.

CHAPITRE 3 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

En ce qu'elle s'oppose à la connaissance par les juridictions nationales de demandes dirigées contre des États étrangers, c'est essentiellement sous l'angle de l'article 6 qu'est envisagée l'immunité étatique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La présente partie résume donc les garanties offertes par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸¹, avant de présenter les premiers arrêts de la Cour en matière d'immunité de l'État, ainsi que l'évolution de sa jurisprudence.

1) L'article 6 §1

Selon la Cour, le droit au procès équitable contenu dans l'article 6 §1 recouvre tant le droit à un tribunal, c'est-à-dire le droit de chacun à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, que les garanties relatives à l'organisation, au déroulement de l'instance ainsi qu'à la composition du tribunal⁸². Depuis l'arrêt *Golder*, il est établi que le droit d'accès à un tribunal, soit le droit de le saisir, constitue une composante du droit à un tribunal consacré par l'article 6 §1 de la CEDH⁸³.

⁷⁶ A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁷ Pour un relevé détaillé des différents arrêts, voy. M. FORTEAU, A. MIRON, et A. PELLET, *op. cit.*, pp. 267-268, n°158 ; E. K. BANKAS, *op. cit.*, pp. 369-370.

⁷⁸ Rapport de la Commission du droit international, Chapitre IV : Normes impératives du droit international général (*ius cogens*), soixante-treizième session, A/77/10, pp. 89-93.

⁷⁹ E. K. BANKAS, *op. cit.*, p. 364.

⁸⁰ Troisième rapport sur les normes impératives de droit international général, Commission du droit international, soixante-dixième session, A/CN.4/714, § 132.

⁸¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faite à Rome le 4 novembre 1950, S.T.E., n°005.

⁸² Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36.

⁸³ *Ibid.*

De plus, comme l'a répété la Cour à maintes reprises, la Convention a pour but de protéger non pas des droits théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs. La concrétude et l'effectivité, particulièrement importantes concernant le droit d'accès à un tribunal étant donné la place qu'occupe le procès équitable dans une société démocratique, s'apprécient par ailleurs à la lumière de l'ensemble des éléments de la cause⁸⁴.

Notons encore que, selon la Cour, le droit à un tribunal protégé par l'article 6 §1 serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État partie permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante, raison pour laquelle elle a affirmé que l'article 6 visait également l'exécution des décisions judiciaires⁸⁵.

Le droit d'accès à un tribunal ne constitue cependant pas un droit absolu, il peut être soumis à des limitations par les États parties à la CEDH⁸⁶. Ainsi, parmi les exemples de restrictions à l'article 6, l'on retrouve notamment les règles relatives à l'immunité des États. Pour être conforme à la CEDH, il faut toutefois que ces limitations respectent plusieurs conditions. Elles doivent tout d'abord poursuivre un but légitime et constituer des moyens proportionnés d'y parvenir. Ensuite, elles ne peuvent restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière telle ou à un point tel que le droit découlant de la Convention s'en trouve atteint dans sa substance même⁸⁷.

2) Le premier acte de la jurisprudence relative aux immunités étatiques

Par les arrêts *Fogarty c. Royaume-Uni*, *McElhinney c. Irlande* et *Al-Adsani c. Royaume-Uni*⁸⁸, rendus en Grande Chambre le 21 novembre 2001, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur la compatibilité des immunités étatiques avec l'article 6 §1 de la CEDH⁸⁹.

Dans l'arrêt *Fogarty*, la requérante s'était vue licenciée de son poste d'assistante administrative à l'ambassade des Etats-Unis. Elle avait saisi une juridiction britannique aux fins d'attaquer son licenciement, lequel aurait été motivé par une discrimination fondée sur le sexe. Elle avait alors obtenu gain de cause dans cette affaire l'opposant aux États-Unis. Par la suite, elle avait proposé sa candidature pour d'autres postes à l'ambassade mais fut écartée par les États-Unis. Mme Fogarty saisit donc à nouveau le juge britannique pour se plaindre du refus des États-Unis de l'engager à nouveau. À l'égard de cette nouvelle demande, l'État s'est cependant prévalu de son immunité, arguant que les postes pour lesquels Mme Fogarty avait déposé sa candidature relevaient des emplois administratifs et techniques de l'ambassade, couverts par l'immunité de juridiction en vertu de la loi britannique de 1978 sur l'immunité

⁸⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, §§ 24-28 ; Cour eur. D.H., arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, § 35.

⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, § 40.

⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 38.

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 38 ; Cour eur. D.H., arrêt *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, § 59 ; Cour eur. D.H., arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, § 28.

⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

⁸⁹ X. YANG, « State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions », *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 2004, p. 333.

des États⁹⁰. Face à cet obstacle à la compétence des juridictions britanniques, la requérante a porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant la violation de l'article 6 de la CEDH⁹¹.

L'arrêt *McElhinney* concernait un fonctionnaire de police irlandais qui avait intenté une action en responsabilité du fait du dommage qu'il avait subi à la suite de tirs dirigés vers lui par un militaire à la frontière entre le Royaume-Uni et l'Irlande. Aux yeux du requérant, l'application de l'immunité l'avait privé du droit d'obtenir une décision sur sa demande de réparation, en violation de l'article 6 de la CEDH⁹².

L'arrêt *Al-Adsani* faisait suite à une action en dommages et intérêts introduite au Royaume-Uni par un ressortissant de nationalité britannique et koweïtienne en raison de tortures subies au Koweït. M. Al-Adsani se vit d'abord refuser la possibilité d'assigner le Koweït. La Cour d'appel autorisa la notification de l'assignation mais aucun jugement ne put être obtenu, le Koweït ayant sollicité la radiation de l'affaire au rôle en invoquant son immunité. Il ne lui fut pas non plus possible de saisir la Chambre des Lords. L'affaire fut ensuite portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le requérant invoquait la violation de l'article 3, combiné avec les articles 1 et 13, ainsi que de l'article 6 de la CEDH⁹³.

Dans ces trois arrêts, la Cour procède de la même manière pour évaluer la compatibilité de la limitation posée par l'immunité de l'État avec l'article 6 §1.

La Cour rappelle d'abord que le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu mais se prête à des limitations de la part des États, lesquels jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation⁹⁴.

Elle affirme encore que l'octroi de l'immunité à un État dans une procédure civile poursuit un but légitime, à savoir celui de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États, grâce au respect de la souveraineté d'un autre État⁹⁵.

Ensuite, lors de l'évaluation de la proportionnalité de la mesure, la Cour, guidée par l'article 31 §3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, considère que dans son interprétation de la CEDH, elle doit tenir compte des principes pertinents de droit international, mais encore que la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec ces autres règles, y compris celles qui concernent l'octroi de l'immunité aux États⁹⁶. De l'avis de la Cour, l'on ne peut de façon générale tenir pour disproportionnée une restriction au droit d'accès à un tribunal qui résulte des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunités étatiques⁹⁷. Elle ajoute

⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 13.

⁹¹ *Ibid.*, § 21.

⁹² Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 20.

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §§ 23 et 42.

⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 33 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 34 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 53.

⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 34 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 35 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 54.

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 35 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 36 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 55.

⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 36 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c.*

encore que « [d]e même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des États »⁹⁸. La Cour fait ainsi usage de la théorie des « limitations implicites » énoncée dans l'arrêt *Golder*, qualifiant les immunités de juridiction comme de telles limitations au droit d'accès à un tribunal⁹⁹.

Dès lors, dans les trois arrêts, la Cour conclut qu'en dépit d'une tendance en droit international et comparé à limiter l'immunité dans certains cas, s'agissant des litiges relatifs à un emploi dans une mission ou ambassade étrangère, spécialement en matière de recrutement, à des dommages dus à un acte ou une omission survenus dans l'État du for, ou encore à des dommages résultant d'actes de tortures perpétrés hors de l'État du for, alors même que la Cour reconnaît que la prohibition de la torture a valeur de *ius cogens*¹⁰⁰, aucune exception à l'immunité juridictionnelle ne semble suffisamment établie en droit international¹⁰¹. La Cour européenne des droits de l'homme n'aperçoit dès lors aucune violation de l'article 6 §1¹⁰².

Il faut noter la manière dont la Cour conçoit les rapports entre les droits énoncés dans la CEDH, en l'occurrence en son article 6 §1, et les autres normes de droit international, dont celles relatives aux immunités des États. Loin de voir un conflit entre elles, lequel suppose, face à des normes proposant des solutions contradictoires, d'en appliquer une au préjudice de l'autre, la Cour considère plutôt qu'il convient d'interpréter ces règles l'une par rapport à l'autre¹⁰³. Étant donné l'absence de conflit de normes du fait de la méthode d'interprétation suivie par la Cour, le caractère impératif des règles de *ius cogens*, parmi lesquelles l'interdiction de la torture, est indifférent et ne conduit pas la Cour à conclure à une exception à l'immunité en cas de violation d'une telle norme¹⁰⁴. L'opinion dissidente des juges Rozakis et Caflich ne partage pas cette conception de la Cour mais aperçoit au contraire un véritable conflit de normes, entre l'interdiction de la torture, règle impérative, d'une part et l'application de l'immunité de l'État, d'autre part, lequel doit se résoudre en faveur de la première¹⁰⁵.

Irlande, 21 novembre 2001, § 37 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 56.

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 36 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c.*

Irlande, 21 novembre 2001, § 37 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 56.

⁹⁹ F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Contentieux européen, Paris, Pedone, 2004, p. 23.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 61.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §§ 37-39 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, §§ 38-40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §§ 57-67.

¹⁰² Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 39 ; Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001, § 40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, §67.

¹⁰³ A. LAGERWALL et A. LOUWETTE, « La reconnaissance par le juge belge d'une immunité à un État ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal ? », *Revue de droit commercial belge*, 2014, p. 33.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Opinion dissidente commune à MM. les juges Rozakis et Caflich, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajic. Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

3) L'immunité d'exécution

Puisque la Cour considère l'exécution d'une décision judiciaire comme faisant partie du droit à un tribunal protégé par l'article 6, se pose dès lors également, outre la question de la compatibilité de l'immunité juridictionnelle, celle de l'immunité d'exécution des États au regard de la CEDH.

Adopté à une courte majorité de 9 juges sur 17, l'arrêt *Al-Adsani* a néanmoins trouvé une première confirmation, cette fois en matière d'immunité d'exécution, dans la décision sur la recevabilité *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*¹⁰⁶ rendu en 2002.

Cette affaire fut portée devant la Cour par 257 requérants grecs, parents de victimes du massacre commis à Distomo par les forces d'occupation nazies en 1944. Après avoir obtenu un jugement condamnant l'Allemagne à leurs verser des sommes en réparation de dommages matériels et moraux, les requérants ont initié la procédure de recouvrement prévue par le code de procédure grec mais se sont heurtés au refus de l'Allemagne d'exécuter la décision. Saisi d'une demande d'autorisation de procéder à l'exécution forcée à l'encontre de l'Allemagne, le ministre de la Justice grec l'a refusée aux requérants. Malgré une décision favorable en instance, la Cour d'appel, dont la décision fut confirmée par la Cour de cassation, fit droit à l'opposition de l'Allemagne.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants ont soutenu que le droit relatif aux crimes contre l'humanité est si fondamental qu'il constitue une norme de *ius cogens*. Raisonnant de la même manière que dans l'arrêt *Al-Adsani*, la Cour conclut cependant que le refus d'exécution du ministre de la Justice ne constituait pas une restriction injustifiée au droit d'accès à un tribunal. En effet, « il n'est pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le territoire d'un autre État »¹⁰⁷.

Plus largement, en matière d'immunité d'exécution, la Cour adopte le même raisonnement que celui qu'elle suit face aux immunités juridictionnelles dont bénéficient les États¹⁰⁸. Ainsi, leur octroi dans des litiges civils satisfait aux exigences de l'article 6 §1 tant qu'il demeure dans les limites tracées par le droit international¹⁰⁹, lequel n'admet que de très rares hypothèses d'exceptions à l'immunité d'exécution.

Dans ses arrêts relatifs à cette immunité, la Cour n'a pas donné une place prépondérante à la Convention des Nations Unies de 2004 lors la détermination des contours du droit international pertinent en la matière au stade de l'évaluation de la proportionnalité de la mesure, ce que la Cour a pourtant fait en matière de contrat de travail¹¹⁰. Ceci s'explique

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, 12 décembre 2002.

¹⁰⁷ *Ibid.*, point D.1 a)

¹⁰⁸ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kirovi c. Bulgarie et Turquie*, 2 octobre 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Hirschhorn c. Roumanie*, 26 juillet 2007.

¹⁰⁹ A. LAGERWALL et A. LOUWETTE, *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁰ L. RODGERS, « State immunity and employment relationships before the European Court of Human Rights », *ERA-Forum*, vol. 19 (4), 2019, pp. 541 et s.

certainement par le fait que ces arrêts précèdent la jurisprudence initiée avec l'arrêt *Cudak*¹¹¹ qui attribue à la Convention un caractère coutumier. L'on peut donc légitimement penser que si la Cour était amenée à se prononcer sur la question des immunités d'exécution à l'avenir, elle fonderait son analyse sur cet instrument, comme elle le fait désormais en matière d'immunités de juridiction.

4) Le *statu quo* en matière de *ius cogens*

Par souci de complétude, la décision sur la recevabilité *Grosz c. France*¹¹² de 2009 peut tout d'abord être abordée. Dans cette affaire, M. Grosz avait été déporté et contraint au travail obligatoire de mai 1943 à mai 1945. En 2002, il saisit une juridiction prud'homale aux fins d'obtenir une condamnation de l'Allemagne au paiement d'une somme en rémunération de ces deux années de travail obligatoire, ainsi que des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant des conditions de travail auxquelles il a dû faire face. La juridiction déclara cependant la demande irrecevable eu égard à l'immunité juridictionnelle dont jouissait l'Allemagne, décision qui fut confirmée tant par la Cour d'appel que par la Cour de cassation.

Si les circonstances de l'affaire *Grosz* rappellent l'arrêt *Ferrini* de la Cour de cassation italienne, là où la juridiction italienne considère que la déportation et le travail forcé contreviennent à des normes de *ius cogens*¹¹³, la Cour européenne ne se réfère pas à de telles normes en l'espèce. Ainsi, la Cour ne qualifie-t-elle pas comme tel l'interdiction du travail forcé par exemple. Elle se contente de rejeter automatiquement la demande, au motif que l'on ne saurait tenir pour disproportionnée une limite au droit d'accès à un tribunal résultant de mesures qui reflètent les règles généralement reconnues en matière d'immunité des États¹¹⁴. Compte tenu de l'absence d'explications fournies par la Cour, la décision se révèle assez peu instructive.

L'arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*¹¹⁵ rendu en 2014, largement plus développé, ramena la délicate question des immunités étatiques en cas de violations du *ius cogens* devant la Cour européenne des droits de l'homme, après une évolution de sa jurisprudence en matière d'emploi. Dans l'affaire *Jones*, les quatre requérants avaient fait l'objet d'une détention en Arabie Saoudite, pendant laquelle ils furent exposés à des tortures. Tous saisirent les juridictions britanniques dès leur retour au Royaume-Uni. Le premier requérant introduisit une action contre l'Arabie Saoudite, le ministre de l'Intérieur d'Arabie Saoudite et le lieutenant-colonel qui l'avait torturé. L'Arabie Saoudite sollicita toutefois la radiation au rôle

¹¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010.

¹¹² Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Grosz c. France*, 16 juin 2009.

¹¹³ Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione), *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2004, décision n°5044/2004, *International Law Reports*, vol. 128, p. 668, § 9.

¹¹⁴ *Ibid.*, point A. 2.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014. L'arrêt traite avant tout de la question de savoir si les agents de l'État peuvent bénéficier de son immunité dans des litiges civils relatifs à des tortures, posée pour la première fois à la Cour dans cet arrêt, comme le souligne l'opinion dissidente de la juge Kalaydjieva. Pour un commentaire de l'arrêt, spécialement relativement à l'immunité des individus, voy. C. I. KEITNER, « Jones v. United Kingdom », *The American journal of international law*, vol. 108 (2), 2014, pp. 302-308; C. RYNGAERT, « Jones v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Restricts Individual Accountability for Torture », *Utrecht journal of international and European law*, vol. 30 (79), pp. 47-50.

de l'affaire, arguant qu'elle, ses serviteurs et agents avaient droit à l'immunité. Les trois autres requérants dirigèrent leur action contre deux policiers, le directeur adjoint de la prison où ils avaient été détenus ainsi que le ministre de l'Intérieur.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, M. Jones soutint que l'octroi de l'immunité au Royaume d'Arabie saoudite par les juridictions britanniques constituait une ingérence disproportionnée dans son droit d'accès à un tribunal, pourtant garanti par l'article 6 §1 de la CEDH¹¹⁶.

En dépit d'une demande des requérants de se distancier de l'arrêt *Al-Adsani* rendu par la Grande Chambre, contestant notamment le contrôle de proportionnalité effectué alors, la chambre de 7 juges qui connaissait de l'affaire *Jones* décida de suivre cette jurisprudence, sans se dessaisir au profit de la Grande Chambre¹¹⁷. Puisque la Cour avait décidé de maintenir la méthode initiée dans l'arrêt *Al-Adsani*, se posait uniquement, selon la juridiction strasbourgeoise, la question de l'évolution du droit international. La Cour devait donc rechercher si, depuis l'arrêt *Al-Adsani*, une exception à l'immunité de l'État en matière de torture avait pu se développer, de telle sorte que l'octroi de l'immunité à l'Arabie saoudite par le Royaume-Uni aurait pu être tenu pour contraire au droit international public¹¹⁸.

Si la Cour a relevé une série de décisions émanant des États et traitant de l'immunité face à des violations de normes de *ius cogens*, elle n'a pas estimé nécessaire de les examiner en détail. Elle a décidé, au contraire, de s'en référer à l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État* rendu par la CIJ en 2012, aux termes duquel aucune exception à l'immunité de l'État tirée du *ius cogens* ne s'était encore cristallisée en droit international¹¹⁹. La Cour a donc considéré que l'octroi de l'immunité à l'Arabie saoudite résultant de l'application de la loi britannique ne constituait pas une restriction injustifiée à l'accès à un tribunal. La radiation de l'action introduite par M. Jones contre l'Arabie saoudite n'avait pas entraîné de violation de l'article 6 de la CEDH¹²⁰.

Enfin, l'arrêt *J.C. et autres c. Belgique*¹²¹ de 2021 doit encore être mentionné. Dans cette affaire, les requérants ont introduit des actions en responsabilité civile contre le Saint-Siège, plusieurs dirigeants de l'Église catholique de Belgique ainsi que des associations catholiques. Ils entendaient obtenir réparation du préjudice résultant des abus sexuels dont ils avaient été victimes par des prêtres ou des religieux catholiques, mais aussi de l'omission coupable et de la politique du silence de l'Église en matière d'abus sexuels. Les juridictions belges ont rejeté la demande dirigée contre le Saint-Siège au motif qu'il disposait d'une immunité juridictionnelle, à l'image d'un État souverain¹²². Les requérants ont donc porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal¹²³.

¹¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, § 158.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 195.

¹¹⁸ *Ibid.*, § 196.

¹¹⁹ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 91.

¹²⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, § 198.

¹²¹ Cour eur. D.H., arrêt *J. C. et autres c. Belgique*, 12 octobre 2021.

¹²² *Ibid.*, §§ 4-15.

¹²³ *Ibid.*, § 34.

Si le principal intérêt de l'arrêt réside dans le fait qu'est soulevée pour la première fois la question de l'immunité du Saint-Siège devant la Cour¹²⁴, il est aussi l'occasion de réaffirmer, lors de l'examen de la proportionnalité de la limitation, que « [d]ans la mesure où les requérants allèguent que l'immunité de juridiction des États ne peut être maintenue dans des cas où sont en jeu des traitements inhumains ou dégradants, la Cour rappelle qu'elle a déjà examiné à plusieurs reprises des arguments similaires. Elle a toutefois conclu chaque fois que dans l'état du droit international, il n'était pas permis de dire que les États ne jouissaient plus de l'immunité juridictionnelle dans des affaires se rapportant à des violations graves du droit des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, ou à des violations d'une règle de *jus cogens* »¹²⁵. La formule traduit l'absence de différence faite par la Cour entre les violations graves des droits de l'homme, de droit humanitaire et autres règles qui relèvent du *ius cogens* et celles qui n'en font pas partie. Ainsi, la Cour ne cherche pas en l'espèce à déterminer si les comportements reprochés s'opposent à une norme de *ius cogens*. L'on observe une fois encore que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la qualité de la norme violée importe peu, aucune inflexion à l'immunité de l'État n'étant susceptible d'en découler.

Par ailleurs, l'arrêt offre une opportunité à la Cour de rappeler que « la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un État avec l'article 6 §1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige »¹²⁶, idée qui se trouve désormais renforcée par l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*¹²⁷, cité par la Cour.

Il faut donc conclure qu'en matière de violation de normes de *ius cogens*, la position de la Cour demeure inchangée. L'application de l'immunité étatique dans cette hypothèse n'emporte pas de violation de l'article 6.

CHAPITRE 4 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1) L'origine du litige

a) Le contexte factuel

Au cours de la seconde guerre mondiale, l'Italie fut d'abord alliée du Reich allemand. En septembre 1943, après la destitution de Mussolini, elle se rendit toutefois aux Alliés et déclara la guerre à l'Allemagne. Les forces allemandes occupaient toujours une grande partie de l'Italie, ce qui mena, entre octobre 1943 et la fin de la guerre, à la perpétration de plusieurs

¹²⁴ A. DENIS, « De l'application au Saint-Siège des règles du droit international relatives aux immunités », *Revue critique de droit international privé*, vol. 2 (2), 2022, p. 366.

¹²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *J. C. et autres c. Belgique*, 12 octobre 2021, § 64.

¹²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *J. C. et autres c. Belgique*, 12 octobre 2021, § 71.

¹²⁷ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 101.

massacres de civils italiens ou à des déportations en vue de les astreindre au travail forcé. Faits prisonniers par l'Allemagne en Italie ou ailleurs en Europe, ces soldats italiens se virent cependant dénier le statut de prisonnier de guerre¹²⁸.

À la suite du conflit, plusieurs démarches furent entreprises par l'Allemagne pour une indemnisation des victimes. Une loi fédérale relative à l'indemnisation des victimes de la persécution national-socialiste fut d'abord adoptée. À cause de son champ d'application étroit, elle se montra cependant insatisfaisante. Deux accords furent ensuite conclus entre l'Italie et l'Allemagne en 1961. L'un d'entre eux, visant à l'indemnisation des ressortissants italiens ayant fait l'objet de mesures de persécution sous le régime national-socialiste, donna lieu à un versement de quarante millions de marks allemands. Enfin, la loi du 2 août 2000 adoptée par l'Allemagne en vue de la création d'une fondation « Mémoire, responsabilité et avenir » devait notamment pourvoir à l'indemnisation des personnes qui avaient été soumises au travail forcé. La réparation était cependant refusée par le texte aux personnes qui avaient le statut de prisonnier de guerre. Des milliers d'anciens internés militaires italiens furent ainsi exclus du droit à l'indemnisation par l'Allemagne eu égard au fait qu'ils avaient été prisonniers de guerre, alors même que le Reich allemand leur avait refusé ce statut¹²⁹.

b) Les arrêts italiens

Des procédures furent également introduites devant les juridictions italiennes. Dans l'arrêt *Ferrini*¹³⁰, le requérant demandait aux juridictions de l'Italie une indemnisation de son dommage matériel et moral du fait de sa capture et de sa déportation par les forces allemandes en vue de le contraindre au travail forcé pendant la seconde guerre mondiale. Tant en instance qu'en appel, il est conclu à l'incompétence des juridictions étant donné l'immunité dont bénéficie l'Allemagne relativement à ses actes souverains. Sur pourvoi en cassation, le requérant reprochait notamment à la Cour d'appel de Florence d'avoir décidé que le principe de l'immunité juridictionnelle des États étrangers pouvait fonctionner en cas de violation d'une norme de *ius cogens*¹³¹.

La Cour de cassation italienne a d'abord affirmé l'existence d'une règle de droit international coutumier en vertu de laquelle un État doit s'abstenir d'exercer sa juridiction à l'égard d'un État étranger. Elle a cependant relevé que la portée de ce principe s'était progressivement réduite¹³². Pour la Cour, il ne faisait aucun doute que les actes de l'Allemagne sur lesquels se fondait la demande étaient des actes souverains, puisqu'ils avaient été posés à l'occasion d'opérations militaires. Il lui fallait toutefois examiner si l'immunité pouvait être accordée dans le contexte d'un comportement qui, d'après le droit international coutumier, était constitutif de crime international en ce qu'il viole les valeurs universelles qui transcendent les intérêts individuels des États¹³³. Pour la Cour, tant la déportation que la soumission au travail

¹²⁸ *Ibid.*, § 21.

¹²⁹ *Ibid.*, §§ 22-26.

¹³⁰ Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione), *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2004, décision n°5044/2004, *International Law Reports*, vol. 128, p. 658.

¹³¹ *Ibid.*, § 4.

¹³² *Ibid.*, § 5.

¹³³ *Ibid.*, § 7.

forcé représentaient des crimes de guerre et figuraient dès lors parmi les crimes de droit international¹³⁴.

Dans sa décision, la Cour de cassation italienne a fait référence à son homologue grecque. La Cour de cassation grecque avait en effet décidé dans son arrêt *Préfecture de Voiotia*¹³⁵ que la violation de normes impératives visant au respect des droits fondamentaux impliquait la renonciation aux bénéfices et privilèges accordés par le droit international. Par conséquent, en se rendant responsable de tels crimes, l'Allemagne avait, selon la Cour, implicitement renoncé à son immunité.

Si la juridiction italienne est parvenue à la même conclusion, elle n'a toutefois pas fondé son raisonnement sur la renonciation implicite à l'immunité¹³⁶. Selon la haute Cour italienne, les crimes internationaux consistent en la violation particulièrement grave, de par leur intensité ou caractère systématique, des droits de l'homme fondamentaux, lesquels sont protégés par des normes impératives ayant préséance sur toute autre, y compris sur celles qui gouvernent les immunités¹³⁷. La reconnaissance de l'immunité aux États qui se rendent responsables de tels crimes entrave plutôt que de protéger ces valeurs. La Cour aperçoit dès lors une antinomie qui doit être résolue en faisant primer les normes ayant un statut supérieur, comme l'a suggéré l'opinion dissidente dans l'arrêt *Al-Adsani*¹³⁸.

Tout à fait consciente de ce qu'il a été décidé plusieurs fois que l'État pouvait se prévaloir de son immunité juridictionnelle face à des demandes d'indemnisation relatives à des crimes internationaux, la Cour souligne cependant que toutes ces décisions se rapportaient à des cas dans lesquels le crime avait été commis en dehors de l'État du for¹³⁹. Or, la Cour constate que l'idée de refuser l'immunité à l'État en cas de dommage résultant d'un acte ou d'une omission ayant eu lieu sur le territoire de l'État du for, ou de dommage survenu sur le territoire de l'État du for, se retrouve dans les lois adoptées par le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis, l'Afrique du Sud, l'Australie mais aussi dans la Convention du Conseil de l'Europe et le projet d'articles de la CDI (qui deviendra la Convention de 2004) sur l'immunité des États¹⁴⁰. La Cour conclut dès lors que l'Allemagne ne pouvait s'abriter derrière son immunité et a affirmé la compétence des juridictions italiennes pour connaître de la demande introduite par M. Ferrini¹⁴¹.

¹³⁴ *Ibid.*, § 7.2. La Cour se fonde sur une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies qui confirme les principes de droit international de la Charte et sur un jugement du tribunal de Nuremberg, confirmés par les principes de droit international adoptés en juin 1950 par la CDI ainsi que les résolutions des Nations Unies par lesquels ont été adoptés les statuts des tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ainsi que par le Statut de Rome.

¹³⁵ Cour de cassation grecque (*Areios Pagos*), *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 4 mai 2000, affaire n°11/2000, *International Law Reports*, vol. 129, p. 513.

¹³⁶ Cour de cassation italienne (*Corte di Cassazione*), *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2004, décision n°5044/2004, *International Law Reports*, vol. 128, § 8.2.

¹³⁷ *Ibid.*, § 9.

¹³⁸ *Ibid.*, § 9.1.

¹³⁹ *Ibid.*, § 10.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 10.1.

¹⁴¹ *Ibid.*, §12.

L'Italie a par la suite maintenu cette jurisprudence¹⁴².

c) Les arrêts grecs

Quant à la Grèce, partie intervenante à l'instance introduite par l'Allemagne devant la CIJ, elle a, tout comme l'Italie et avant elle, décidé du refus de l'immunité de juridiction de l'Allemagne dans son arrêt *Préfecture de Voiotia*.

Dans cette affaire, plus de 250 requérants, parents de victimes du massacre qui eut lieu à Distomo en 1944, demandèrent réparation de leur préjudice matériel et moral. Le tribunal de Livadia condamna l'Allemagne au paiement de dommages et intérêts, ce que les Cours d'appel et de cassation confirmèrent. La Cour de cassation jugea en effet que les juridictions grecques avaient bien pu connaître de la demande des requérants étant donné que l'Allemagne ne pouvait faire valoir son immunité.

Si l'Italie a perçu un conflit normatif entre les règles de *ius cogens* et l'immunité de l'État, pour la haute juridiction grecque, l'Allemagne avait renoncé à son immunité dès lors qu'elle avait été atraite en justice en raison d'actes menés par ses organes en violation de règles de *ius cogens*¹⁴³ et n'avaient pas le caractère d'actes de puissance souveraine¹⁴⁴. Victorieux devant les juridictions de leur État, les requérants peinèrent cependant à en obtenir l'exécution. Ils saisirent la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle affirma la compatibilité de l'immunité d'exécution de l'Allemagne avec la CEDH dans sa décision sur la recevabilité *Kalogeropoulou c. Grèce* abordée à l'occasion de l'examen de la jurisprudence de la Cour. Après avoir essayé d'obtenir l'exécution des décisions grecques en vain, les requérants se tournèrent vers l'Italie qui accorda à ces jugements l'*exequatur*¹⁴⁵.

La position de la Grèce connut cependant un revirement complet avec l'arrêt *Margellos*¹⁴⁶, rendu en 2002 par le Tribunal supérieur spécial. Dans cette affaire, la juridiction a en effet estimé que, dans l'état actuel du droit international, un État continuait à bénéficier de son immunité même attrait en justice en raison d'actes ayant pris place sur le territoire de l'État

¹⁴² Elle le fit notamment, dans un arrêt concernant au premier chef des poursuites relatives à un individu, à savoir Max Josef Milde. Les juridictions italiennes le condamnèrent à une peine de réclusion à perpétuité, eu égard à sa participation au massacre perpétré dans la ville italienne de Civitella, et ordonnèrent le versement de dommages et intérêts de la part de l'Allemagne. Cette décision relativement à l'Allemagne, dans la suite de la jurisprudence *Ferrini*, fut confirmée en appel comme en cassation. Celle-ci rejeta le pourvoi initié à l'encontre de la décision de la Cour d'appel par un arrêt rendu en 2008. Voy. Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione), *Milde*, 21 octobre 2008, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, 2009, p. 618.

¹⁴³ Bien qu'il ne se réfère pas aux arrêts *Ferrini* et *Préfecture de Voiotia*, Jure Vidmar distingue l'hypothèse de la renonciation implicite en ce qu'elle ne repose pas sur un conflit de normes (élargi). La doctrine de la renonciation implicite proposerait plutôt, en raison de la gravité, une exclusion *a priori* du droit coutumier sur l'immunité en ce qui concerne les violations du *ius cogens*. Voy. J. VIDMAR, « Rethinking *Jus Cogens* After *Germany v. Italy: Back to Article 53?* », *Netherlands International Law Review*, vol. 60 (1), 2013, p. 18.

¹⁴⁴ Cour de cassation grecque (Areios Pagos), *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 4 mai 2000, affaire n°11/2000, *International Law Reports*, vol. 129, p. 521.

¹⁴⁵ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, §§ 32-33.

¹⁴⁶ Tribunal supérieur spécial (Anotato Eidiko Dikastirio), *Margellos c. République fédérale d'Allemagne*, 17 septembre 2002, affaire n°6/2002, *International Law Reports*, vol. 129, p. 525.

du for et que ses forces armées étaient impliquées. Aucune distinction ne doit être faite dans le cas où ces actes seraient constitutifs de violations de normes de *ius cogens*¹⁴⁷.

2) L'arrêt de la Cour internationale de Justice

Devant la Cour, l'Allemagne faisait d'abord grief à l'Italie de ne pas avoir respecté son immunité juridictionnelle, en permettant l'introduction à son encontre d'actions civiles relatives à des violations du droit humanitaire commises par le Reich allemand pendant la seconde guerre mondiale. Elle lui reprochait également d'avoir pris des mesures d'exécution forcée à l'encontre de la « Villa Vigoni », propriété de l'Allemagne non utilisée à des fins commerciales, en violation de son immunité d'exécution. Enfin, l'État allemand faisait valoir que la reconnaissance par l'Italie des décisions juridictionnelles grecques rendues au préjudice de l'Allemagne comme exécutoires sur le territoire italien emportait une autre violation l'immunité de juridiction dont l'Allemagne bénéficiait en vertu du droit international¹⁴⁸. Ces trois griefs sont examinés successivement par l'arrêt.

S'agissant du premier point, la Cour commence par déterminer le droit applicable. Elle constate que seule l'Allemagne était partie à la Convention de 1972 et qu'aucun des deux États n'avait adhéré à celle des Nations-Unis, laquelle n'était de toute manière pas encore en vigueur. Elle conclut donc que seul le droit coutumier régissait l'immunité dans les relations entre l'Italie et l'Allemagne¹⁴⁹.

La Cour souligne ensuite la tendance de nombre d'États à distinguer les actes *iure imperii* des actes *iure gestionis*. Elle affirme d'ailleurs que les actes des forces armées et autres organes de l'État allemand qui avaient fait l'objet d'actions civiles devant les juridictions italiennes relevaient de la première catégorie, en dépit de leur caractère illicite¹⁵⁰. Dès lors, ces actes étaient couverts, en principe, par l'immunité étatique¹⁵¹.

L'Italie invoquait deux arguments qui justifiaient selon elle la neutralisation de l'immunité juridictionnelle allemande. Premièrement, l'Allemagne ne pouvait se voir prévaloir de son immunité pour des actes *iure imperii* dommageables ou délictueux ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou matériel, commis sur le territoire de l'État du for. Deuxièmement, quel que soit le lieu de leur commission, l'Allemagne ne saurait bénéficier de son immunité relativement à ces actes étant donné qu'ils constituaient des violations du droit international impératif et qu'aucune voie de recours n'existait pour y remédier¹⁵².

Concernant le premier argument, la Cour se livre à un examen du droit international coutumier afin de déterminer s'il comporte une telle exception à l'immunité de l'État. Elle conclut cependant que « le droit international coutumier impose toujours de reconnaître

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 14.

¹⁴⁸ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 15.

¹⁴⁹ *Ibid.*, § 54.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §§ 59-60. Le caractère illicite des actes n'avait en effet pas vocation à changer leur qualification d'après la Cour.

¹⁵¹ *Ibid.*, § 61.

¹⁵² *Ibid.*, § 61.

l'immunité à l'État dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre État des actes dommageables au cours d'un conflit armé »¹⁵³.

Par son deuxième argument, l'Italie avançait que les actes reprochés à l'Allemagne constituaient des crimes de guerre ainsi que des crimes contre l'humanité, commis en violation de règles impératives. L'exercice par les juridictions italiennes de leur compétence aurait été nécessaire compte tenu du fait que les requérants s'étaient vu refuser toute autre forme de réparation¹⁵⁴.

La Cour relève que la jurisprudence italienne fait figure d'exception en affirmant l'impossibilité pour l'État de se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'homme ou du droit des conflits armés. En effet, si la Cour de cassation grecque était arrivée à un résultat comparable dans l'arrêt *Préfecture de Voiotia*, la position de la Grèce avait ensuite été modifiée par la décision du Tribunal supérieur dans l'affaire *Margellos*¹⁵⁵. En outre, la Cour rappelle que les Conventions de 1972 comme de 2004 ne contiennent pas d'exception à l'immunité en cas de violations du *ius cogens* et que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va également dans le sens de l'absence d'une telle exception à l'immunité étatique¹⁵⁶. La Cour en déduit donc que « en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés »¹⁵⁷.

La Haute juridiction s'intéresse ensuite spécialement à la relation entre l'immunité de l'État et le *ius cogens*. En effet, l'Italie allègue l'existence d'un conflit de normes entre des règles impératives de droit international et celles qui régissent l'immunité de l'État. D'après l'Italie, ce conflit doit se résoudre en faveur des premières dès lors que ces normes priment les autres et que les secondes ne bénéficient pas de cette qualité¹⁵⁸.

Toutefois, aux yeux de la Cour, un tel conflit entre la règle prescrivant l'immunité et celle interdisant le fait illicite commis à l'origine n'existe pas, et ne saurait exister, étant donné que « [c]es deux catégories de règles se rapportent à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite »¹⁵⁹. La Cour distingue ainsi les règles qui déterminent la portée et

¹⁵³ *Ibid.*, § 78. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a relevé d'abord que tant l'article 11 de la Conventions de 1972 et l'article 12 de la Convention de 2004 prévoient une exception dans ce cas, mais que toutes deux en excluent l'application à l'égard des forces armées. Pour la première, ceci se trouve expressément dans son article 31 tandis que pour la seconde, ceci ressort de son commentaire, lequel précise que les activités militaires ne sont pas visées par la Convention. La Cour a poursuivi ensuite en s'intéressant aux législations nationales relatives à l'immunité qui existent dans quelques États ainsi qu'aux décisions judiciaires, des États comme de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁵⁴ *Ibid.*, § 80.

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 83

¹⁵⁶ *Ibid.*, §§ 89-90.

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 91.

¹⁵⁸ *Ibid.*, § 92.

¹⁵⁹ *Ibid.*, § 93. Ceci rappelle d'ailleurs l'expression de Hazel Fox selon laquelle « State immunity is a procedural

l'étendue de la juridiction ainsi que les conditions dans lesquelles elle peut être exercée, d'une part, des règles de *ius cogens*, de nature matérielle, d'autre part, entre lesquelles un conflit est impossible. De plus, la Cour considère que le caractère indérogeable du *ius cogens* ne conduit pas à écarter l'application d'une règle qui, sans entrer directement en conflit avec elle, en affaiblirait la mise en œuvre¹⁶⁰. La Cour cite encore une série de décisions nationales ayant récusé l'argument de la primauté du *ius cogens* sur l'immunité étatique avant de conclure que quand bien même les actes dont ont connu les juridictions italiennes constituaient des violations du *ius cogens*, cela n'entraînerait aucune conséquence sur le droit coutumier relatif à l'immunité des États¹⁶¹.

S'agissant de l'absence de réparation à la disposition des requérants, la Cour n'aperçoit rien dans la pratique des États qui mène à conclure que le droit d'un État à l'immunité serait subordonné à l'existence d'autres voies de recours effectives permettant d'en obtenir une¹⁶². Si la Cour constate que l'application de son immunité juridictionnelle à l'Allemagne pourrait rendre impossible l'obtention d'une réparation judiciaire, elle estime toutefois que l'immunité ne pouvait être écartée pour ce motif¹⁶³. Les différents volets de l'argument italien ne convainquent par ailleurs pas davantage la Cour invoqués conjointement que séparément ; l'Italie a manqué à ses obligations en refusant à l'Allemagne l'immunité de juridiction que lui conférait le droit international coutumier¹⁶⁴.

Ensuite, concernant les mesures d'exécutions prises par l'Italie à l'égard de la Villa Vigoni, la Cour rappelle que l'immunité d'exécution s'étend au-delà de l'immunité de juridiction dont jouissent les États. Elle souligne également que les règles de droit international coutumier qui se rapportent à ces deux immunités « sont distinctes et doivent faire l'objet d'une application séparée »¹⁶⁵. La Cour relève que pour que des mesures de contrainte puissent être prises à l'encontre de biens appartenant à un État étranger, encore faut-il qu'il s'agisse de biens non affectés à un service public non commercial, que l'État ait consenti à l'application des mesures d'exécution à leur égard ou les ait réservés à la satisfaction d'une demande en justice. La Villa Vigoni n'entrait cependant dans aucune de ces catégories compte tenu du fait qu'elle était utilisée à des fins culturelles. La Cour constate dès lors que la méconnaissance de l'immunité d'exécution allemande par l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur ce bien avait emporté un autre manquement de l'Italie à ses obligations internationales¹⁶⁶.

Quant aux décisions de juridictions italiennes rendant exécutoires en Italie les décisions grecques relatives au massacre de Distomo, la Cour a distingué la question du respect de

rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite », voy. H. FOX, *The Law of State Immunity*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 151. Cet extrait est d'ailleurs cité par la House of Lords dans l'affaire *Jones*, voy. *Jones v. Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, §§ 24 et 44.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 95.

¹⁶¹ *Ibid.*, § 97.

¹⁶² *Ibid.*, § 101.

¹⁶³ *Ibid.*, §§ 103-104.

¹⁶⁴ *Ibid.*, §§ 105-107.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 113.

¹⁶⁶ *Ibid.*, §§ 118-120.

l'immunité de l'Allemagne par la déclaration de décisions exécutoires de celle du respect de son immunité par la décision dont l'exequatur était demandé¹⁶⁷. Ainsi, afin de déterminer si le juge auquel est soumise la demande d'*exequatur* peut l'accorder, il convient de se demander « si, dans le cas où il aurait été lui-même saisi au fond d'un litige identique à celui qui a été tranché par le jugement étranger, il aurait été tenu en vertu du droit international d'accorder l'immunité à l'État défendeur »¹⁶⁸. Dès lors que, saisies d'une affaire identique à l'affaire *Distomo*, les juridictions italiennes auraient été tenues de reconnaître son immunité à l'Allemagne, les décisions d'*exequatur* ont été rendues en violation de l'immunité juridictionnelle dont elle bénéficiait¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 125-127.

¹⁶⁸ *Ibid.*, § 130.

¹⁶⁹ *Ibid.*, § 131.

PARTIE II : ANALYSE ET PERSPECTIVES

CHAPITRE 1 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Si les immunités ont jadis pu échapper à tout contrôle à l'égard de la Convention¹⁷⁰, l'examen que fait désormais la Cour face à celles des États tranche avec le reste de sa jurisprudence relative à l'article 6. Certes, le droit d'accès à un tribunal, composante du droit à un tribunal consacré par l'article 6 §1, n'est pas absolu¹⁷¹. Cependant, la Cour a itérativement jugé que les droits protégés par la Convention étaient concrets et effectifs, caractères qui doivent s'apprécier au regard de l'ensemble des éléments de la cause¹⁷². De plus, les limitations à l'article 6 ne sont admises que si elles poursuivent un but légitime, constituent des moyens proportionnés d'y parvenir, et ne portent pas atteinte à la substance même du droit consacré par cet article¹⁷³. Or, l'on peut douter du respect de ces exigences par la Cour dans son évaluation de la compatibilité de la restriction que représentent les immunités des États à l'égard du droit d'accès à un tribunal.

Si certains contestent déjà le test de légitimité du but poursuivi par la Cour¹⁷⁴, c'est surtout l'appréciation de la proportionnalité de la limitation qui prête le flanc à la critique. En effet, la Cour commence par reconnaître que l'octroi de l'immunité étatique dans des litiges civils « poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »¹⁷⁵. Ensuite, elle affirme, en faisant usage de l'article 31 §3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, devoir prendre en compte toute règle de droit international applicable entre les parties et devoir interpréter, autant que faire se peut, la Convention de manière à se concilier avec les autres règles de droit international. De ces éléments la Cour conclut que l'« [o]n ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États ¹⁷⁶».

Ainsi, la Cour déduit le caractère proportionné de la restriction au droit d'accès à un tribunal de son but légitime, à savoir le respect du droit international¹⁷⁷. Le test de proportionnalité

¹⁷⁰ M. KLOTH, « Immunities and the right to access to court under the European Convention on Human Rights », *European Law Review*, vol. 27, 2002, p. 33.

¹⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 38.

¹⁷² Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, §§ 24-28 ; Cour eur. D.H., arrêt *Geoffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, § 35.

¹⁷³ Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 38 ; Cour eur. D.H., arrêt *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, § 59 ; Cour eur. D.H., arrêt *Geoffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, § 28.

¹⁷⁴ Sur ce point, voy. F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹⁷⁵ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 54.

¹⁷⁶ Voy. notamment *Ibid.*, § 56.

¹⁷⁷ A. LAGERWALL et A. LOUWETTE, *op. cit.*, p. 32.

se voit pratiquement absorbé par celui du but légitime¹⁷⁸. Pour établir la compatibilité de l'immunité étatique à l'article 6, la Cour se limite à un contrôle *in abstracto*, simplement formel, qui se distingue singulièrement de son habituelle prise en compte de l'ensemble des circonstances concrètes de la cause¹⁷⁹. Ainsi, la Cour fait-elle fi du statut de la norme violée en matière de *ius cogens* mais aussi de l'absence d'autre voie de recours à l'occasion de l'évaluation de la proportionnalité¹⁸⁰, et ce, on y reviendra, alors même qu'en matière d'immunités d'organisations internationales, la validité de l'immunité à titre de restriction au droit d'accès à un tribunal y est subordonnée.

De plus, l'approche de la Cour ne va pas sans poser question quant à la sauvegarde de la substance même du droit, point non examiné par la Cour. Alors même qu'elle a déjà eu l'occasion de tenir des règles relatives à des formalités ou à des délais, de recours comme de prescription, pour des atteintes à la substance même au droit d'accès à un tribunal¹⁸¹, la Cour n'arrive pas à la même conclusion à l'égard des immunités. Or, comme le souligne Frédéric Sudre, les règles relatives aux immunités se distinguent par leur nature des formalités et délais. En effet, « [i]l ne s'agit pas ici de régler l'accès à un tribunal en le subordonnant au respect de ces règles mais d'interdire purement et simplement l'accès à un tribunal par soustraction à la compétence de ce dernier de tout litige impliquant le bénéficiaire d'une immunité de juridiction »¹⁸². Puisque l'immunité prive totalement le requérant d'un accès au juge, sans évaluation de l'existence d'autres voies de recours, l'on perçoit assez mal comment la substance même du droit ne s'en trouverait pas atteinte.

En outre, comme le relève Florence Poirat, « [l]a Cour devient le juge non pas de l'équilibre existant entre une règle internationale -l'immunité- et le droit du particulier à l'accès à un tribunal, mais le juge de la licéité de l'octroi de l'immunité à un État par les tribunaux internes »¹⁸³. L'approche de la Cour se voit encore reprocher de définir la portée de la Convention de manière à la rendre compatible avec le droit international, en restreignant la portée de ses dispositions¹⁸⁴. De plus, alors même qu'elle déclare vouloir prendre en compte les autres normes applicables aux relations entre les parties, et interpréter les dispositions de la Convention en harmonie avec les autres règles de droit international, la Cour n'aurait pas

¹⁷⁸F. DE SANTIS DI NICOLA, « Civil actions for damages caused by war crimes vs. State immunity from jurisdiction and the political act doctrine: ECtHR, ICJ and Italian Courts », *International Comparative Jurisprudence*, vol. 2 (2), 2016, p. 112.

¹⁷⁹S. EL SAWAH, *op. cit.*, p. 457, n°1086-1088.

¹⁸⁰R. PAVONI, « Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations », *Hierarchy in International Law – The place of Human Rights*, E. DE WET et J. VIDMAR (dir.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2012, p. 92.

¹⁸¹Voy. notamment concernant les formalités Cour eur. D.H., arrêt *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000, § 23 ; voy. concernant les délais Cour eur. D.H., arrêt *Zvolsky and Zvolska c. République Tchèque*, 12 novembre 2002, § 54.

¹⁸²F. SUDRE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸³F. POIRAT, « Les immunités des sujets du droit international », *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, J. VERHOEVEN (dir.), Bruxelles-Paris, Larcier-LGDJ, 2004, p. 54.

¹⁸⁴A. ORAKHELASHVILI, « State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong », *The European Journal of International Law*, vol. 18 (5), 2008, p. 958.

prêté attention à certaines obligations découlant de la Convention sur la torture, dont celle de permettre l'indemnisation des victimes de torture¹⁸⁵.

Ensuite, l'évolution à deux vitesses de la jurisprudence de la Cour pose question, en particulier eu égard à son fondement. Acceptant une vision de l'immunité comme absolue au départ¹⁸⁶, la Cour effectue un changement majeur de sa vision de la compatibilité des immunités étatiques à la CEDH en matière d'emploi, mais aussi de relations commerciales avec des particuliers. En effet, pour déterminer si l'octroi de l'immunité de l'État est conforme à l'article 6 §1, la Cour recherche ce que prescrit le droit international. Elle a conclu à la violation de l'article 6 §1, dans les cas où l'immunité avait été accordée en faveur d'un État au-delà de ce que le droit international commandait. Or, pour en connaître les contours en la matière, la Cour se fonde sur la Convention des Nations Unies de 2004, à laquelle elle donne une valeur coutumière¹⁸⁷.

L'utilisation de cette Convention pour appréhender le contenu du droit de l'immunité des États est cependant éminemment douteuse¹⁸⁸. Si les exceptions à l'octroi de l'immunité contenues dans la troisième partie de la Convention peuvent se retrouver, d'une manière ou d'une autre, dans la pratique des États, le libellé précis de chacune des dispositions ne reflète cependant pas la coutume existante¹⁸⁹. Ainsi, la question de savoir quels actes sont couverts en pratique ne reçoit pas de réponse uniforme de la part des États, à défaut de critère unique

¹⁸⁵ A. ORAKHELASHVILI, « Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », *The European Journal of International Law*, vol. 14 (3), 2003, pp. 553-554. Pour de plus amples développements sur cette obligation controversée et la position du Comité des Nations Unies contre la torture, voy. L. MCGREGOR, « State Immunity and *Jus Cogens* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 442 et s.; S. C. GROVER, *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Berlin, Springer, 2010, pp. 33-34.

¹⁸⁶ L. RODGERS, « State immunity and employment relationships before the European Court of Human Rights », *ERA-Forum*, vol. 19 (4), 2019, p. 541.

¹⁸⁷ C'est dans les arrêts *Cudak*, *Guadagnino* et *Sabeh el Leil* que la Cour initie cette nouvelle jurisprudence selon laquelle l'application de l'immunité étatique n'est pas forcément conforme à la CEDH mais peut emporter la violation de l'article 6 §1. Au stade du test de proportionnalité, la Cour se sert désormais de la Convention de 2004 des Nations Unies. Si l'immunité est appliquée au-delà de ce que prévoit la Convention, la Cour aperçoit une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal et donc une violation de l'article 6. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, § 75 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guadagnino c. Italie et France*, 18 janvier 2011, § 77 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sabeh el Leil c. France*, 29 juin 2011, § 68. Cette jurisprudence a été confirmée ensuite dans plusieurs arrêts, voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Wallishauser c. Autriche*, 17 juillet 2012 ; Cour eur. D.H., arrêt *Radunovic c. Montenegro*, 25 octobre 2016 ; Cour eur. D.H., arrêt *Naku c. Lituanie et Suède*, 8 novembre 2016, Cour eur. D.H., arrêt *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, 5 février 2019. Concernant les litiges relatifs à des opérations commerciales avec des particuliers, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Oleynikov c. Russie*, 14 mars 2013.

¹⁸⁸ Pour une critique détaillée de l'affirmation du caractère coutumier de la Convention des Nations Unies, voy. R. PAVONI, « The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means? », *The European Convention on Human Rights and General International Law*, A. VAN AAKEN et I. MOTOIC (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹⁸⁹ R. VAN ALEBEEK, « Introduction to Part III », *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, R. O'KEEFE and C. J. TAMS (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 163.

ou certain de qualification d'un acte¹⁹⁰¹⁹¹. Dès lors que la Convention de 2004 s'aventure sur le terrain de l'articulation concrète des actes couverts et non couverts par l'immunité, elle ne saurait se voir reconnaître de caractère coutumier. Pourtant, c'est ainsi que la Cour justifie la modification de sa jurisprudence en matière d'emploi et la laisse inchangée en matière de *ius cogens*, au motif que la Convention ne prévoit pas d'exception dans le cas de la violation de règles impératives¹⁹². Si l'utilisation de la Convention permet de venir au secours des requérants en matière d'emploi et de relations commerciales, elle empêche la même entreprise à l'égard des victimes des violations les plus graves des droits de l'homme ou de droit humanitaire.

L'on peut lire que la démarche de la Cour, son interprétation conciliante à l'égard du droit international qui aboutit à ne pas voir de violation de l'article 6 dans les arrêts *Al-Adsani* et *Jones*, s'explique par le souci de ne pas forcer les États à choisir entre la violation de l'article 6 ou celle des règles relatives à l'immunité. En effet, ces dernières s'appliquent dans toutes les relations interétatiques des États membres du Conseil de l'Europe, c'est-à-dire tant entre parties à la CEDH qu'à l'égard d'États tiers. Une jurisprudence qui obligerait à lever l'immunité des autres États en cas de violations de *ius cogens*, alors même que cette exception à l'immunité n'est pas établie en droit international, exposerait l'État qui la suivrait à voir sa responsabilité internationale engagée¹⁹³. Il faut cependant souligner deux éléments.

Tout d'abord, l'argument se voit affaibli par le fait que la Cour n'hésite pas, comme précédemment exposé, à faire courir ce risque aux États partie à la CEDH en matière de contrat de travail et de relations commerciales, en commandant de lever l'immunité lorsque la Convention de 2004 le prévoit, ce alors même que son fondement coutumier est largement contestable¹⁹⁴.

Ensuite, il n'était pas impossible d'opter pour un moyen de concilier l'impératif de respect des immunités étatiques et l'effectivité de l'accès à un tribunal pour la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa jurisprudence relative aux immunités des organisations internationales, la Cour examine, pour déterminer si l'octroi de l'immunité est conforme à l'article 6, si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger leurs droits garantis par la Convention¹⁹⁵.

¹⁹⁰ C'est ce qui a fait dire à Xiaodong Yang, commentant les trois premiers arrêts de la Cour rendus le 21 novembre 2001, que n'importe quelle décision nationale aurait pu être considérée comme n'excédant pas la marge d'appréciation dont disposent les États pour limiter le droit d'accès à un tribunal tant il est impossible de faire des généralisations et encore plus d'extraire une quelconque règle uniforme eu égard à la diversité des pratiques nationales en matière de contrat de travail. Sur ce point, voy. X. YANG, *op. cit.*, pp. 395-404, spéc. p. 404.

¹⁹¹ Sur ce point, voy. F. POIRAT, *op. cit.*, pp. 44-49.

¹⁹² Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, §§ 79 et 192.

¹⁹³ En ce sens, voy. R. ABRAHAM, « Débats », *Droits des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Contentieux européen, Paris, Pedone, 2004, p. 75 ; voy. également F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁴ Ainsi, dans les arrêts *Sabeh el Leil* et *Radunovic*, la Cour conclut à la violation de l'article 6 par la France dans le premier et par Monténégro dans le second du fait de l'octroi de l'immunité au Koweït et aux États-Unis, lesquels ne font pas partie du Conseil de l'Europe. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sabeh el Leil c. France*, 29 juin 2011 ; Cour eur. D.H., arrêt *Radunovic c. Montenegro*, 25 octobre 2016.

¹⁹⁵ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999, § 68 ; Cour eur. D.H., arrêt *Beer et Regan c. Allemagne*, 18 février 1999, § 58.

Ainsi, là où en matière d'immunités étatiques, la Cour considère proportionnée une restriction au droit d'accès à un tribunal si elle respecte les règles généralement reconnues en droit international public, dans d'autres cas, dont ceux qui concernent les immunités des organisations internationales, la proportionnalité s'apprécie en termes de moyens alternatifs de réparation¹⁹⁶¹⁹⁷.

Le meilleur moyen d'assurer un équilibre entre les immunités étatiques et le droit d'accès à un tribunal pourrait dès lors, comme le soutient Riccardo Pavoni, consister en la prise en compte de l'existence d'une voie de recours disponible au requérant au stade du test de proportionnalité effectué par la Cour¹⁹⁸. Ce contrôle serait d'autant plus souhaitable en matière de violations de normes de *ius cogens*, compte tenu du fait que désormais, la Cour se réfère à l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État* aux fins de soutenir l'absence d'exception à l'immunité de l'État en la matière¹⁹⁹. La Cour s'en est aussi servi pour affirmer l'absence de subordination de l'octroi de l'immunité à l'existence de voies raisonnables de résolution du litige²⁰⁰. Si la recherche de voies de recours alternatives n'est pas imposée en droit international général, elle pourrait très bien l'être dans le cadre du contrôle fondé sur l'article 6. Ceci permettrait d'éviter le sacrifice du droit d'accès à un tribunal au profit du respect de l'immunité étatique qu'implique la position actuelle de la Cour.

En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et donc en l'absence de prise en compte de l'existence d'une autre voie de recours, un expédient pourrait

¹⁹⁶ P. WEBB, « A Moving Target: The Approach of the Strasbourg Court to Immunity », *The European Convention on Human Rights and General International Law*, A. VAN AAKEN et I. MOTOC (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 262.

¹⁹⁷ Certains soulignent que le contrôle exercé par la Cour se concentre surtout sur l'existence de la voie de recours et n'en évalue pas le caractère effectif à l'aune de toutes les garanties de l'article 6 (voy. notamment L. PASQUET, « Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The 'Alternative-Remedy' Approach and its 'Humanizing' function », *Utrecht journal of international and European law*, vol. 36(2), 2021, p. 197) S'il est vrai que le contrôle effectué est assez souple et que l'on peut souhaiter un contrôle plus approfondi, en l'état actuel de la jurisprudence relative aux immunités étatiques, la recherche de voies raisonnables de recours à disposition du requérant constituerait néanmoins une amélioration appréciable. Plus menaçante apparaît toutefois la décision *Stichting Mothers of Srebrenica* par laquelle la Cour, constatant qu'aucune voie de recours ne s'offrait au requérant, a affirmé qu'« il ne s'en suit pas qu'en l'absence d'autre recours, la reconnaissance de l'immunité soit *ipso facto* constitutive d'une violation du droit d'accès à un tribunal » (Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, 11 juin 2013, §164). Il faut espérer que cette jurisprudence, non encore établie et peut être justifiée par des considérations propres aux missions de maintien de la paix et de la sécurité internationale des Nations Unies, organisation internationale concernée dans cette décision, comme le suggèrent Anne Lagerwall et Arnaud Louwette (voy. A. LAGERWALL et A. LOUWETTE, *op. cit.*, p. 43), ne mette pas en péril le contrôle de l'existence d'autres voies raisonnables de recours pour conclure à la conformité des immunités d'organisations internationales à l'égard de la CEDH à l'avenir.

¹⁹⁸ R. PAVONI, « Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations », *Hierarchy in International Law – The place of Human Rights*, E. DE WET et J. VIDMAR (dir.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2012, pp. 92-93. Pour des idées de l'expression concrètes que pourraient prendre ces voies de recours, voy. pp. 93-98. Il exclut cependant de ces propositions la voie de recours devant les juridictions de l'État qui se prévaut de l'immunité. Comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour dans l'arrêt *Cudak*, si elle est théoriquement envisageable, elle peut ne pas être réaliste au vu des circonstances de la cause et suppose de sérieuses difficultés pratiques pour le requérant. Il ne peut dès lors s'agir d'un recours accessible et effectif. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010, §§ 36-37.

¹⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014, § 198.

²⁰⁰ Cour eur. D.H., arrêt *J. C. et autres c. Belgique*, 12 octobre 2021, § 71.

toutefois consister en le recours à l'article 12 de la Convention de 2004²⁰¹ en cas de violations de *ius cogens*. Aussi critiquable que ce soit, dès lors que la Cour tient la Convention pour reflet du droit coutumier relatif à l'immunité, l'article pourrait être mobilisé dans sa jurisprudence. Son utilité se montrerait cependant limitée du fait de son champ d'application, lequel nécessite que l'acte ou l'omission attribuable à un État à l'origine du dommage se soit produit, en totalité ou en partie, sur le territoire de l'État du for et que l'auteur de l'acte ou de l'omission soit présent sur ce territoire à ce moment. L'article serait donc impuissant à modifier la position retenue dans les arrêts *Al-Adsani* et *Jones* par exemple, compte tenu du fait qu'ils concernaient des cas de tortures perpétrées hors du territoire des États membre du Conseil de l'Europe.

CHAPITRE 2 : LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Dans son arrêt, en l'absence de disposition conventionnelle régissant la question, la Cour s'est livrée à un examen de la pratique des États et de l'*opinio iuris* pour rechercher l'existence d'une coutume. Si la Cour a déjà eu égard à des décisions judiciaires comme reflet d'une pratique étatique, elle semble s'être illustrée dans cet arrêt par le fait qu'elle se réfère autant à la jurisprudence nationale, cite un tel nombre et une telle variété de décisions²⁰². Si le résultat auquel parvient la Cour peut sembler décevant, spécialement en ce qu'il risque de freiner une évolution du droit international en la matière²⁰³, il faut constater que lorsque la Cour s'est prononcée et aujourd'hui encore²⁰⁴, l'Italie fait figure d'exception²⁰⁵ en refusant l'immunité pour des violations du *ius cogens*, surtout après le revirement opéré par la Grèce.

²⁰¹ Dont le libellé est le suivant : « À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission ».

²⁰² I. WUERTH, « International law in domestic courts and the '*jurisdictional immunities of the state*' case », *Melbourne journal of international law*, vol. 13 (2), 2012, pp. 821-822. Dans le même sens, voy. P. C. BORNKAMM, « State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State », *German Law Journal*, vol. 13 (6), 2012, p. 778.

²⁰³ A. COSTI, *op. cit.*, pp. 308-309 ; S. SHAH, « Jurisdictional Immunities of the State: *Germany v Italy* », *Human Rights Law Review*, vol. 12 (3), 2012, p. 571 ; J. C., BARKER, « International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)* Judgment of 3 February 2012 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (3), 2013, p. 752.

²⁰⁴ En effet, si à la suite de l'arrêt de 2012, l'Italie a modifié sa législation pour se conformer à la décision de la CIJ, ces changements ont été annulés par la Cour constitutionnelle italienne. Sur ce point, voy. F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁵ L'immunité a en effet été reconnue à l'État pour des violations de *ius cogens* par les juridictions aux États-Unis, au Royaume Uni, au Canada, en Grèce, en Slovénie, en Pologne et en France. Voy. T. WEATHERALL, « *Ius cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (4), 2015, p. 1205. En ce sens également voy. C. FOCARELLI, « Immunités des États

Après son examen de l'état du droit coutumier, la Cour s'est penchée sur la relation entre l'immunité et le *ius cogens* pour conclure qu'aucun conflit ne pouvait surgir entre ces normes dès lors que les premières étaient procédurales et les secondes matérielles. Taxée d'artificielle²⁰⁶ ou d'excessivement formaliste²⁰⁷ par certains auteurs, la distinction est probablement davantage critiquée pour ses conséquences que pour son existence, en ce qu'elle permet une impunité *de facto* pour les violations les plus sérieuses des droits de l'homme²⁰⁸²⁰⁹.

La division ne va cependant pas sans poser problème pour elle-même. Certains s'interrogent d'abord sur l'opportunité, face à des normes impératives, de les placer dans la division. Elle aboutit en effet à soustraire les normes procédurales de l'effet impératif du *ius cogens*²¹⁰, alors que la doctrine du *ius cogens* qui découle de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout comme la coutume correspondante, proscrit toute norme contraire sans faire de distinction selon sa nature matérielle ou procédurale²¹¹.

Plus encore, alors qu'elle a fondé sa décision sur cette distinction, la Cour internationale de Justice n'a pas perçu la nécessité de la justifier et n'a pas avancé de critère pour distinguer les deux types de règles, mais est simplement partie du principe que le droit international, comme le droit national, connaissait cette distinction²¹². Or, savoir si l'on se trouve face à une règle matérielle ou procédurale ne serait pas chose aisée²¹³, d'autant plus que certaines règles pourraient chevaucher la distinction et être de nature procédurale ou matérielle selon les circonstances²¹⁴, ou encore tomber entre les deux catégories de normes²¹⁵. De plus, au contraire de ce qu'affirme la Cour, l'existence d'un conflit entre des normes matérielles et procédurales ne serait pas inconcevable²¹⁶.

et *ius cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *ius cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers », *Revue générale de droit international public*, vol. 112 (4), 2008, p. 769.

²⁰⁶ P. WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 22 ; S. OZDAN, « State immunity or State impunity in cases of violations of human rights recognised as *jus cogens* norms », *The International Journal of Human Rights*, vol. 23 (9), 2019, p. 1529.

²⁰⁷ R. PAVONI, « Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations », *op. cit.*, p. 75.

²⁰⁸ S. TALMON, « *Jus Cogens* after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (4), 2012, p. 981.

²⁰⁹ Sur la relation entre immunité et impunité, voy. C.I.J., arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)*, 11 avril 2000, §§ 60-61. S'il faut, comme l'a fait la Cour dans cet arrêt, distinguer les deux concepts, l'un peut faciliter l'autre en pratique.

²¹⁰ A. ORAKHELASHVILI, « The Classification of International Legal Rules: A Reply to Stefan Talmon », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26 (1), 2013, p. 92.

²¹¹ *Ibid.*, p. 97.

²¹² S. TALMON, *op. cit.*, p. 984.

²¹³ Il n'existe en effet pas de distinction inéquivoque en droit international, voy. notamment S. OZDAN, *op. cit.*, p. 1529.

²¹⁴ S. TALMON, *op. cit.*, p. 984.

²¹⁵ L'auteur cite à ce titre les règles relatives à la recevabilité ou encore à la compétence. Voy. F. BOUDREAU, « Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (4), 2012, p. 1007.

²¹⁶ Sur ce point, voy. *Ibid.*, p. 1007.

Cependant, il n'apparaît pas de réel conflit normatif entre la règle de l'immunité et la norme de *ius cogens*²¹⁷, et ce même si l'on met de côté la division entre normes matérielles et procédurales²¹⁸, laquelle n'est pas nécessaire pour arriver à cette conclusion. Le conflit normatif suppose en effet que deux normes s'appliquent à une même situation et que le respect des deux soit impossible²¹⁹. Or, dans l'espèce soumise à la Cour, le fait pour l'Allemagne de réclamer son immunité ne viole pas par lui-même les règles impératives de droit international humanitaire²²⁰. Il n'y a pas de conflit direct entre l'immunité et la prohibition du comportement visé par la règle de *ius cogens* mais plutôt avec une voie juridique pour remédier à un tel acte²²¹. Dès lors, pour qu'il y ait un réel conflit entre les règles de *ius cogens* et l'immunité étatique, il faudrait qu'une norme impérative crée une obligation positive, par exemple de faire des procès aux auteurs ou de d'indemniser les victimes²²². Il semble cependant qu'en l'état actuel, seules des obligations négatives appartiennent au *ius cogens*. Si des obligations positives venaient à en découler, elles ne seraient pas (encore) couvertes par le caractère impératif²²³ et donc pas susceptibles de primer l'immunité.

Plus fondamentalement, l'arrêt pose la question des effets que l'on peut tirer du *ius cogens* dès lors qu'il n'existe pas réellement de conflit de normes et que l'immunité ne constitue pas une dérogation à la norme de *ius cogens*²²⁴, ce qui signifie que l'on ne saurait faire usage de l'article 53 ou de la coutume correspondante.

L'extension des effets du *ius cogens* en dehors du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale alimente cependant de profondes controverses²²⁵. Une attitude particulièrement généreuse²²⁶ à l'égard des effets des normes impératives peut se trouver dans la jurisprudence de certaines juridictions internationales, comme par exemple la Cour interaméricaine des droits de l'homme²²⁷ ou le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie²²⁸. Cependant, le plus souvent, la pratique démontre que la conception du *ius cogens* comme

²¹⁷ A. COSTI, *op. cit.*, p. 294 ; T. KLEINLEIN, « *Jus Cogens as the 'Highest Law'?*... », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 204.

²¹⁸ F. BOUDREAU, *op. cit.*, p. 1012.

²¹⁹ Selon, Joost Pauwelyn, deux normes sont essentiellement en relation de conflit si l'une constitue, a mené ou pourrait mener à la violation de l'autre. Voy. J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 175-176.

²²⁰ Pour une explication des différentes normes en jeu et de l'absence de conflit entre elles, voy. F. BOUDREAU, *op. cit.*, pp. 1011-1012.

²²¹ J. VIDMAR, « Rethinking *Jus Cogens* After Germany v. Italy: Back to Article 53? », *Netherlands International Law Review*, vol. 60 (1), 2013, p. 16.

²²² T. KLEINLEIN, *op. cit.*, p. 204.

²²³ J. VIDMAR, *op. cit.*, p. 17.

²²⁴ En ce sens, voy. S. TALMON, *op. cit.*, p. 986.

²²⁵ J. D'ASPROMONT, « *Jus Cogens as a Social Construct Without Pedigree* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 96-97.

²²⁶ D'après l'expression de Carlo Focarelli, voy. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 774.

²²⁷ Sur ce point, voy. notamment le commentaire de D. SHELTON, « Sherlock Holmes and the Mystery of *Jus Cogens* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 38-39; E. SANTALLA VARGAS, « In Quest of the Practical Value of *Jus Cogens* Norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, p. 224.

²²⁸ Voy. notamment T.P.I.Y. (Chambre de première instance), *Le procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n°IT-95-17/1-T, §§ 155-157.

invalidant toute règle contraire du fait de la hiérarchie normative découlant du concept est rarement utilisée par les juridictions²²⁹.

Pour déterminer l'existence ainsi que les effets que l'on peut attribuer aux normes impératives Carlo Focarelli propose l'identification de trois méthodes : la déductive, semi-déductive et l'inductive. Les trois méthodes se distinguent par le degré d'importance réservé à la pratique des États et à l'*opinio iuris* dans l'identification des normes et effets du *ius cogens*²³⁰.

Dans une optique déductive ou semi-déductive, la théorie de la hiérarchie normative (*normative hierarchy theory*) postule que l'immunité juridictionnelle de l'État cesse lorsqu'il viole les protections des droits de l'homme qui sont considérées comme faisant partie du *ius cogens*. D'après les tenants de cette théorie, puisque l'immunité n'est pas imposée par une norme impérative, elle prend place plus bas dans la hiérarchie des normes et peut dès lors être surmontée lorsqu'une norme de *ius cogens* est en jeu²³¹. Les partisans de cette approche ne soutiennent pas nécessairement qu'elle repose sur l'existence d'un conflit de normes direct et s'opposent à ce que la violation de règles de *ius cogens* demeure impunie²³².

Cette théorie a été écartée par la Cour²³³, laquelle se place dans une optique inductive. Si l'on pourrait concevoir une infinité d'effets de la notion théorique de *ius cogens* comme ensemble de normes impératives, bon nombre ont été écartés par la jurisprudence.²³⁴

C'est ainsi, par exemple, que la Cour internationale de Justice s'est déclarée incompétente, en l'absence du consentement du Rwanda, pour connaître d'une question portant sur une norme

²²⁹ R. PAVONI, « Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations », *op. cit.*, p. 72.

²³⁰ Plus précisément, l'approche purement déductive ne s'appuie pas sur la pratique et l'*opinio iuris*, lesquelles ne sont pas nécessaires puisque le *ius cogens* est par définition un corps de normes totalement indépendant de l'attitude des États. L'approche semi-déductive repose sur la pratique et l'*opinio iuris*, mais seulement pour montrer qu'une norme est impérative ou indérogable ou encore, plus généralement, qu'elle protège les valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble. La méthode inductive, enfin, requiert la pratique et l'*opinio iuris* pour démontrer tout effet attribué au *ius cogens*. Pour plus d'informations sur ces méthodes, voy. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 780-785.

²³¹ L.M. CAPLAN, « State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *The American Journal of International Law*, vol. 97 (4), 2003, pp. 741-742.

²³² Ainsi, d'après Selman Ozdan, « It is obvious that *jus cogens* norms do not conflict with the jurisdictional immunities of the State. However, because of their non-derogable nature, *jus cogens* norms stipulate conditions that prohibit impunity for violations of certain human rights. Hence, tolerance for the bestowing of immunity on States which violate human rights that have *jus cogens* character leads to that State having absolute impunity (...) The imperative characteristic of *jus cogens* norms therefore requires that State immunity not be an obstacle to prosecution when the acts of a State fly in the face of peremptory norms. For this reason, the procedural obstacle of State immunity should be automatically defeated, because any rule that conflicts with a hierarchically higher rule cannot manifest or generate any legal effect. », voy. S. OZDAN, *op. cit.*, pp. 1532-1533.

²³³ En effet, pour la Cour, « [p]our autant qu'il serait soutenu qu'une règle n'ayant pas le caractère de *jus cogens* ne saurait être appliquée si cela devait affaiblir la mise en œuvre d'une règle de cette nature — même en l'absence de conflit direct entre elles —, la Cour ne voit rien qui vienne fonder pareille assertion. Une règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application », voy. C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 95.

²³⁴ Voy. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p.777 ; H. RUIZ FABRI et E. STOPPIONI, *op. cit.*, pp. 173-174.

impérative, en l'occurrence le respect de l'interdiction du génocide. En effet, « le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître »²³⁵. Le fait que des normes impératives soient en jeu n'est donc pas suffisant pour rendre la Cour compétente dans les cas où elle ne l'est pas, solution d'ailleurs réitérée dans l'arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²³⁶. Dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour avait déjà décidé que le fait que des obligations *erga omnes* soient concernées, expression qui visait ici des normes impératives²³⁷, ne suffisait pas à rendre la Cour compétente en l'absence du consentement de l'Indonésie²³⁸.

Au vu de la jurisprudence de la Cour, l'on ne peut assurément considérer le *ius cogens* comme une 'trump card' qui écarterait toute autre obligation résultant du droit international public dès lors que sont en jeu des normes impératives²³⁹, idée qui fut confirmée par l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*²⁴⁰.

Dès lors, pour savoir si la violation de normes impératives justifie la neutralisation de l'immunité, il convient de se référer au droit international général, en l'occurrence à la coutume, comme l'a fait la Cour.

Les arrêts nationaux rendus en la matière l'ont souvent été, qu'ils maintiennent ou écartent l'immunité, au prix d'un raisonnement critiquable empreint de considérations politiques²⁴¹,

²³⁵ C.I.J., arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, § 64. La Cour ajoute encore au § 125 que « La Cour estime enfin nécessaire de rappeler que le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*ius cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties. ».

²³⁶ La Cour a en effet déclaré que « La compétence de la Cour en l'espèce n'est fondée que sur l'article IX de la Convention. (...) Elle n'est pas habilitée à se prononcer sur des violations alléguées d'autres obligations que les Parties tiendraient du droit international, violations qui ne peuvent être assimilées à un génocide, en particulier s'agissant d'obligations visant à protéger les droits de l'homme dans un conflit armé. Il en est ainsi même si les violations alléguées concernent des obligations relevant de normes impératives ou des obligations relatives à la protection des valeurs humanitaires essentielles et que ces obligations peuvent s'imposer *erga omnes* ». Voy. C.I.J., arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, § 147.

²³⁷ En ce sens voy. notamment H. RUIZ FABRI et E. STOPPIONI, *op. cit.*, p. 174.

²³⁸ « Le Portugal (...) soutient en effet que les droits que l'Australie aurait violés étaient opposables *erga omnes* et que, par conséquent, le Portugal pouvait exiger de l'Australie, prise individuellement, le respect de ces droits, qu'un autre État ait ou non adopté un comportement illicite analogue. La Cour considère qu'il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. (...) Toutefois, la Cour estime que l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*. », voy. C.I.J., arrêt *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, 30 juin 1995, § 29.

²³⁹ En ce sens également, voy. T. KLEINLEIN, *op. cit.*, p. 205.

²⁴⁰ Sur ce point, voy. J. VIDMAR, *op. cit.*, p. 19. Jure Vidmar pense d'ailleurs que l'arrêt ramène les effets spéciaux du *ius cogens* au domaine de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. À cet égard, voy. p. 3.

²⁴¹ En ce sens, voy. notamment A. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 74-79 ; C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 768-773.

témoignage des fortes controverses qui traversent la matière. Aussi, dans le processus de décision des juridictions qui ont dû se prononcer, un certain contraste se marque entre les États qui ont adopté une loi relative à l'immunité, lesquels sont d'ailleurs le plus souvent des États de *common law*, et ceux qui ne l'ont pas fait, États de *civil law*. En fonction de l'existence d'une telle loi, la tension a lieu entre une norme de droit national et une norme de droit international tandis qu'en l'absence d'un tel instrument, elle n'a lieu qu'entre deux normes de droit international, ce qui a pu influencer les décisions nationales²⁴². Il en va de même pour leur appartenance à une tradition moniste ou dualiste²⁴³. D'autres éléments ont encore pu avoir un impact sur les juridictions des États, comme l'existence d'un avis rendu par l'exécutif²⁴⁴. Pour autant, ces jugements et arrêts nationaux ne vont pas, comme l'a constaté la Cour, dans le sens d'une exception à l'immunité en cas de violation des normes impératives de droit international.

Plusieurs moyens ont cependant pu être proposés par la doctrine pour permettre l'exclusion de l'immunité dans le cas de violation de normes de *ius cogens*.

En réponse à la division entre normes matérielles et procédurales, dont on trouve les origines dans l'arrêt *Mandat d'arrêt*²⁴⁵ et qui se trouve affirmée dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*, certains ont d'abord pensé à se servir d'une norme de *ius cogens* procédurale.

Bien que la CIJ n'ait pas affirmé cette possibilité, elle semble avoir laissé la porte ouverte à l'émergence d'une telle norme²⁴⁶. Il a pu être proposé d'utiliser le droit d'accès au juge à ce titre. Ainsi, en l'absence de conflit entre la norme matérielle relative à la violation de *ius cogens* et la norme procédurale de l'immunité, Paula Wojcikiewicz Almeida avance qu'il existe un conflit entre l'immunité procédurale et le droit d'accès au juge, règle procédurale également, et qui serait devenue une norme impérative²⁴⁷. Certes, l'appartenance de ce droit au *ius cogens* a été soutenue dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de

²⁴² Est également intéressante la place du droit international dans les ordres juridiques internes. Voy. sur ces points R. PAVONI et S. BEAULAC, « L'immunité des États et le *ius cogens* en droit international : étude croisée Italie/ Canada », *Revue juridique Thémis*, vol. 43 (3), 2009, pp. 496-498 ; I. WUERTH, *op. cit.*, p. 833.

²⁴³ L. MCGREGOR, *op. cit.*, p. 441.

²⁴⁴ I. WUERTH, *op. cit.*, pp. 830 et s.

²⁴⁵ C.I.J., arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)*, 11 avril 2000, § 60.

²⁴⁶ C'est en tout cas ce que déduit Stephan Talmon, pour qui les règles relatives au consentement à la juridiction de la Cour sont procédurales, de l'expression de la CIJ dans son arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo* d'après laquelle « [d]ans la mesure où la RDC a en outre soutenu que la réserve du Rwanda est en conflit avec une norme impérative du droit international général, il suffit à la Cour de constater qu'il n'existe *actuellement* aucune norme de cette nature qui imposerait à un État de consentir à la compétence de la Cour pour régler un différend relatif à la convention sur le génocide. La réserve du Rwanda ne saurait donc être regardée comme dépourvue d'effets juridiques sur une telle base » (C.I.J., arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006, § 69), voy. S. TALMON, *op. cit.*, p. 987.

²⁴⁷ P. WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 39-40.

l'homme²⁴⁸. Cependant, il est permis de douter qu'il revête actuellement une telle qualité²⁴⁹, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé le contraire²⁵⁰.

D'autres auteurs ont proposé que du concept même de *ius cogens*, il puisse être déduit qu'une règle de *ius cogens* procédurale visant à son exécution découle du caractère impératif de la règle matérielle. Puisque toutes les règles de *ius cogens* donnent lieu à des obligations *erga omnes*²⁵¹, toute norme impérative contiendrait ou présupposerait une règle procédurale qui garantirait son application par les juridictions²⁵². La Cour semble cependant avoir écarté cette idée²⁵³.

Par son arrêt, la Cour a d'ailleurs fermé la voie à plusieurs solutions suggérées en doctrine. Ainsi, la Cour affirme le principe de l'octroi de l'immunité, droit qui appartient à l'État étranger²⁵⁴. De cette manière, est exclue la théorie selon laquelle l'immunité n'est pas un droit de l'État mais seulement une exception à la compétence juridictionnelle de l'État et que l'État du for est libre de réglementer l'immunité qu'il reconnaît aux États étrangers en matière de violations des droits de l'homme²⁵⁵. L'affirmation va également à l'encontre de l'idée que, compte tenu de la prolifération d'exceptions au régime de l'immunité, la conception même d'une présomption générale d'immunité mériterait d'être réexaminé²⁵⁶.

Finalement, il semble que, pour un changement de la position actuelle de la Cour internationale de Justice, une évolution du droit coutumier relatif à l'immunité soit nécessaire.

²⁴⁸ Cour interam. D.H., arrêt *Goiburú et al. c. Paraguay*, 22 septembre 2006, § 131 ; Cour interam. D.H., arrêt *La Cantuta c. Perú*, 29 novembre 2006, § 160.

²⁴⁹ Notamment en ce que ce droit n'est pas absolu mais qu'il est permis d'y déroger, alors même qu'une caractéristique essentielle de la norme de *ius cogens* est d'être indérogeable. En ce sens voy. S. EL SAWAH, *op. cit.*, pp. 415-416, n°984.

²⁵⁰ La Cour a ainsi affirmé que « La Cour observe que les garanties d'un procès équitable, et en particulier le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1, occupent une position centrale dans la Convention. Comme la Cour l'a dit dans l'arrêt *Golder*, précité, « [l]e principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ». Toutefois, malgré leur importance, la Cour ne considère pas ces garanties comme figurant parmi les normes du *jus cogens* en l'état actuel du droit international », voy. Cour eur. D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management INC c. Suisse*, 21 juin 2016, § 136.

²⁵¹ Quant à l'idée d'utiliser la notion d'obligation *erga omnes* face à l'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme, voy. également A. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 92-93, 99.

²⁵² K. BARTSCH et B. ELBERLING, « *Jus Cogens vs. State Immunity, Round two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision* », *German Law Journal*, vol. 4 (5), 2003, p. 486.

²⁵³ C'est en effet ce que déduit Alberto Costi du § 95 de l'arrêt, lequel se lit comme suit : « Pour autant qu'il serait soutenu qu'une règle n'ayant pas le caractère de *ius cogens* ne saurait être appliquée si cela devait affaiblir la mise en œuvre d'une règle de cette nature – même en l'absence de conflit direct entre elles-, la Cour ne voit rien qui vienne fonder pareille assertion. Une règle de *ius cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation, mais les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *ius cogens*, et il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *ius cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application. » (C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 95), voy. A. COSTI, *op. cit.*, p. 296.

²⁵⁴ C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, §§ 66-67.

²⁵⁵ Pour davantage d'explications sur cette théorie, voy. L. M. CAPLAN, *op. cit.*, pp. 5 et s.

²⁵⁶ Voy. sur ce point, A. BIANCHI, *op. cit.*, p. 69.

Si un développement par l'adoption de normes conventionnelles reste théoriquement possible, il est peu probable que cette option rencontre l'adhésion des États.

CONCLUSION

À l'issue d'un examen des arrêts pertinents de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour internationale de Justice, l'on constate, comme le relèvent Mathias Forteau, Alina Miron et Alain Pellet, que la jurisprudence internationale reste attachée au respect de l'immunité souveraine de juridiction de l'État même lorsqu'il est impliqué dans la violation de normes de *ius cogens*²⁵⁷. L'affirmation vaut *a fortiori* pour l'immunité d'exécution dont le régime est plus restrictif encore.

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, le raisonnement et la conclusion offerte sont contestables. C'est sur base d'un contrôle singulièrement distinct de celui qu'elle expose traditionnellement dans le contexte de l'article 6 que la Cour aboutit à l'absence de violation de la CEDH, alors qu'il est clair que l'application de l'immunité est de nature, en l'absence de voie raisonnable de recours, à contrarier le droit d'accès à un tribunal. Sa position est d'autant plus regrettable que désormais, l'hypothèse de la violation de règles impératives demeure le seul cas dans lequel la Cour conclut systématiquement à l'absence de violation de l'article 6 puisqu'en matière de contrat de travail comme de transaction commerciale, la Cour utilise l'argument du caractère coutumier de la Convention de 2004 pour venir au secours des requérants qui font face aux États dans ce type de litiges. Si la recherche d'une autre voie de recours au stade du test de proportionnalité serait souhaitable pour un équilibre entre l'immunité et le droit d'accès à un tribunal, l'article 12 de la Convention de 2004 pourrait peut-être déjà servir aux requérants victimes de violations de *ius cogens*, dans les limites de son champ d'application.

Concernant la Cour internationale de Justice, si pour certains auteurs, des lectures alternatives du droit international étaient possibles²⁵⁸, il semble toutefois que sa position offre le reflet le plus réaliste de l'état du droit international. De plus, le concept de *ius cogens* ne permet pas d'influencer la solution, en l'absence de conflit et en dehors des domaines de l'article 53 de la Convention de Vienne et de la responsabilité des États, dans lesquels des effets particuliers lui sont attribués.

À l'heure actuelle, une nouvelle demande a été portée devant la Cour internationale de Justice par l'Allemagne étant donné que l'Italie ne s'incline pas face à l'arrêt rendu en 2012²⁵⁹. L'état du droit international ne semble cependant pas avoir beaucoup changé depuis l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*. Il faut donc s'attendre à ce que la Cour maintienne sa position, en l'absence de moyen suffisant pour permettre un changement.

Si l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État* est susceptible de décourager les juridictions nationales à conclure à la neutralisation de l'immunité dans l'hypothèse de la violation de

²⁵⁷ M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *op. cit.*, p. 643.

²⁵⁸ H. MUIR WATT, « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Revue critique de droit international privé*, vol. 3 (3), 2012, pp. 545 et s. Voy. également l'opinion dissidente de M. le juge Cançado Trindade.

²⁵⁹ Une requête introductive d'instance, accompagnée d'une demande en indication de mesures conservatoires, a en effet été enregistrée au greffe de la Cour le 29 avril 2022. Le document est disponible sur le site suivant : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/183>.

normes impératives²⁶⁰, il n'a pas mis fin aux controverses²⁶¹. De plus, tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour internationale de Justice n'excluent pas qu'il y ait place pour des développements futurs dans ce domaine²⁶².

Il reste dès lors à espérer que l'Italie, comme elle l'a fait pour certains avec la théorie restrictive, soit peut-être à l'initiative du développement d'une exception coutumière à l'immunité des États en cas de violations de normes de *ius cogens*.

²⁶⁰ P. C. BORNKAMM, *op. cit.*, p. 782.

²⁶¹ Ainsi par exemple, dans l'affaire des femmes de réconfort, expression qui renvoie à des faits d'esclavage sexuel commis par l'armée impériale japonaise à l'encontre de femmes coréennes pendant la deuxième guerre mondiale, un premier jugement avait été rendu par le tribunal d'instance central de Séoul et condamnait le Japon au versement d'une somme en réparation aux victimes. La même juridiction a cependant rejeté la demande d'autres victimes sur la base de l'immunité de juridiction quelques mois plus tard. Voy. Seoul Central District Court, 2016Ga-Hap505092, 8 janvier 2021 et Seoul Central District Court, 2016Ga-Hap580239, 21 avril 2021. Pour de plus amples informations à ce sujet, voy. E. SONG, « Just Réparations for Korean 'Comfort Women': A Transitional Justice and International Law Perspective », *Journal of Korean Law*, vol. 20, 2021, pp. 373 et s.

²⁶² Sur ce point, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, § 66 ; C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012, § 91.

BIBLIOGRAPHIE

I. Conventions internationales

Convention européenne sur l'immunité des États, conclue au sein du Conseil de l'Europe le 16 mai 1972, *S.T.C.E.*, n°74.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faite à Rome le 4 novembre 1950, *S.T.E.*, n°005.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée à New York le 2 décembre 2004, *A/RES/59/38*.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, *R.T.N.U.*, 1969, vol. 1155, p. 331.

II. Jurisprudence

A. Jurisprudence internationale

1) Cour internationale de Justice

C.I.J., arrêt *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, 30 juin 1995.

C.I.J., arrêt *Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Belgique)*, 11 avril 2000.

C.I.J., arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, 3 février 2006.

C.I.J., arrêt *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007.

C.I.J., arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)*, 3 février 2012.

2) Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

T.P.I.Y. (Chambre de première instance), *Le procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, affaire n°IT-95-17/1-T.

3) Cour européenne des droits de l'homme

Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975.

Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979.

Cour eur. D.H., arrêt *Philis c. Grèce*, 27 août 1991.

Cour eur. D.H., arrêt *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992.

Cour eur. D.H., arrêt *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997.

Cour eur. D.H., arrêt *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 18 février 1999.

Cour eur. D.H., arrêt *Beer et Regan c. Allemagne*, 18 février 1999.

Cour eur. D.H., arrêt *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000.

Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001 et Opinion dissidente commune à MM. les juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajic.

Cour eur. D.H., arrêt *McElhinney c. Irlande*, 21 novembre 2001.

Cour eur. D.H., arrêt *Fogarty c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001.

Cour eur. D.H., arrêt *Zvolsky and Zvolska c. République Tchèque*, 12 novembre 2002.

Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*, 12 décembre 2002.

Cour eur. D.H., arrêt *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie*, 3 mars 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Kirovi c. Bulgarie et Turquie*, 2 octobre 2006.

Cour eur. D.H., arrêt *Hirschhorn c. Roumanie*, 26 juillet 2007.

Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Grosz c. France*, 16 juin 2009.

Cour eur. D.H., arrêt *Cudak c. Lituanie*, 23 mars 2010.

Cour eur. D.H., arrêt *Guadagnino c. Italie et France*, 18 janvier 2011.

Cour eur. D.H., arrêt *Sabeh El Leil c. France*, 29 juin 2011.

Cour eur. D.H., arrêt *Wallishauser c. Autriche*, 17 juillet 2012.

Cour eur. D.H., arrêt *Oleynikov c. Russie*, 14 mars 2013.

Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, 11 juin 2013.

Cour eur. D.H., arrêt *Jones et autres c. Royaume-Uni*, 14 janvier 2014.

Cour eur. D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management INC c. Suisse*, 21 juin 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Radunovic c. Montenegro*, 25 octobre 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Naku c. Lituanie et Suède*, 8 novembre 2016.

Cour eur. D.H., arrêt *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, 5 février 2019.

Cour eur. D.H., arrêt *J. C. et autres c. Belgique*, 12 octobre 2021.

4) Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour interam. D.H., arrêt *Goiburú et al. c. Paraguay*, 22 septembre 2006.

Cour interam. D.H., arrêt *La Cantuta c. Pérou*, 29 novembre 2006.

B. Jurisprudence nationale

1) Etats-Unis

Cour suprême des Etat-Unis, *The Schooner Exchange v McFaddon* 11 US (7 Cranch) 116 (1812).

2) Belgique

Cass. (1^{re} ch.), 11 juin 1903, *SA des chemins de fer Liégeois-luxembourgeois c. Etat néerlandais*, *Pas.*, 1903, I, p. 294.

3) Italie

Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione), *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2004, décision n°5044/2004, *International Law Reports*, vol. 128, p. 658.

Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione), *Milde*, 21 octobre 2008, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 92, 2009, p. 618.

4) Grèce

Cour de cassation grecque (Areios Pagos), *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, 4 mai 2000, affaire n°11/2000, *International Law Reports*, vol. 129, p. 513.

Tribunal supérieur spécial (Anotato Eidiko Dikastirio), *Margellos c. République fédérale d'Allemagne*, 17 septembre 2002, affaire n°6/2002, *International Law Reports*, vol. 129, p. 525.

5) Royaume-Uni

Jones v. Saudi Arabia [2006] UKHL 26.

6) Corée du Sud

Seoul Central District Court, 2016Ga-Hap505092, 8 janvier 2021.

Seoul Central District Court, 2016Ga-Hap580239, 21 avril 2021.

III. Doctrine

- ABRAHAM, R., « Débats », *Droits des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Contentieux européen, Paris, Pedone, 2004, pp. 71-81.
- BANKAS, E. K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, 2e éd., Berlin, Springer, 2022.
- BARKER, J. C., « International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)* Judgment of 3 February 2012 », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (3), 2013, pp. 741-752.
- BARTSCH, K., et ELBERLING, B., « *Jus Cogens* vs. State Immunity, Round two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision* », *German Law Journal*, vol. 4 (5), 2003, pp. 477-491.
- BIANCHI, A., « L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 108, 2004, pp. 63-101.
- BORNKAMM, P. C., « State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State* », *German Law Journal*, vol. 13 (6), 2012, pp. 773-782.
- BOUDREAULT, F., « Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (4), 2012, pp. 1003-1012.
- CAPLAN, L. M., « State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory », *The American Journal of International Law*, vol. 97 (4), 2003, pp. 741-781.
- CASSESE, A., *International law*, Oxford, Oxford University Press, 2e éd., 2005.
- COSTI, A., « L'arrêt de la Cour Internationale de justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* », *Revue québécoise de droit international*, 2015, pp. 267-311.
- CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DAILLIER, P., PELLET, A. et FORTEAU, M., *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009.
- DAMROSCH, L. F., « The Sources of Immunity Law – Between International and Domestic Law », *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, T. RUYS, N. ANGELET et L. FERRO (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 40-60.
- D'ASPREMONT, J., « *Jus Cogens* as a Social Construct Without Pedigree », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 85-109.
- DENIS, A., « De l'application au Saint-Siège des règles du droit international relatives aux immunités », *Revue critique de droit international privé*, vol. 2 (2), 2022, pp. 361-372.
- DE SANTIS DI NICOLA, F., « Civil actions for damages caused by war crimes vs. State immunity from jurisdiction and the political act doctrine: ECtHR, ICJ and Italian Courts », *International Comparative Jurisprudence*, vol. 2 (2), 2016, pp. 107-121.

- EL SAWAH, S., *Les immunités des États et des organisations internationales*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- FOCARELLI, C., « Immunités des États et *ius cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *ius cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers », *Revue générale de droit international public*, vol. 112 (4), 2008, pp. 761-793.
- FORTEAU, M., MIRON, A. et PELLET, A., *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier), 9^e éd., LGDJ, Paris, 2022
- FOX, H., *The Law of State Immunity*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GROVER, S. C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Berlin, Springer, 2010.
- KLEINLEIN, T., « *Jus Cogens* as the 'Highest Law'?... », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 173-206.
- KLOTH, M., « Immunities and the right to access to court under the European Convention on Human Rights », *European Law Review*, vol. 27, 2002, pp. 33-46.
- LAGERWALL, A. et LOUWETTE, A., « La reconnaissance par le juge belge d'une immunité État ou à une organisation internationale viole-t-elle le droit d'accès à un tribunal », *Revue de droit commercial belge*, 2014, pp. 30-51.
- McGREGOR, L., « State Immunity and *Jus Cogens* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, pp. 437-446.
- MUIR WATT, H., « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Revue critique de droit international privé*, vol. 3 (3), 2012, pp. 539-552.
- ORAKHELASHVILI, A., « Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », *The European Journal of International Law*, vol. 14 (3), 2003, pp. 529-568.
- ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ORAKHELASHVILI, A., « State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong », *The European Journal of International Law*, vol. 18 (5), 2008, pp. 955-970.
- ORAKHELASHVILI, A., « The Classification of International Legal Rules: A Reply to Stefan Talmon », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26 (1), 2013, pp. 89-103.
- OZDAN, S., « State immunity or State impunity in cases of violations of human rights recognised as *jus cogens* norms », *The International Journal of Human Rights*, vol. 23 (9), 2019, p. 1521-1545.
- PASQUET, L., « Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The 'Alternative-Remedy' Approach and its 'Humanizing' function », *Utrecht journal of international and European law*, vol. 36(2), 2021, pp. 192-205.

- PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relate to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- PAVONI, R., et BEAULAC, S., « L'immunité des États et le *jus cogens* en droit international : étude croisée Italie/ Canada », *Revue juridique Thémis*, vol. 43 (3), 2009, pp. 491-529.
- PAVONI, R., « Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations », *Hierarchy in International Law – The place of Human Rights*, E. DE WET et J. VIDMAR (dir.), Oxford-New York, Oxford University Press, 2012, pp. 71-113.
- PAVONI, R., « The Myth of the Customary Nature of the United Nations Convention on State Immunity: Does the End Justify the Means? », *The European Convention on Human Rights and General International Law*, A. VAN AAKEN et I. MOTOC (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 264-284.
- POIRAT, F., « Les immunités des sujets du droit international », *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, J. VERHOEVEN (dir.), Bruxelles-Paris, Larcier-LGDJ, 2004, pp. 11-60.
- REYNAUD, M.-O., « La Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972 », *Annuaire français de droit international*, vol. 20 (1), 1974, pp. 924-943.
- RODGERS, L., « State immunity and employment relationships before European Court of Human Rights », *ERA-Forum*, vol. 19 (4), 2019, pp. 537-550.
- RUIZ FABRI, H., et STOPPIONI, E., « *Jus cogens* before international courts: the mega-political side of the story », *Law and contemporary problems*, vol. 84 (4), 2021, pp. 153-180.
- SANTALLA VARGAS, E., « In Quest of the Practical Value of *Jus Cogens* Norms », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 211-237.
- SHAH, S., « Jurisdictional Immunities of the State: *Germany v Italy* », *Human Rights Law Review*, vol. 12 (3), 2012, pp. 555-573.
- SHAW, M. N., *International Law*, 9e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- SHELTON, D., « Sherlock Holmes and the Mystery of *Jus Cogens* », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 23-49.
- SONG, E., « Just Réparations for Korean 'Comfort Women': A Transitional Justice and International Law Perspective », *Journal of Korean Law*, vol. 20, 2021, pp. 373-412.
- SUDRE, F., « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits des immunités et exigences du procès équitable*, I. PINGEL (dir.), Contentieux européen, Paris, Pedone, 2004, pp. 19-31.
- TALMON, S., « *Jus Cogens* after *Germany v. Italy*: Substantive and Procedural Rules Distinguished », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (4), 2012, pp. 979-1002.
- VAN ALEBEEK, R., *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- VAN ALEBEEK, R., « Introduction to Part III », *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, R. O'KEEFE and C. J. TAMS (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2013.

VIDMAR, J., « Rethinking *Jus Cogens* After Germany v. Italy: Back to Article 53? », *Netherlands International Law Review*, vol. 60 (1), 2013, pp. 1-25.

VINCENT, P., « Du droit au juge en cas de violation du droit international humanitaire : la question de l'immunité de juridiction des États à la lumière de l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie) de la Cour internationale de Justice du 3 février 2012 », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, vol. 3, 2012.

WEATHERALL, T., *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

WEATHERALL, T., « *Jus cogens* and sovereign immunity: reconciling divergence in contemporary jurisprudence », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46 (4), 2015, pp. 1151-1212.

WEBB, P., « A Moving Target: The Approach of the Strasbourg Court to Immunity », *The European Convention on Human Rights and General International Law*, A. VAN AAKEN et I. MOTOC (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 251-263.

WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, P., « L'affaire des Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie) : La Cour internationale de Justice à contre-sens de l'évolution du droit international », *Anuario colombiano de derecho internacional*, vol. 11, 2018, pp. 21-70.

WUERTH, I., « International law in domestic courts and the '*jurisdictional immunities of the state*' case », *Melbourne journal of international law*, vol. 13 (2), 2012, pp. 819-837.

YANG, X., « State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions », *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 2004, pp. 333-408.

IV. Documents de la Commission du droit international

Rapport du groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, *Annuaire de la Commission du Droit International*, Vol. II, Partie 2, 1999.

Rapport de la Commission du droit international, Chapitre IV : Normes impératives du droit international général (*jus cogens*), soixante-treizième session, A/77/10.

Troisième rapport sur les normes impératives de droit international général, Commission de droit international, soixante-dixième session, A/CN.4/714.

V. Sites Internet

Bureau des traités du Conseil de l'Europe, « État des signatures et ratifications de la Convention européenne sur l'immunité des États », disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=074>

Collection des traités des Nations Unies, « État des traités : Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », disponible sur : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=fr

Cour internationale de Justice, « Questions relatives aux immunités juridictionnelles de l'État et aux mesures de contrainte contre des biens appartenant à l'État : Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires », disponible sur : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/183>.

VI. Autre

DEHOUSSE, F., MARTINEZ, J. G., THIRY, VOLPI, F., et WUINE, M., *Droit international public, Tome II : Les acteurs de la société internationale*, syllabus, Faculté de Droit, Science politique et Criminologie de l'Université de Liège, 2022-2023.

DEHOUSSE, F., JAMART, J.-S., THIRY, C., MINY, X., et WUINE, M., *Droit international public, Tome III : Les sources du droit international public*, syllabus, Faculté de Droit, Science politique et Criminologie de l'Université de Liège, 2022-2023.