

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BENNOUNA

Evolution de la règle coutumière de l'immunité — Mutation du concept de souveraineté — Lien entre le droit de la responsabilité internationale et le droit de l'immunité de juridiction — Droit d'accès à la justice — Circonstances exceptionnelles permettant la levée de l'immunité — Unité du droit international — Conception mécaniste de l'œuvre judiciaire.

1. Tout en me ralliant au dispositif de l'arrêt de la Cour qui a conclu à la violation par l'Italie, dans le différend qui l'oppose à l'Allemagne, de l'immunité de juridiction de celle-ci (arrêt, par. 139, point 1)), je ne peux cependant faire mienne l'approche adoptée par la Cour ni accepter la logique de son raisonnement.

2. On sait que la portée du principe de l'immunité de juridiction des Etats a divisé et continue de diviser les Etats, même si l'on assiste à une tendance au rapprochement, dans le contexte de la mondialisation.

3. En effet, partant d'une conception absolue de la souveraineté, les Etats en avaient déduit une conception tout aussi absolue de l'immunité, consistant en ce que l'un d'entre eux puisse se soustraire en toutes circonstances à la compétence des tribunaux de l'autre.

4. Mais la mutation sensible du concept de souveraineté, sous l'effet de la diversification des acteurs internationaux et des avancées du droit international, a conduit de nombreux Etats à adapter et à relativiser leurs positions en ce qui concerne l'immunité de juridiction, en la limitant essentiellement aux actes de souveraineté (*jure imperii*) par opposition aux actes d'ordre privé et commercial (*jure gestionis*). Cependant, la ligne de séparation entre ces deux catégories d'actes n'est pas toujours facile à tracer. Quant aux législations nationales, peu nombreuses, elles sont loin d'être homogènes, comme le rappelle d'ailleurs la Cour (*ibid.*, par. 71), et il en est de même de la jurisprudence des tribunaux des différents Etats, ce qui fait que le droit de l'immunité juridictionnelle donne l'impression d'un pavillon qui recouvre toutes sortes de marchandises.

5. De fait, des législations sont adoptées par les Etats autorisant leurs tribunaux à connaître de certaines activités des Etats étrangers, sans s'appuyer pour cela sur le droit international en matière d'immunités. C'est ainsi qu'en 1996 les Etats-Unis ont amendé leur propre législation pour que leurs tribunaux puissent connaître de recours en responsabilité civile contre des Etats étrangers que le Gouvernement américain viendrait à désigner «soutien[s] du terrorisme» (Etats-Unis d'Amérique: Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (loi de 1976 sur l'immunité des Etats étrangers), 28 *USC*, art. 1605A). En conséquence, la doctrine s'est interrogée sur la limite du pouvoir des Etats de légiférer en la matière, en relation avec la règle coutumière de l'immunité.

6. Cette situation est encore plus complexe si l'on considère l'introduction, d'abord dans la convention européenne de 1972 sur l'immunité des Etats (art. 11), puis dans la convention des Nations Unies de 2004 sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (art. 12), de l'exception dite territoriale ou délictuelle («tort exception»), sans distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Cette exception devrait s'appliquer, en effet, aux atteintes aux personnes et aux biens, sur le territoire de l'Etat du for, sans prendre en compte la finalité ou l'objet de l'activité en question.

7. Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat est désormais indissociable de l'exercice par celui-ci de son pouvoir souverain. Il est responsable tout d'abord à l'égard de sa propre population, qu'il a le devoir de protéger, mais aussi du fait d'actes qui lui sont attribuables commis en dehors de son territoire et portant préjudice à la population d'un autre pays.

8. Ce caractère indissociable de la responsabilité et de l'exercice de la souveraineté fait que c'est en assumant, s'il y a lieu, la première que l'Etat peut justifier sa revendication de l'immunité devant les tribunaux étrangers au titre du principe de l'égalité souveraine. Autrement dit, l'octroi par ceux-ci de l'immunité ne peut, en aucun cas, signifier une exonération de la responsabilité de l'Etat concerné, elle ne peut que différer l'appréciation de celle-ci devant d'autres instances diplomatiques ou judiciaires. L'égalité souveraine n'a de sens que si elle s'accompagne d'une égalité dans le respect de la légalité internationale.

9. Il convient de souligner que, lorsqu'elle se pose dans le cas de crimes internationaux, comme dans le présent litige, la question de l'immunité de juridiction soulève des problèmes éthiques et juridiques essentiels pour la communauté internationale dans son ensemble, problèmes qu'on ne peut écarter en se cantonnant dans la qualification de l'immunité comme une simple question de procédure.

10. L'Allemagne reconnaît d'ailleurs, comme le relève la Cour, «les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens», lesquels constituent des actes illicites qui engagent sa responsabilité (arrêt, par. 52). Mais la Cour se contente de considérer comme «surprenant — et regrettable — que l'Allemagne ait refusé d'accorder réparation à un groupe de victimes au motif que celles-ci auraient eu droit à un statut que, à l'époque pertinente, elle a refusé de leur reconnaître» (*ibid.*, par. 99).

11. A mon avis, la Cour ne pouvait en rester là, que ce soit au niveau des principes ou des conséquences qu'il convient d'en tirer dans le cas considéré. Au niveau des principes, tout d'abord, la Cour avait déjà clairement affirmé que «l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte» (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 244, par. 196).

En l'occurrence, l'Allemagne revendique l'immunité en tant qu'Etat pour des actes criminels commis par ses organes et qui lui sont attribuables; elle doit en assumer la responsabilité.

12. La résolution de l'Institut de droit international, adoptée à la session de Naples en 2009, sur «l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux», contient précisément un article II, intitulé «Principes», qui replace les immunités dans leur contexte (paragraphe premier), consistant non à contourner les règles du droit international, mais à permettre aux tribunaux de prendre en compte l'égalité souveraine des Etats dans l'exercice de leurs propres compétences respectives:

«1. Les immunités sont accordées en vue d'assurer conformément au droit international une répartition et un exercice ordonnés de la compétence juridictionnelle dans les litiges impliquant des Etats, de respecter l'égalité souveraine de ceux-ci et de permettre aux personnes qui agissent en leur nom de remplir effectivement leurs fonctions.» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 73, session de Naples (Italie), 2009.)

13. Il aurait donc été nécessaire pour la Cour de souligner, dans cette affaire, que l'Allemagne, qui reconnaît l'illicéité des actes commis contre le groupe de victimes en question, en particulier les anciens internés militaires, dont M. Luigi Ferrini, doit en assumer, en principe, la responsabilité, et que c'est à cette condition qu'elle devrait bénéficier de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for.

14. En outre, du point de vue des conséquences à tirer du principe de responsabilité, la Cour considère que

«les demandes résultant du traitement des internés militaires italiens..., ainsi que d'autres réclamations de nationaux italiens qui resteraient à régler — qui ont été à l'origine des procédures italiennes — pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux Etats en vue de parvenir à une solution» (arrêt, par. 104).

A mon avis, plus qu'une simple possibilité ouverte à l'Allemagne de négocier, il s'agit pour elle d'assumer sa responsabilité internationale, en concertation avec l'Italie, afin de compléter les mesures qu'elle a prises depuis la seconde guerre mondiale pour couvrir les catégories de victimes qui en ont été exclues.

15. Ainsi, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'Etat présumé auteur des faits illicites rejette toute mise en cause de sa responsabilité, sous quelque forme que ce soit, qu'il pourrait perdre le bénéfice de l'immunité devant les tribunaux de l'Etat du for. Le droit des personnes concernées d'avoir accès à la justice de leur pays s'imposerait alors, faute pour l'Etat en cause de se soumettre aux principes fondamentaux du droit dont il se réclame lui-même par ailleurs.

16. De telles circonstances exceptionnelles ne peuvent être ignorées, à mon avis, ni par le juge national ni par le juge international et, si c'était le cas, cela ouvrirait la voie à des abus qui sont susceptibles de saper les fondements mêmes de la légalité internationale.

17. La vigilance du juge devrait être toujours à l'affût pour faire prévaloir en dernier ressort le droit et la justice, ainsi que l'a rappelé Rosalyn Higgins :

« Une exception [l'immunité souveraine] aux règles normales en matière de compétence ne doit être admise que lorsque le droit international l'exige, c'est-à-dire lorsqu'elle est conforme à la justice et à la protection équitable des parties. Elle ne doit pas être admise « de plein droit ». » (« Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity », *Netherlands International Law Review*, vol. 29, 1982, p. 271.)

18. On se serait attendu à ce que la Cour internationale de Justice suive cette approche, qui a permis, au cours des dernières décennies, de faire évoluer le régime juridique de l'immunité de juridiction, de manière à tenir la balance égale entre les souverainetés étatiques et les considérations de justice et d'équité qui opèrent au sein de celles-ci. Le concept westphalien de la souveraineté s'éloigne ainsi progressivement, au fur et à mesure que l'on situe la personne humaine au centre du système juridique international.

19. Cette évolution se reflète en partie dans les travaux de codification de la Commission du droit international sur le sujet et dans la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004, résolution 59/38); mais cela ne veut pas dire que cette évolution a été figée une fois pour toutes. C'est pour cela qu'il revient à la Cour, à l'occasion des cas dont elle est saisie, de revisiter les concepts et les normes qui sont débattus devant elle et d'indiquer, s'il y a lieu, les nouvelles tendances qui se dessinent dans leur interprétation et la détermination de leur portée.

20. La Cour reconnaît certes que l'octroi de l'immunité de juridiction à un Etat n'affecte pas sa responsabilité internationale (arrêt, par. 100), mais elle n'en tire aucune conséquence concrète. Ainsi, elle aurait pu ajouter qu'un Etat qui refuse *a priori* la mise en cause de sa responsabilité perd, par là même, le droit d'invoquer son immunité de juridiction.

21. Lorsque le droit à l'immunité est revendiqué, il s'accompagne d'un devoir, celui pour l'Etat de faire face à ses responsabilités internationales par les moyens appropriés. Et je conçois qu'en matière de conflit armé ces moyens passent par la négociation interétatique, mais encore faut-il que celle-ci puisse avoir lieu en prenant en compte l'ensemble des situations en cause.

22. Certaines circonstances particulières caractérisent la présente affaire: l'Allemagne admet sa responsabilité pour les actes illicites en cause devant les tribunaux italiens, actes qui se sont déroulés, en partie ou

en totalité, sur le territoire italien; elle revendique cependant l'immunité de juridiction et engage une action contre l'Italie devant cette Cour pour violation des obligations de celle-ci en la matière; enfin, les personnes concernées ont engagé, en vain, différents recours.

23. Or, il ne suffit pas de constater que ces personnes n'ont pu obtenir aucune satisfaction ni devant les juridictions allemandes ni devant la Cour européenne des droits de l'homme pour en tirer des conséquences quant à l'absence d'une obligation de réparation de l'Allemagne à leur égard. Une telle obligation est la conséquence des actes illicites internationaux reconnus par l'Allemagne et devrait trouver un moyen de règlement dans le cadre interétatique. Il s'agit donc d'une question qui est toujours en suspens entre les deux pays.

24. Quant à l'exigence de circonstances exceptionnelles pour lever l'immunité, elle prive de toute portée l'argument consistant à considérer ce type de dérogation comme complètement irréaliste, dans la mesure où il reviendrait à ouvrir la boîte de Pandore des recours individuels, en réparation, de la part de toutes les victimes des conflits armés.

25. A mon avis, si l'Allemagne en vient à fermer toutes les portes à ce règlement, ce que rien ne laisse présager, la question de la levée de son immunité devant les tribunaux étrangers pour les mêmes actes illicites pourrait se poser, de nouveau, légitimement. En effet, lorsque cette Cour a conclu à la violation par l'Italie de son obligation de respecter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne, elle n'a entendu d'aucune manière faire obstacle à la mise en œuvre d'une autre norme fondamentale du droit international relative à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

26. Ainsi, j'ai voté en faveur du dispositif de l'arrêt, en considération de la nature de cette affaire qui date de la seconde guerre mondiale, des efforts consentis par l'Allemagne depuis la fin de ce conflit et de sa volonté d'assumer ses propres responsabilités à cet égard, qui font que les circonstances exceptionnelles que j'ai évoquées et qui permettent de lever l'immunité ne me semblent pas réunies.

27. La Cour ne peut rejeter l'argument dit du «dernier recours», comme elle le fait au paragraphe 103 de l'arrêt, en s'abritant derrière l'absence de pratique ou de jurisprudence étatiques le justifiant. En effet, la Cour, dont la fonction est «de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis» (article 38 du Statut), doit appliquer et interpréter la norme en cause dans son contexte juridique, à savoir en tenant compte des autres règles de droit qui lient les Parties. Dès lors, on ne voit pas comment on peut appliquer et interpréter le droit de l'immunité de l'Etat sans prendre en compte l'impact du droit de la responsabilité internationale. Surtout si, devant les tribunaux internes, il est apparu, *in limine litis*, que l'Etat auteur de l'acte illicite a fermé toutes les portes à la réparation.

28. C'est en prenant en compte l'ensemble de ces composantes, dans leur complémentarité, que la Cour peut contribuer à la garantie de l'unité du droit international au service de la justice internationale. Cette

éminente fonction ne peut se satisfaire d'une approche formaliste étroite, consistant à analyser l'immunité en elle-même, *stricto sensu*, sans souci des victimes des crimes internationaux qui demandent que justice leur soit rendue. On peut considérer, pour reprendre l'expression de Vaughan Lowe («The Politics of Law-making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?», dans M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, 2000, p. 212-221), qu'une «interstitial norm» devrait permettre d'établir le lien entre le droit des immunités et le droit de la responsabilité internationale. Il s'agirait d'invoquer, pour cela, des principes généraux du droit, ainsi que l'a fait la Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou* lorsqu'elle s'est référée aux «considérations élémentaires d'humanité» en tant que lien entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22).

29. La Cour s'est fondée sur une conception mécaniste de l'œuvre judiciaire consistant, pour le juge national, à se prononcer à titre liminaire sur l'immunité, sans prendre en compte les «circonstances particulières de chaque affaire» (arrêt, par. 106). Or, il s'agit là d'une vue de l'esprit car, dans la pratique, il arrive souvent que, pour se prononcer sur la question de l'immunité et sur les exceptions invoquées par le demandeur pour la levée de celle-ci, le juge soit amené à examiner le fond de l'affaire. C'est ainsi, par exemple, que, lorsque cette Cour considère qu'une exception d'incompétence n'a pas «un caractère exclusivement préliminaire», elle décide de ne la trancher qu'une fois qu'elle a analysé les données au fond de l'affaire dont elle est saisie.

30. Il ne faut pas perdre de vue, enfin, que l'Italie a toujours la possibilité de prendre fait et cause pour ses ressortissants, en exerçant la protection diplomatique en leur faveur; cette institution représentant le dernier rempart ou l'*ultima ratio* pour la sauvegarde des droits de l'homme internationalement garantis, ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (*République de Guinée c. République démocratique du Congo*), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 599, par. 39).

31. Je regrette, finalement, que le raisonnement de la Cour n'a pas été bâti à partir des caractéristiques du droit international contemporain où l'immunité, en tant qu'élément d'un mécanisme de répartition des compétences, ne pourrait se justifier lorsqu'elle aboutirait à faire obstacle aux exigences de la justice due aux victimes. C'est pour cela que l'immunité n'est pas un droit subjectif, au sens strict, à la disposition de l'Etat, mais une possibilité pour celui-ci de ne pas être jugé par les tribunaux étrangers, en fonction des circonstances propres à l'espèce considérée.

32. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux internes pour interpréter et appliquer le droit relatif à l'immunité demeure entier, contrairement à ce que laisse entendre la Cour dans son arrêt (arrêt, par. 106). Si cette appréciation est faite à titre liminaire, elle n'empêche pas les tribunaux nationaux d'analyser l'ensemble des données de l'affaire dont ils sont sai-

sis, lorsque cela s'avère nécessaire pour apprécier si les circonstances de celle-ci autorisent ou non l'octroi à l'Etat de l'immunité.

33. Reste bien sûr à se demander si une politique étatique systématique fondée sur la commission de crimes internationaux, comme le génocide ou le crime contre l'humanité, pourrait être couverte par l'immunité dans le cadre des actes de souveraineté (*jure imperii*). Cette question en amène une autre, à savoir quelle autorité serait à même de distinguer entre ce qui relève des fonctions étatiques habituelles et celles qui doivent être qualifiées de crimes internationaux, afin d'exclure les secondes du bénéfice de l'immunité. Par contre si, comme c'est le cas dans cette affaire, l'activité criminelle attribuable à l'Etat est bien établie et reconnue, nous retrouvons la nécessité, pour ce dernier, d'ouvrir à un moment ou à un autre les canaux appropriés pour la réparation afin d'éviter d'être jugé, en fin de compte, par des tribunaux étrangers.

34. Cette affaire démontre, à l'évidence, à quel point le système immunitaire du corpus étatique et la prise en compte par celui-ci de ses propres manquements à la légalité internationale sont étroitement liés. La Cour, dans son analyse du droit international coutumier, se devait de relever cette tendance et de prévoir ses retombées sur le plan de l'élaboration du droit international. Ce n'est pas parce que les affaires portées devant les juridictions nationales et reflétant cette tendance sont limitées que celle-ci doit être ignorée par la Cour.

35. La prééminence bien affirmée de la justice et de la règle de droit au niveau international, qu'il s'agisse de justice pénale ou de justice civile, a également pour fonction de dissuader les dirigeants, agissant au nom de leur pays, de se livrer à la violation des normes de droit impératif relatives à la prévention et à la commission des crimes internationaux. Il faut éviter que cette fonction dissuasive ne soit altérée sous l'effet d'une approche passiviste de l'immunité de l'Etat et de ses représentants.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.