

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* GAJA

[Traduction]

1. Dans le présent arrêt, la Cour admet que l'immunité de juridiction d'un Etat étranger ne s'étend pas à certaines demandes en réparation à raison d'actes dommageables commis sur le territoire de l'Etat du for. Cependant, elle

«estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé» (par. 78).

Cet élément s'est révélé déterminant pour écarter l'applicabilité de l'«exception territoriale» en la présente espèce. La Cour en a en effet conclu que les tribunaux italiens avaient manqué à une obligation internationale en se déclarant compétents pour connaître de réclamations ayant trait à des actes illicites commis par l'Allemagne en Italie pendant la seconde guerre mondiale.

L'argumentation de la Cour est fort bien construite, et elle repose notamment sur une analyse détaillée de la pratique étatique pertinente. Le champ d'application de l'«exception territoriale» mérite néanmoins un examen plus approfondi, pour cette raison aussi qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le droit est actuellement, ainsi que l'attestent plusieurs décisions judiciaires, «en développement».

2. L'«exception territoriale» a trouvé son expression à l'article 12 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, qui est ainsi libellé :

«A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, 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'Etat, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat 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.»

Cette convention de codification, qui a été adoptée par l'Assemblée générale en 2004, a, à ce jour, été ratifiée par treize Etats et n'est pas encore entrée en vigueur. En tout état de cause, il serait infondé de considérer que l'ensemble des dispositions de fond qui y figurent correspondent

à des règles de droit international général. A l'inverse, nombre d'entre elles ne sauraient être jugées tout à fait innovantes. Tel est assurément le cas de l'article 12, étant donné que des dispositions similaires avaient auparavant été énoncées dans plusieurs textes législatifs internes auxquels il sera fait référence ci-après et, avant même l'adoption de ces textes, à l'article 11 de la convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972. Cet article se lit comme suit :

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

Dans les paragraphes ci-après, il sera fait assez peu référence à cet instrument, étant donné qu'il revêt, de toute évidence, une pertinence limitée aux fins de déterminer les règles existantes du droit international général en matière d'immunité de l'Etat. La convention européenne n'a en effet été ratifiée que par huit Etats, tous situés dans une zone géographique déterminée (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suisse). De plus, elle n'a pas pour objet d'énoncer des règles générales, mais s'intéresse uniquement à l'immunité de juridiction d'un Etat contractant devant les tribunaux d'autres Etats contractants.

3. L'«exception territoriale» trouve également son expression dans les lois relatives à l'immunité de juridiction des Etats étrangers adoptées par neuf Etats. Seul un Etat (le Pakistan) n'a pas prévu d'«exception territoriale» dans sa législation en la matière.

La législation constitue un aspect important de la pratique étatique. Elle est également pertinente lorsqu'une règle de droit international a pour objet le comportement des autorités judiciaires, comme c'est le cas en ce qui concerne l'exercice par les juridictions de leur compétence. Il est en effet permis de supposer que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les autorités judiciaires s'écarteront des prescriptions du législateur. Or, à ma connaissance, aucun tribunal d'aucun des Etats qui ont adopté une législation prévoyant une «exception territoriale» n'a soulevé la moindre question de cohérence entre les lois pertinentes et le droit international général.

Le nombre des Etats en question peut, à première vue, sembler insuffisant pour être jugé représentatif de la conduite des Etats en général, puisque la plupart d'entre eux n'ont pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction et se fondent, en la matière, directement sur le droit international général. Il serait cependant difficile de considérer la pratique législative de dix Etats, qui s'étend sur une période de plus de trente ans, comme étant dépourvue de pertinence aux fins de déterminer l'état actuel du droit international général. Le critère adopté par lesdits Etats n'avait pas pour objet de codifier une norme à laquelle tous les Etats seraient

tenus de se conformer. Il est peut-être des points sur lesquels la législation de certains Etats était plus favorable à l'immunité que le droit international général, ce qui, de toute évidence, est licite, alors que tel ne serait pas le cas d'une approche plus restrictive. En inscrivant pareille «exception territoriale» dans leur législation, les Etats en question sont, à n'en pas douter, partis du principe qu'ils avaient le droit d'exercer leur pouvoir de juridiction en appliquant ladite exception. Si cette position devait être jugée infondée au regard du droit international général, tous ces Etats engageraient, ce faisant, leur responsabilité internationale. Aussi aurait-on pu s'attendre, sur le plan international, à une certaine forme de protestation de la part d'autres Etats, dès lors que la législation en question était bien connue et que nombre d'entre eux étaient susceptibles d'en être affectés. Le silence observé par la majorité des Etats à cet égard ne saurait être interprété comme une critique implicite de la licéité du recours à l'«exception territoriale».

4. Dans les neuf Etats qui ont adopté une législation relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers prévoyant une «exception territoriale», celle-ci a un contenu similaire. Il est sans doute utile de citer ici les dispositions en question, et je procéderai par ordre chronologique.

Le paragraphe *a)* de l'article 1605 du Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (loi des Etats-Unis sur l'immunité des Etats étrangers) dispose que

«*a)* l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité devant les juridictions des Etats-Unis d'Amérique ou des Etats dans tous les cas

.....

5. n'entrant pas dans les prévisions du paragraphe 2 ci-dessus, où une action en réparation est intentée contre un Etat étranger à raison de dommages corporels, d'un décès, de dommages matériels ou de pertes de biens survenus aux Etats-Unis et causés par un acte dommageable ou une omission de cet Etat étranger ou de tout représentant ou employé de celui-ci agissant dans le cadre de ses fonctions ou de son emploi; le présent paragraphe ne s'applique pas à :

- A. toute demande fondée sur l'exercice, ou le défaut d'exercice, de pouvoirs discrétionnaires, qu'il y ait eu ou non abus de pouvoir;
- B. toute demande résultant de poursuites abusives, d'un abus de procédure, d'une diffamation verbale ou écrite, d'une fausse déclaration, d'un dol ou d'une interférence avec des droits contractuels.»

L'article 5 du State Immunity Act de 1978 (loi du Royaume-Uni sur l'immunité des Etats) se lit comme suit: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: *a)* un décès ou des dommages corporels; ou *b)* des dommages matériels ou pertes de biens causés par un acte ou une omission survenu au Royaume-Uni.»

L'article 7 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes identiques, le mot «Singapour» figurant simplement en lieu et place du mot «Royaume-Uni».

L'article 6 du Foreign States Immunities Act (loi sur l'immunité des Etats étrangers) de l'Afrique du Sud prévoit que «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité dans une procédure se rapportant à: a) un décès ou des dommages corporels; ou b) des pertes de biens ou dommages matériels causés par un acte ou une omission survenu dans la République».

Aux termes de l'article 13 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une procédure se rapportant à: a) un décès ou des dommages corporels; ou b) des pertes de biens ou préjudices matériels causés par un acte ou une omission survenu en Australie».

L'article 6 du State Immunity Act du Canada est ainsi libellé: «L'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans toute procédure se rapportant à: a) tout décès ou dommage personnel ou corporel; ou b) tout dommage matériel ou toute perte de biens survenu au Canada.»

En Argentine, l'article 2 de la loi n° 24.488 relative à l'immunité de juridiction des Etats étrangers dispose que «[l']Etat étranger ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans les cas suivants: ... e) lorsqu'une action est engagée contre lui à raison de pertes ou de dommages résultant de délits ou de quasi-délits commis en Argentine» [«e) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio»].

Aux termes de l'article 5 de la Foreign States Immunity Law n° 5769-2008 d'Israël, «[l']Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans une action en responsabilité se rapportant à des dommages corporels ou matériels, lorsque l'acte en cause a été commis en Israël».

Enfin, l'article 10 de la loi relative à la juridiction civile du Japon à l'égard des Etats étrangers, etc., dispose que:

«En cas de décès ou de dommages corporels, de pertes de biens ou de dommages matériels résultant d'un acte dont il est allégué qu'un Etat étranger, etc., porte la responsabilité, et si ledit acte a été commis en tout ou partie au Japon alors que son auteur se trouvait au Japon, l'Etat étranger, etc., ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction à l'égard des actions en réparation à raison des dommages ou pertes résultant dudit acte.»

Quoique leur libellé varie, l'ensemble de ces textes énoncent une règle générale, qui semble s'appliquer aux réclamations portant sur tous les actes ou omissions attribuables à un Etat étranger ayant lieu sur le territoire de l'Etat du for et entraînant la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel.

5. Aucun des textes législatifs précités ne restreint l'applicabilité de l'«exception territoriale» dans le cas où l'acte ou l'omission de l'Etat

étranger survient dans le cadre d'une activité pouvant être considérée comme étant *jure imperii* parce qu'elle relève de l'exercice, par cet Etat, d'un pouvoir souverain.

Dans son commentaire relatif au projet d'article 12 — qui allait devenir, sans modification, l'article 12 de la convention des Nations Unies de 2004 —, la Commission du droit international (CDI) a précisé que «[l]es dommages envisagés à l'article 12 concern[ai]ent essentiellement le décès accidentel ou les dommages corporels ou matériels causés par des accidents de la circulation», mais que «la portée de l'article 12 [était] assez large pour englober aussi les dommages intentionnels comme les coups et blessures, les dommages intentionnels aux biens, l'incendie criminel, voire l'homicide ou l'assassinat politique». Dans ce même commentaire, la CDI a aussi relevé que, bien que la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* prévale encore dans la «jurisprudence de quelques Etats», «il n'[était] pas établi de distinction de cette nature» dans l'«exception territoriale» énoncée à l'article 12 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 45). Et la CDI de préciser ce qui suit :

«Le *locus delicti commissi* offre un lien territorial solide, quelle qu'ait été la motivation de l'acte ou de l'omission, qu'il ait été intentionnel ou même criminel ou qu'il ait été accidentel ou dû à la négligence, à l'inadvertance ou à l'imprudence, et que les activités en cause relèvent des *acta jure imperii* ou des *acta jure gestionis*.»

Rien dans le texte de la convention des Nations Unies ou dans les travaux préparatoires de cet instrument ne donne à penser que l'«exception territoriale» ne devrait pas s'appliquer lorsque l'Etat étranger agit *jure imperii*.

C'est en se fondant sur le commentaire de la CDI que la Cour de cassation italienne a, dans son arrêt *Ferrini*, souligné que, conformément à l'article 12 des projets d'articles de la CDI,

«la distinction entre les actes accomplis *jure imperii* et les actes accomplis *jure gestionis* [était] dépourvue de pertinence à l'égard des demandes en réparation résultant d'«atteintes à l'intégrité physique d'une personne» ou de pertes ou de dommages de nature «corporelle»» (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *International Law Reports (ILR)*, vol. 128, p. 672).

Quant à la Cour suprême du Canada, elle est convenue, dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Schreiber c. la République fédérale d'Allemagne et le procureur général du Canada*, que l'«exception territoriale» valait également pour les actes *jure imperii*, ajoutant que, si l'on restreignait ladite exception dans le cas de pareils actes, cela «priverait les victimes des pires violations des droits fondamentaux de toute possibilité de réparation devant les tribunaux nationaux» (*Recueil de la Cour suprême*, 2002, vol. 3, p. 269, par. 37).

En l'affaire *McElhinney c. Williams*, la Cour suprême d'Irlande a en revanche, par la voix du Chief Justice Hamilton, estimé que, même si

l'acte dommageable d'un soldat britannique s'était produit dans l'Etat du for, l'Etat étranger devait bénéficier de l'immunité «lorsque ledit acte ou ladite omission surviennent *jure imperii*» (*ILR*, vol. 104, p. 703). L'Irlande n'a pas adopté de loi relative à l'immunité de juridiction, et elle n'est pas partie à la convention européenne sur l'immunité des Etats. M. McElhinney a, par la suite, déposé une requête contre cet Etat devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ladite juridiction a jugé que l'«exception territoriale» correspondait «en droit international et comparé [à] une tendance», mais que

«cette tendance para[issait] concerner essentiellement les dommages corporels «assurables», c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale. On ne peut assurément pas dire que l'Irlande soit seule à estimer que l'immunité s'applique en cas d'actions pour des dommages ainsi causés par des *acta jure imperii* ou que, en accordant cette immunité, elle se démarque de normes internationales actuellement admises.» (*ILR*, vol. 123, p. 85, par. 38.)

Il convient de noter que la question qui se posait à la Cour européenne dans cette affaire n'était pas de savoir si l'Etat défendeur avait l'obligation d'accorder l'immunité de juridiction au Royaume-Uni, mais si l'Irlande avait manqué à une obligation énoncée à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme en refusant au demandeur l'accès à la justice. La majorité n'a pas souscrit à l'idée selon laquelle les Etats étaient tenus d'appliquer une «exception territoriale». Elle a conclu que, «dans l'état actuel du droit international» relatif à l'immunité de juridiction, l'Irlande n'avait pas manqué à une obligation d'exercer son pouvoir de juridiction. La Cour européenne n'est cependant pas allée jusqu'à dire que, si les tribunaux irlandais avaient accepté d'examiner la demande en question, l'Irlande aurait manqué aux obligations que le droit international lui impose en matière d'immunité de juridiction.

6. La convention européenne sur l'immunité des Etats contient différentes clauses qui en limitent la portée. La disposition pertinente aux fins présentes est l'article 31, qui se lit comme suit :

«Aucune disposition de la présente convention ne porte atteinte aux immunités et privilèges dont un Etat contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre Etat contractant.»

Aucune clause similaire ne figure dans le projet d'articles de la CDI. Dans son commentaire relatif au projet d'article 12, celle-ci indique néanmoins que cette disposition ne s'«applique pas ... à des situations liées à des conflits armés» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 48). Aucune explication n'est donnée, et il n'est pas

non plus précisé quelles conséquences est censé avoir le fait que ladite disposition ne s'applique pas. En particulier, le point de savoir si les «situations liées à des conflits armés» sont considérées comme étant en dehors du champ d'application de la convention des Nations Unies ou si une autre règle énoncée dans cet instrument devient applicable n'est pas clair.

L'exclusion ainsi avancée dans le commentaire de la CDI n'a trouvé son expression ni dans le texte de la convention elle-même ni dans les points convenus qui figurent en annexe de cet instrument. En outre, aucune précision à cet égard n'est donnée dans le rapport présenté à l'Assemblée générale par le comité spécial qui a recommandé l'adoption de la convention (A/59/22). Toutefois, en introduisant ledit rapport devant la Sixième Commission, le président du comité spécial, M. Gerhard Hafner, a notamment indiqué ce qui suit: «[s]e pose la question de savoir si la Convention couvre les activités militaires. Il a toujours été entendu que les activités militaires n'entreraient pas dans le champ de la Convention.» M. Hafner a ensuite fait référence à l'exclusion des «situations liées à des conflits armés» avancée par la CDI dans son commentaire (A/C.6/59/SR.13, par. 36) — expression qui est plus restrictive que celle d'«activités militaires» —, ajoutant que, selon lui, cette question n'était pas régie par la convention. La portée juridique de cette déclaration n'est cependant pas tout à fait claire. A cet égard, le dernier alinéa du préambule de la résolution 59/38 de l'Assemblée générale, par laquelle la convention a été adoptée, est ainsi libellé: «Prenant en considération la déclaration faite par le Président du Comité spécial lorsqu'il a présenté le rapport du Comité.» Cela ne clarifie pas non plus entièrement les choses.

La Norvège et la Suède, lorsqu'elles ont ratifié la convention des Nations Unies, ont précisé que, selon elles, cet instrument ne s'appliquait pas aux «activités militaires». Ces deux Etats partageaient donc les vues de M. Hafner selon lesquelles les «activités militaires» ne sont pas couvertes par la convention. Quoique ces déclarations interprétatives étayent l'idée selon laquelle pareilles activités ne sont pas régies par cet instrument, elles ne s'imposent pas à tous les Etats contractants.

7. Aucune des lois auxquelles il a été fait référence au paragraphe 3 ci-dessus ne contient d'exclusion générale visant les réclamations relatives à des «situations liées à des conflits armés». Ces questions sont cependant traitées dans certains de ces textes.

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 16 du State Immunity Act du Royaume-Uni de 1978 est ainsi libellé:

«Cette partie de la présente loi ne s'applique pas aux procédures ayant trait à un quelconque acte des forces armées d'un Etat pendant leur présence au Royaume-Uni ou en relation avec ces forces; en particulier, son effet est subordonné au Visiting Forces Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Royaume-Uni avec le consentement de celui-ci] de 1952.»

L'alinéa *a*) du paragraphe 2 de l'article 19 du State Immunity Act de Singapour est libellé en des termes semblables. Ces dispositions paraissent

viser des actions qui peuvent être engagées contre un Etat dont les forces sont présentes sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci, actions qui seraient régies par des règles spéciales. L'article 22 de la Foreign States Immunity Law d'Israël est plus explicite sur ce point :

« Nonobstant les dispositions de la présente loi, les actions judiciaires fondées sur tout acte ou toute omission de forces militaires étrangères dont les droits et le statut en Israël ont fait l'objet d'un accord entre l'Etat d'Israël et l'Etat auquel appartiennent ces forces sont régies par ledit accord. »

L'article 6 du Foreign States Immunities Act de 1985 de l'Australie, qui exclut les immunités ou privilèges « prévus par le ... Defence (Visiting Forces) Act [loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire de l'Australie avec le consentement de celle-ci] de 1963, ou en application de celui-ci », ainsi que l'article 16 du State Immunity Act du Canada, qui mentionne la loi relative au statut des forces étrangères présentes sur le territoire du Canada avec le consentement de celui-ci, ne font, eux aussi, référence qu'aux forces stationnées sur le territoire de l'Etat du for avec le consentement de celui-ci.

Aucun de ces textes ne porte spécifiquement sur l'« exception territoriale » ; ils ont tous plus généralement trait à la législation relative aux immunités des Etats étrangers. En tout état de cause, il découle des textes en question que les réclamations relatives aux activités armées qui ne tombent pas sous le coup des clauses d'exclusion relèvent des règles régissant l'immunité énoncées dans la loi, y compris l'« exception territoriale ».

8. La question de l'immunité de juridiction de l'Allemagne relative aux actes commis par ses forces armées pendant la seconde guerre mondiale a été examinée par les tribunaux de plusieurs Etats.

En l'affaire *Ferrini*, si la Cour de cassation italienne a fondé son principal argument contre l'immunité sur une base différente, elle a aussi tenu compte de ce que l'acte illicite en cause, à savoir la déportation d'un national italien vers l'Allemagne où il a été soumis au travail forcé, « a[vait] trouvé son origine dans le pays dans lequel l'action judiciaire a, entre-temps, été intentée » (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004 ; *ILR*, vol. 128, p. 670-671). Dans une série de décisions ultérieures, la même juridiction a refusé d'accorder l'immunité à l'Allemagne « étant donné, en outre, que l'acte illicite s'était également produit en Italie » (voir, par exemple, l'ordonnance n° 14209 du 29 mai 2008 ; *Rivista di diritto internazionale*, vol. 91 (2008), p. 900).

La Cour de cassation française a, en revanche, fait droit à l'immunité de l'Allemagne dans les affaires *Bucheron* (pourvoi n° 02-45961, 16 décembre 2003), puis *Grosz* (pourvoi n° 04-47504, 3 janvier 2006). Ces deux décisions avaient trait à la déportation de citoyens français et au fait qu'ils avaient été soumis au travail forcé en Allemagne. La Cour de cassation s'est fondée sur le caractère *jure imperii* de l'acte en cause, sans envisager la possibilité d'appliquer une « exception territoriale ».

Les tribunaux grecs se sont, quant à eux, montrés divisés sur la question. L'*Areios Pagos* a ainsi, en l'affaire *Distomo* (arrêt du 4 mai 2000; *ILR*, vol. 129, p. 519), jugé qu'une règle de droit international coutumier

«requ[érait], à titre d'exception au principe de l'immunité, que les tribunaux nationaux puissent exercer une compétence internationale à l'égard de demandes en réparation relatives à des préjudices causés à des personnes et des biens sur le territoire de l'État du for par des organes d'un État étranger présents sur ce territoire au moment où ces préjudices ont été causés, même si ceux-ci résultaient d'actes de puissance souveraine (*acta jure imperii*)».

La majorité a jugé que cela vaudrait également pour les «préjudices résultant [d'une action militaire menée dans] de[s] situations de conflits armés», lorsque «les actes illicites à raison desquels la réparation est demandée (en particulier les crimes contre l'humanité) ne visaient pas les civils en général, mais des personnes particulières se trouvant dans un lieu donné et n'ayant pas de lien direct ou indirect avec les opérations militaires».

Deux ans plus tard, dans l'affaire *Margellos*, le Tribunal supérieur spécial grec, *Anotato Eidiko Dikastirio* (arrêt du 17 septembre 2002; *ILR*, vol. 129, p. 525), est parvenu (quoique à une majorité de six voix contre cinq) à la conclusion presque inverse, selon laquelle l'«exception territoriale» ne s'applique pas aux activités des forces militaires d'un État étranger :

«en l'état actuel du droit international, il n'existe pas de règle généralement acceptée qui, à titre d'exception à la règle de l'immunité souveraine, autoriserait qu'une action soit engagée contre un État étranger devant les tribunaux d'un autre État relativement à une demande en réparation d'un acte dommageable commis dans l'État du for auquel les forces armées de l'État défendeur ont participé de quelque manière que ce soit, en temps de guerre ou en temps de paix» (*ibid.*, p. 532).

La Cour suprême de Pologne a, en l'affaire *Natoniewski* (arrêt du 29 octobre 2010; *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX (2010), p. 299), suivi une approche similaire. Elle a en effet conclu que

«les motifs [étaient] insuffisants pour que soit reconnue une exception à l'immunité de l'État dans des affaires concernant la réparation de violations des droits de l'homme résultant d'actes illicites commis sur le territoire de l'État du for et entrant dans la catégorie des activités des forces armées».

D'autres décisions dans lesquelles il a été fait droit à l'immunité d'un État étranger relativement à des activités militaires menées sur le territoire de l'État du for seront mentionnées au paragraphe 11 ci-après.

9. Il ressort de l'analyse de la pratique étatique relative à l'«exception territoriale» en général et, plus particulièrement, en ce qui concerne les

dommages causés par des activités militaires que les autorités étatiques ont suivi des approches différentes. A la question de l'immunité de l'Etat à l'examen peut donc être appliquée l'observation introductive formulée par la CDI dans son commentaire, selon laquelle il existe «une zone d'incertitude où les opinions et jurisprudences, voire les législations, varient» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II (deuxième partie), p. 23). Dans cette «zone d'incertitude», les Etats peuvent adopter des positions différentes sans nécessairement s'écarter des prescriptions du droit international général.

La logique qui sous-tend la restriction de l'«exception territoriale» telle qu'avancée en matière d'activités militaires n'est pas claire. En premier lieu, ainsi qu'il ressort de l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, le comportement de tous les organes étatiques est également attribué à l'Etat. Dès lors, pourquoi une distinction devrait-elle être établie entre les organes militaires et les autres organes du même Etat? En second lieu, lorsque l'Etat du for consent à la présence de soldats étrangers sur son territoire, un régime d'immunité particulier — plus favorable — est compréhensible. Ce régime fait normalement l'objet d'un accord entre les Etats concernés. En revanche, il est plus difficile de comprendre pourquoi un Etat hostile devrait bénéficier d'un régime favorable, qui l'emporterait sur le droit souverain de l'Etat du for d'exercer son pouvoir de juridiction à l'égard d'un comportement qui a lieu sur son territoire.

Le fait que les activités militaires peuvent causer des dommages à grande échelle ne semble pas être une raison valable pour priver les nombreux requérants potentiels de voie de recours judiciaire. Certes, pareille voie de recours peut, en pratique, se révéler inefficace, mais il en va ainsi de toutes les réclamations formulées contre des Etats étrangers, compte tenu de la difficulté pour un requérant ayant obtenu gain de cause de faire exécuter la décision en question.

10. Un facteur pouvant contribuer à justifier une approche restrictive de l'immunité des Etats dans le cadre de l'application de l'«exception territoriale» réside dans la nature de l'obligation dont l'inobservation fait l'objet de la demande de réparation formulée contre l'Etat étranger. Il peut s'agir d'une obligation au regard du seul droit interne; il peut aussi s'agir du manquement à une obligation relevant du droit international et, dans cette hypothèse, d'une obligation découlant d'une norme impérative, ce qui peut raisonnablement être souligné au moins en ce qui concerne les massacres de civils.

En réalité, ce qui est en cause, ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir de juridiction aux fins de prévenir l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative ou de faire en sorte qu'il soit mis fin à cette inobservation, c'est l'existence d'une voie de recours judiciaire en vue de réparer le dommage causé par l'inobservation alléguée. A cet égard, il serait difficile de soutenir que l'obligation de réparer un manquement à une obligation relevant du *ius cogens* est également énoncée par une norme impérative.

Ainsi, par exemple, alors que l'article 91 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 prévoit que «[l]a Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu», le Comité international de la Croix-Rouge précise, dans son commentaire, que, «[à] la conclusion d'un traité de paix, les Parties peuvent en principe régler à leur guise les problèmes relatifs aux dommages de guerre en général et aux responsabilités quant au déclenchement du conflit» (C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, B. Zimmermann, P. Eberlin, H.-P. Gasser et C. F. Wenger, *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, 1987, p. 1055).

Quoique l'obligation de réparation elle-même puisse difficilement être considérée comme découlant d'une norme impérative, le fait que l'inobservation alléguée ait trait à une obligation relevant du *jus cogens* peut toutefois avoir certaines conséquences pertinentes. A l'article 41 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite sont ainsi énumérées certaines conséquences d'un manquement grave par un Etat à une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général, conséquences qui viennent s'ajouter à celles qui résultent d'un fait illicite ordinaire; aux paragraphes 1 et 2 de cet article sont énoncées certaines conséquences particulières, le paragraphe 3 mentionnant en outre «toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre». Bien que la question de l'immunité de juridiction n'ait été mentionnée ni dans le texte de l'article en question ni dans le commentaire y relatif, une restriction de l'immunité pourrait fort bien être considérée comme une conséquence appropriée, l'obligation de réparation venant ainsi renforcer la nécessité de respecter l'obligation en cause. Cela contribuerait à dissiper tout doute concernant la licéité, pour un Etat, d'exercer son pouvoir de juridiction dans la «zone d'incertitude» que constituent les dommages causés par des activités militaires menées par un Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for. Autrement dit, quand bien même l'immunité s'appliquerait en règle générale aux réclamations portant sur des dommages causés par des activités militaires menées sur le territoire de l'Etat du for, elle ne s'étendrait pas à celles qui ont trait à des massacres de civils ou à des actes de torture commis sur ce même territoire.

11. Il serait en revanche plus difficile de déduire de la nature de la violation en cause une restriction de l'immunité de juridiction des Etats étrangers couvrant les dommages causés par ces Etats quel que soit le lieu où ils se sont produits.

Pareille conclusion a été préconisée par une minorité de juges de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni* et par la Cour de cassation italienne dans un certain nombre d'arrêtés, notamment ceux rendus dans les affaires *Ferrini* (arrêt n° 5044 du 11 mars 2004; *ILR*, vol. 128, p. 668-669) et *Milde* (arrêt n° 1072 du 13 janvier 2009). En l'affaire *Réunion aérienne c. Jamahiriya arabe libyenne*

(pourvoi n° 09-14743, 9 mars 2011), la Cour de cassation française a, elle aussi, laissé entrevoir l'existence d'une telle restriction de l'immunité dans le cas d'une demande en réparation ayant trait à l'inobservation d'une obligation relevant du *jus cogens*, à condition que cette inobservation ait pris la forme d'un comportement positif de la part de l'Etat étranger.

La convention européenne sur l'immunité des Etats et la convention des Nations Unies n'étaient cependant pas cette thèse, puisqu'elles n'établissent aucune exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation à laquelle a manqué l'Etat étranger.

Le refus d'accorder l'immunité de juridiction à l'égard de réclamations portant sur des «décès ou dommages corporels résultant d'actes commis par un Etat en violation des normes relatives aux droits de l'homme ayant le caractère de *jus cogens*» a, en 1999, été qualifié de «fait récent» par un groupe de travail de la CDI présidé par M. Hafner, fait que ce groupe de travail a pris l'initiative de souligner, précisant à l'Assemblée générale qu'il ne «devrait pas être négligé» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 172). Même si, dans son rapport, le président du groupe de travail de l'Assemblée générale (M. Hafner, là encore) a estimé qu'«il ne semblait pas opportun de faire figurer cette question parmi les points à examiner ultérieurement» (A/C.6/54/L.12, p. 10, par. 67), cela ne saurait être considéré comme un rejet total de l'exception ainsi avancée.

A cet égard, il convient de relever que le groupe de travail de la CDI ne s'était référé qu'à deux décisions restreignant l'immunité de l'Etat, l'une et l'autre étant fondées sur l'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act adopté aux Etats-Unis d'Amérique en 1996. Ce texte avait modifié le Foreign Sovereign Immunities Act en restreignant l'immunité des Etats étrangers à l'égard de demandes de réparation à raison de préjudices causés par des actes de torture, exécutions extrajudiciaires et certains autres actes, quel que soit le lieu où ils ont été commis; toutefois, seuls étaient visés les actes commis par un Etat étranger désigné par le Secrétaire d'Etat comme Etat terroriste et les cas où le requérant ou la victime était un national des Etats-Unis. Au vu de ces conditions, la loi en question ne semble pas donner à penser qu'il pourrait exister une telle exception à l'immunité fondée sur la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation.

Plus pertinent encore à cet égard est le fait qu'aucun des textes législatifs mentionnés au paragraphe 3 ci-dessus ne contient une quelconque référence à pareille exception.

Cette question a été examinée de manière approfondie par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*. A une majorité de neuf voix contre huit, ladite juridiction a précisé qu'elle

«ne juge[ait] pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions

civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for».

La cour d'appel de l'Ontario a par ailleurs rappelé, en l'affaire *Bouzari et autres c. République islamique d'Iran* (arrêt du 30 juin 2004; *ILR*, vol. 128, p. 605), la distinction qu'il convient d'établir en fonction du lieu où le préjudice en cause s'est produit. Tout en reconnaissant implicitement l'applicabilité de l'«exception territoriale» énoncée dans la législation canadienne, cette juridiction a ainsi jugé que «la pratique reflét[ait] le principe de droit international coutumier selon lequel l'Etat jouit de l'immunité à l'égard d'actes de torture commis en dehors de l'Etat du for...».

La Cour constitutionnelle de Slovénie (arrêt du 8 mars 2001, affaire Up-13/99) a, quant à elle, estimé qu'il existait une «tendance», mais aucune

«règle de droit international coutumier qui, dans le cas de violations de normes impératives du droit international en matière de protection des droits de l'homme résultant d'activités étatiques menées *jure imperii* ... autoriserait les tribunaux slovènes à traduire en justice des Etats étrangers».

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle examinait des actes qui s'étaient produits sur un territoire devenu entre-temps slovène.

Une approche similaire a été suivie par le *Bundesgerichtshof* allemand dans un arrêt du 26 juin 2003, alors qu'il lui était demandé de rendre exécutoires les décisions grecques rendues au fond en l'affaire *Distomo (International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 1033).

En l'affaire *Jones c. Arabie saoudite* ([2007] 1 AC 270), la Chambre des lords a, pour sa part, purement et simplement rejeté l'idée selon laquelle il existerait une exception à l'immunité dans le cas de réclamations relatives au manquement à des obligations relevant de normes impératives. Cette décision avait trait à une réclamation portant sur un acte de torture qui s'était produit en dehors du territoire de l'Etat du for.

Au vu de l'ensemble de ces éléments tirés de la pratique, la conclusion s'impose que la nature de l'obligation de droit international qui est à l'origine de la réclamation ne constitue pas, en elle-même, un élément suffisant pour qu'un tribunal soit fondé à exercer sa compétence à l'égard d'un Etat étranger dans le cas d'une demande en réparation relative à l'inobservation d'une obligation découlant d'une norme impérative, quel que soit le lieu où ce manquement a été commis. A l'inverse, on ne saurait déduire de cette pratique que la nature de l'obligation qui n'a pas été respectée a une incidence négative sur l'applicabilité de l'«exception territoriale». Il serait en effet extravagant qu'une réclamation soit jugée recevable sur la base de l'«exception territoriale» lorsque l'obligation qui n'a pas été respectée est mineure, alors que cette même exception ne s'appliquerait pas à des réclamations ayant trait au manquement à des obligations relevant de normes impératives.

12. L'application des critères énoncés ci-dessus aurait exigé que la Cour examinât de manière plus approfondie, et à la lumière des faits de chaque

affaire, les différentes décisions rendues par les tribunaux italiens auxquelles l'Allemagne s'est référée dans sa requête. Pareil examen aurait dû conduire la Cour à conclure que, au moins en ce qui concerne certaines de ces décisions, l'exercice, par le tribunal en question, de sa compétence ne pouvait être considéré comme étant contraire à une obligation de droit international général.

(Signé) Giorgio GAJA.

---