

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

AFFAIRE IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DE L'ETAT

ALLEMAGNE c. ITALIE

GRÈCE INTERVENANT

DÉCLARATION ÉCRITE

DE LA RÉPUBLIQUE HELLÉNIQUE

3 AOÛT 2011

Table des Matières

- I. Remarques introductives
- II. La requête d'intervention hellénique
 - A. Le contexte factuel et fonctionnel de l'affaire en instance
 - B. L'objet de la demande d'intervention hellénique et l'Ordonnance de la Cour
- III. La position du juge grec face à l'immunité de l'État eu égard la réparation pour violations graves du droit humanitaire dans le contexte du développement du droit international
 - A. Les jugements dans l'affaire «Massacre de Distomo»
 - a. L'arrêt du Tribunal de première instance de Livadia
 - b. L'arrêt de la Cour de Cassation (Areios Pagos)
 - B. L'approche des Tribunaux grecs sous l'angle d'un droit international en mutation
 - a. Le contexte juridique de l'affaire et le développement du droit international
 - b. Le droit individuel à la réparation et les questions des violations du Droit International Humanitaire »
 - i. La position des tribunaux grecs
 - ii. Jurisprudence et pratique internationale /nationale en la matière
 - c. L'immunité juridictionnelle de l'État et sa relativité
 - d. La question de jus cogens
 - C. L'arrêt de la Cour Suprême Spéciale (CSS) dans l'affaire «Margellos et autres»
- IV. En guise de conclusion
- V. Annexes

I. Remarques Introductives

1. La présente Déclaration Ecrite de la République Hellénique (Grèce) est soumise à la CIJ, suite à l'Ordonnance rendue par la Cour Internationale de Justice (la Cour) le 4 Juillet 2011, concernant la requête de la République hellénique à fin d'intervention dans l'Affaire *Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*. Dans cette Ordonnance la Cour autorisa la République Hellénique d'intervenir dans l'instance en cours, en tant que non – partie, conformément à l'article 62 du Statut de la Cour et fixa le délai pour le dépôt de ladite Déclaration prévu à l'article 85 para. 1 du Règlement de la Cour.

2. La Grèce souhaite déclarer, d'emblée et de la manière la plus significative, que son intervention dans l'Affaire entre l'Allemagne contre l'Italie sur l'Immunité Juridictionnelle de l'Etat, n'a pas et n'avais jamais l'intention d'affecter d'aucune manière les relations excellentes qu'elle maintient avec les deux pays, parties au litige.

3. Le but de l'intervention hellénique fut expliqué dans sa requête afin d'intervention du 14 janvier 2011 et ses Observations Écrites du 4 mai 2011. Il fut clairement décrit dans l'Ordonnance de la Cour du 4 juillet 2011. Dans le cadre de cette intervention, la République hellénique entend contribuer, dans les limites posées par la Cour dans son Ordonnance, à l'évaluation de la situation juridique prévalant dans une question en mutation et le développement progressif du droit international; dans un domaine si important pour l'ordre juridique international et la position de l'individu à ce niveau.

4. La Déclaration Ecrite hellénique articule sommairement les éléments juridiques que l'intervenante souhaite présenter à la Cour, afin de clarifier sa position sur les aspects de la procédure et du champ matériel du litige en instance comme délimités par la Cour¹. C'est à dire, en premier lieu clarifier les jugements émanant des Juridictions grecques dans l'affaire emblématique du «*Massacre de Distomo*». Il s'agit d'une élaboration sur les paramètres juridiques, dérivant à la fois du droit national et international qu'ils les soutiennent. Cette approche reprend le contexte factuel et fonctionnel des questions à l'origine de l'affaire «*Massacre de Distomo*», issue des violations graves du droit international humanitaire et de la construction juridique élaborée par les Tribunaux grecs, à la lumière des questions portant sur l'immunité étatique et la responsabilité internationale, ainsi que des actions civiles abordées également dans le cadre d'exécution de l'arrêt 'Distomo' sur le sol italien. On se réfère aussi à l'arrêt *Margellos et autre* de la Cour Suprême Spéciale².

¹ CIJ, Ordonnance du 4 juillet 2011, para 25.

² Bien que cet arrêt n'est pas cité dans le domaine de l'intervention hellénique délimité par l'Ordonnance de la Cour, mais parce qu'il est mentionné à l'Ordonnance aussi dans l'Opinion séparée du Juge Cançado Trindade, ainsi que le Mémoire allemand (12 juin 2009), para. 65.

5. Ensuite, la Grèce va procéder à l'appréciation des conséquences juridiques que l'arrêt de la CIJ aura sur cette question d'une importance capitale pour l'ordre juridique interne de la Grèce. Ceci ne se réfère pas seulement à l'intérêt général que cette question présente, certainement, pour tout Etat, mais aux conséquences concrètes que le jugement de la Cour aura sur les affaires pendantes et futures similaires à celles qu'elles ont été jugées déjà par les Tribunaux grecs susmentionnés.

II. La requête d'intervention hellénique

A. Le contexte factuel et fonctionnel de l'affaire en instance

6. Le 23 décembre 2008 la République Fédérale d'Allemagne déposa une requête introductive d'instance contre l'Italie, au sujet d'un différend ayant son origine dans des «violations d'obligations juridiques internationales» qu'aurait commises l'Italie, «en ne respectant pas» dans sa pratique judiciaire «l'immunité de juridiction reconnue à {l'Allemagne} par le droit international».

7. Plus précisément l'Allemagne dans sa requête prie la Cour de dire et juger que :

- «En permettant que soient intentées à son encontre des actions civiles fondées sur des violations du droit international humanitaire commises par le Reich allemand au cours de la seconde guerre mondiale de septembre 1943 à mai 1945, la République italienne a commis des violations de ses obligations juridiques internationales en ne respectant pas l'immunité de juridiction reconnue à la République fédérale d'Allemagne par le droit international ;
- En prenant des mesures d'exécution forcée visant la « Villa Vigoni », propriété de l'Etat allemand utilisée par le Gouvernement de ce dernier à des fins non commerciales, la République italienne a également violé l'immunité de juridiction de l'Allemagne ;
- En déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux qui sont mentionnés au point 1 ci – dessus, la République italienne a commis une autre violation de l'immunité de juridiction de l'Allemagne»

8. Il s'agit donc d'un litige opposant l'Allemagne et l'Italie, concernant l'adoption et l'exécution dans l'ordre juridique italien des divers jugements rendus par des instances juridictionnelles italiennes - en violation, selon l'Allemagne, de son immunité juridictionnelle qu'elle jouit en vertu du droit international – aux fins des réparations à des individus victimes des violations graves du droit international humanitaire, commises par le 3ème Reich et les forces armées allemandes durant la Seconde Guerre Mondiale. Un de griefs allemands – le troisième – met en exergue

l'exécution en Italie d'un jugement grec dans l'affaire du «Massacre de Distomo». Il s'agit, en effet, du jugement rendu par le Protodikeio /Tribunal de première instance de Livadia, confirmé par Areios Pagos /Cour de Cassation qui condamnait l'Etat allemand à dédommager des citoyens grecs, victimes du massacre perpétré à Distomo (Grèce) par les forces armées allemandes en 1944.

9. Le massacre de Distomo remonte au 10 juin 1944 alors que la Grèce se trouvait sous occupation allemande. Le 25 Septembre 1997 le Tribunal de première instance (Protodikeio) de Livadia a condamné l'Allemagne pour les violations graves du droit humanitaire commises lors du massacre et accordé aux parents de victimes de ce massacre des dommages-intérêts. L'Allemagne présenta un pourvoi en cassation devant la Cour de Cassation hellénique. La Haute Juridiction grecque en 2000 confirma le jugement de Livadia avec une écrasante majorité. Toutefois la décision de Livadia, devenue définitive, n'a pas pu être exécutée en Grèce, car le Ministre de la Justice n'a pas accordé l'autorisation requise par l'article 923 du Code de Procédure Civile Grec pour l'exécution d'une décision contre un État tiers.

En juillet – août 2000 enfin contre ce refus d'exécution du jugement de Livadia les plaignants ont engagé une procédure d'exécution forcée. L'Allemagne fut opposée et demanda la suspension de la procédure en cours. Le Tribunal de Première instance d'Athènes, le 19 décembre 2000, par sa décision 8206/2000 accueillait la demande et par sa décision 3667/2001 du 10 juillet 2001 rejeta l'opposition allemande, considérant l'Article 923 du Code de la Procédure Civile Grecque contraire au droit à la bonne administration de la justice garantie par l'Article 6 para. 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

L'Allemagne interjeta appel le 12 juillet 2001. Pour la Cour d'Appel d'Athènes dans sa décision 6848/2001 de 14 septembre 2001 la limitation prévue par l'article 923 ne viole pas la disposition de la CEDH.

L'affaire portée devant l'Aréopage en octobre 2001 fut examinée par la Plénière, après renvoi de sa 7ème Chambre. Par son arrêt 36/2002 la Cour de Cassation confirma la position de la Cour d'Appel d'Athènes, à savoir que la limitation imposée à obtenir des réparations contre l'Allemagne n'était pas contraire à l'Article 6 para. 1 de la CEDH³.

En outre, les requérants, devant le refus du Ministre de la Justice de consentir à la prise des mesures provisoires, dans le cadre de l'exécution du jugement de Livadia, ont saisi le Conseil d'État, qui par l'arrêt 3669/2006 de sa Plénière, confirma que l'acte de Ministre relève entièrement de la souveraineté de l'État, étant un acte du gouvernement non contrôlé par les juridictions.

10. Puis les requérants ont introduit un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (*Affaire Kalogeropoulos et autres*). Dans ce recours contre la Grèce et

³ Revue Nomiko Vima 2002, 856 – 858 (en grec).

l'Allemagne, ils ont allégué une violation de l'article 6 paragraphes 1 de la Convention de Droits de l'Homme ainsi que de l'article 1 du Premier Protocol Additionnel à cette Convention, dû au refus de se conformer au jugement de Tribunal de Livadia de 1997. En 12 décembre 2002 la Cour de Strasbourg déclara la requête irrecevable.

11. En outre, les requérants ont intenté devant des Tribunaux Allemands (Tribunal Régional/Landgericht] de Bonne, 1997), la Haute Cour Régionale/ Oberlandsgericht de Cologne, 1998) une action afin d'exécuter le jugement de Livadia en Allemagne. Aucune suite n'était donnée à l'action des victimes de Distomo. Ensuite les requérants grecs ont introduit un recours devant la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande. La Bundesgerichtshof le 26 juin 2003 rejeta le recours des plaignants grecs⁴.

12. En revanche, les victimes de Distomo ont pu obtenir satisfaction en matière d'exécution avec une décision de la Cour d'Appel de Florence, en date du 2 mai 2005, qui déclare exécutoire sur le sol italien le jugement de Livadia. Cette décision d'exécution du jugement rendu par le tribunal de Livadia devenait exécutoire, après que la Corte Suprema di Cassazione Italienne confirmait la décision de la Cour d'Appel de Florence. Cette position quant à l'exécution du jugement fut réitérée récemment (mai 2011)

Le 7 Juin 2007 les requérants grecs ont enregistré auprès du Cadastre de la province de Côme une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, bien immobilier de l'État Allemand.

13. Dans le contexte général de l'affaire une référence est faite en l'affaire *Margellos et autres, contre l'Allemagne*. Dans ce cas, qui ne cadre pas formellement avec les jugements dans l'affaire du « Massacre de Distomo », des requérants grecs avaient demandé des compensations étant victimes d'actes perpétrés par les forces armées allemandes dans le village grec de Lidoriki en 1944. La première Chambre de la Cour de Cassation Grecque, malgré l'arrêt de la plénière de la Cour de Cassation de 2000, a renvoyé cette affaire devant la Cour Supérieure Spéciale (CSS), en lui demandant de trancher la question de savoir, si les règles sur l'immunité de l'État couvraient les actes invoqués dans l'affaire *Margellos*. Le 17 Septembre 2002, la CSS adopta, à une majorité de 6 membres contre 5, une position contraire à celle de la Cour de Cassation en 2000.

14. Enfin, il faut souligner que l'affaire « Massacre de Distomo » ou « Margellos et autres » n'étaient pas des cas isolés dans la jurisprudence grecques pertinente en la matière. En effet une action multilatérale en réparation de la part des particuliers – victimes du comportement des forces d'occupation allemandes était déclenchée au

⁴ BGH, 26 juin 2003, III ZR 245/98, NJW 2003, 3488 ss. Pour les jugements allemands voir M. Rau, State Liability for violations of international humanitarian law-The Distomo Case Before the German Federal Constitutional Court, 7 German LJ 2005, 701- 720; S.Pittrof, Compensation claims for human rights breaches committed by German armed forces abroad during the second world war: the Federal Court of Justice Hands down decision in the Distomo case, 5 German LJ, 2004, 15-21

cours de cette période devant les tribunaux grecs. Celle-ci donna lieu à une série des arrêts en première instance et en appel, esquissant la tendance en matière du principe de l'immunité de l'État. (P.e. Jugements 59/1998 du Tribunal de Première Instance de Tripoli, no 1122/99 Cour d'Appel d'Athènes, no 894/2001 Cour d'Appel de Pirée etc)⁵.

15. Toutes les décisions mentionnées ci-dessus se réfèrent au principe de l'immunité de l'État face au droit individuel à la réparation.

B. *L'objet de la demande d'intervention hellénique et l'Ordonnance de la Cour*

16. En 13 janvier 2011, la République Hellénique a déposé, en vertu de l'Article 62 du Statut de la Cour, une requête a fin d'intervention dans l'instance en cours entre l'Allemagne et l'Italie. Dans cette demande, la Grèce après avoir expliqué et établi son intérêt juridique du sort de l'instance, pria la Cour de l'autoriser à intervenir et à participer à la procédure, conformément aux dispositions de l'Article 85 du Règlement de la Cour. La Grèce insistait sur le fait que cette demande s'alignait avec son souhait de contribuer, en tant que «non – partie» à la bonne administration de la justice dans cette affaire. Elle proposait à apporter des explications sur des questions juridiques extrêmement sensibles sur l'articulation «responsabilité internationale – réparation – immunité» dans lesquelles des nationaux grecs et des instances juridictionnelles helléniques affichaient une certaine avancée dans un processus évolutif de ces matières engagées au niveau national et international.

17. Les deux parties au litige en instance, dans ses observations écrites, n'ont pas objecté formellement à la demande hellénique, même si l'Allemagne évoquait certaines considérations selon lesquelles la requête hellénique ne satisfaisait pas les critères d'intervention du Statut.

18. La CIJ a accueilli cette requête le 4 juillet 2011. Dans son Ordonnance, elle admet qu'il est «suffisamment établi que la Grèce a un intérêt juridique susceptible d'être affecté par l'arrêt qu'elle rendra dans la procédure principale⁶».

19. En effet la Cour a précisé qu'elle «pourrait estimer nécessaire d'examiner, à la lumière du principe de l'immunité de l'Etat, les décisions rendues par la justice grecque en l'affaire Distomo aux fins de se prononcer sur le troisième demande formulée dans les conclusions de l'Allemagne, concernant la question de savoir si, en déclarant exécutoires sur le sol italien des décisions judiciaires grecques fondées sur des faits comparables à ceux mentionnées dans la première de ces demandes, l'Italie a commis une autre violation de l'immunité de juridiction de l'Allemagne ; et que cela

⁵ Pour une vue d'ensemble sur la jurisprudence de Tribunaux grecs, voir, ICRC Customary Humanitarian Law Study, Greece (National case law on reparations), en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_gr_rule150

⁶ Ordonnance para. 26

suffit à indiquer que la Grèce possède un intérêt d'ordre juridique auquel l'arrêt qui sera rendu dans la procédure principale est susceptible de porter atteinte». ⁷

III. La position du juge grec face à l'immunité de l'Etat eu égard la réparation pour violations graves du droit humanitaire dans le contexte du développement du droit international

A. Les jugements dans l'affaire «*Massacre de Distomo*»

a. L'arrêt du Tribunal de première instance de Livadia

20. Dans l'affaire Préfecture de Viotia et autres c. Allemagne, connue comme l'affaire « Massacre de Distomo », la Préfecture de cette région de la Grèce centrale et 257 particuliers introduisaient le 27/11/1995 devant le Tribunal de première instance de Livadia, capitale et siège de la Préfecture une demande en réparation. Les requérants demandaient une compensation pour les dommages subis par les atrocités commises par les forces d'occupation allemandes à Distomo le 10 juin 1944. Dans cet événement tragique d'horreur, 218 habitants du village, y compris des bébés de six mois – pour la plupart parents des requérants- étaient massacrés, leurs propriétés détruites, le village entièrement incendié.

21. La République hellénique considère qu'il n'est pas nécessaire d'insister longtemps sur les faits qui forment la base de l'affaire portée devant le Tribunal de première instance de Livadia. Ils sont très bien connus à la Cour, aux Parties du présent litige et bien au-delà. Un excellent bilan de ces faits se trouve dans l'Opinion Séparée du Juge Cançado Trindade⁸. Il est indiscutable que ces atrocités, à part de soulever la responsabilité internationale de l'Etat, constituent des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre, d'un ordre similaire à ce qui avait amené le Tribunal de Nuremberg de condamner différentes personnes à des lourdes peines comme d'ailleurs dans d'autres procès après la Seconde Guerre Mondiale.

22. L'Allemagne refusa de se représenter à la procédure, évoquant l'immunité juridictionnelle de l'Etat allemande. Il est à noter à cet égard qu'il n'y pas en Grèce une législation spécifique sur l'immunité de l'Etat. La question est régie d'une manière générale par l'Article 3 para. 1 du Code de la Procédure Civile Grecque qui stipule – simplement – que les étrangers jouissent d'immunité devant le juge grec, les tribunaux grecs interprétant ce terme comme incluant aussi les États.

⁷ Ordonnance du 4 juillet 2011, para. 25

⁸ Opinion Séparée jointe à l'Ordonnance, para. 29

23. Le Tribunal de Livadia a procédé à l'examen de l'instance et dans sa décision no 137/1997 rendue le 25/09/1997 et publiée le 30/10/1997 accorda aux requérants environ 27.362.323 euros, somme que l'Allemagne devait verser⁹.

24. Les juges de Livadia avant d'arriver à cette conclusion, avaient examiné d'abord leur compétence, en tenant compte de la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis*. Le Tribunal concluait que l'Allemagne n'était pas couverte par l'immunité juridictionnelle du fait que les actes perpétrés par des membres des forces armées allemandes constituaient des violations des règles internationales du caractère *jus cogens*. Le Tribunal s'est fondé dans son appréciation sur l'obligation de la puissance occupante en vertu du Règlement de l'IVème Convention de la Haye du 1907 (Article 46) de protéger le droit à la vie, le droit à la propriété etc. Cette obligation, selon le Tribunal, relève du *jus cogens*. Partant, les juges de Livadia arrivent à la conclusion – entre autres – que lorsqu'un Etat viole des règles impératives du droit international il renonce tacitement à son droit à l'immunité juridictionnelle ».

25. Le Tribunal de Livadia a mis en exergue, également, le principe *ex injuria jus non oritur*, concluant ainsi que des actes contraires au droit international ne peuvent pas abriter un droit à l'immunité de l'Etat responsable.

26. Par ailleurs, le Tribunal de Livadia estima que les requérants avaient *locus standi* pour présenter une demande à réparation. Pour le Tribunal, il n'y avait aucun obstacle pour une telle démarche, eu égard de l'accord de Londres de 1953 sur la dette externe allemande auquel la Grèce est partie depuis 1956. En vertu de cet Accord, l'examen des demandes relatives aux activités allemandes durant la Deuxième Guerre Mondiale était suspendu jusqu'au règlement définitif au moyen d'un Traité de paix régissant la question des réparations. Selon le tribunal de Livadia cette suspension s'est terminée en 1990 avec le Traité de Moscou [relatif a la question allemande], instrument dit 2+4 signé par la République Fédérale d'Allemagne, par la République Démocratique d'Allemagne, la France, les Etats – Unies, l'Union Soviétique et le Royaume – Uni.

b. L'arrêt de la Cour de Cassation (Areios Pagos)

27. Le jugement no 137/1997 du Tribunal de première instance de Livadia fut attaqué par l'Allemagne devant la Cour de Cassation/Areios Pagos grecque, le 24/07/1998. Le pourvoie en cassation allemand fut examiné par la Première Chambre de l'Aréopage grec, qui par sa décision 1357/99 a renvoyé l'affaire devant la Plénière de la Haute Cour hellénique. Dans son jugement no 11/2000¹⁰, rendu le 13 avril et publié le 4 mai

⁹ Revue Nomiko Vima, 1999, 972-975; 129 ILR 726 para. 22

¹⁰ Revue Nomiko Vima, 2000, 212-219; 129 ILR 513, 4/5/2000

2000 la Plénière de la Cour de Cassation hellénique¹¹ valida le jugement de Livadia. L'Aréopage grec confirma la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* et que le principe de l'immunité était applicable seulement pour les premières. Les distinctions opérées étaient basées au droit du forum, en tenant compte – comme critère fondamentale – de la nature de l'acte. La Cour de Cassation affirme que ces règles, mises à côté par la Convention Européenne sur l'Immunité de l'Etat, avaient atteint le statut de règles internationales coutumières comme l'affirme la pratique des Etats.

28. Ensuite la Cour de Cassation se réfère à l'Article 11 de ladite Convention, énonçant qu'un Etat ayant commis des préjudices, ne peut pas prétendre à son immunité dans une procédure de compensation introduite par des personnes ayant subis des dommages, indépendamment du fait que l'Etat responsable procédait à des actes *jure imperii* ou *jure gestionis*. La seule condition requise par la Convention Européenne, est que l'acte ou l'omission est liée au territoire du forum et que les personnes qui ont perpétré les actes ou omissions étaient présentes sur ce territoire au moment de l'action ou omission.

29. La Haute Cour hellénique, par la suite, a fourni des preuves sur la nature coutumière de l'exception de l'immunité des Etats prévue dans diverses législations nationales comme : le 1976 U.S. Sovereign Immunities Act, le 1978 Sovereign Immunities Acte du Royaume – Uni et législations similaires adoptées par le Canada (1982), l'Australie (1985), l'Afrique du Sud (1981), Singapour (1979) etc. La Cour de Cassation mentionnait aussi le projet d'Articles de la Commission du Droit International sur les Immunités Juridictionnelles des Etats et leurs propriétés ainsi qu'à la Résolution y relative de l'Institut du Droit International. L'Aréopage se référait aussi à la jurisprudence des Tribunaux des Etats – Unis, afin de renforcer sa thèse concernant l'exception de l'immunité de l'Etat même quand les actes illicites étaient commis *jure imperii*.

30. Enfin, la Cour de Cassation mentionnant le Règlement, annexé à l'IVème Convention de La Haye de 1907, concluait que les crimes perpétrés étaient «en violation des règles impératives du droit international», donc, en violation des règles *jus cogens*.

B. L'approche des Tribunaux grecs sous l'angle d'un droit international en mutation

a. Le contexte juridique de l'affaire et le développement du droit international

30. La démarche de l'analyse juridique des deux tribunaux grecs et leurs jugements reflète l'état du débat à la fois devant les instances nationales et internationales ainsi

¹¹ Composé de 20 juges ainsi que du Procureur de la Cour

que dans la doctrine, relatif au développement de droit international en matière de l'immunité juridictionnelle de l'Etat, et des autres questions connexes du droit international, avec lesquelles composent un ensemble, même si chaque composante dudit ensemble demeure et affirme une question autonome.

31. En effet le droit international connaît depuis un certain temps un développement significatif, avec des retombés caractéristiques notamment dans le domaine d'application de la responsabilité internationale, de la réparation des victimes de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire et de leur droit à la matière, ainsi que de l'immunité de l'Etat. On dirait même que le droit international régissant ces questions se trouve en mutation, non pas dans les esprits, mais en fait et en droit¹².

32. Cette évolution est marquée surtout par la position et le nouveau rôle des individus dans l'ordre juridique international; Individus, titulaires des droits, amènent les Etats et autres acteurs internationaux d'adopter une autre approche dans leur pratique relative à la mise en œuvre de leurs droits, contribuant ainsi à l'émergence des nouvelles normes internationales¹³. Les mêmes individus portant leur demandes – au moyen des actions directes devant soit les juges nationaux, soit des instances juridictionnelles internationales - sont à l'origine d'une jurisprudence qui dépasse fréquemment les « donnés » des situations juridiques formées ou acquises au passé-ne correspondant guerre avec les priorités déclarées de la Communauté Internationale du XXIème siècle. Même l'attitude du Conseil de Sécurité démontre que la position de l'individu a considérablement évolué notamment en matière de protection face aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire¹⁴.

33. Incontestablement c'est dans le champ d'application du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal,

¹² Voir A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *RCADI* (2005), ch. IX-X, pp. 252-317; - Part II", 317 *RCADI* (2005), ch. XXV, pp. 217-245

¹³ La tendance concernant une nouvelle position de l'individu dans l'ordre international se trouve exprimé déjà dans la position de la PCIJ qui dans son Avis Consultatif sur la Jurisdiction des Tribunaux de Danzig en 1928 (Opinion No. 15, Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928 P.C.I.J. (ser. B) considéré que "it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting parties, may be the adoption by the parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts. De sa part, Hersch Lauterpacht considèrait que: "the position of the individual in international law cannot be unaffected by certain developments that empower individuals to protect their rights before international tribunals and impose on them duties directly under international law" Voir L. Oppenheim International Law 636 (H. Lauterpacht ed., 8th ed. 1955). La tendance devient position Voir E. Roucouas, Facteurs privés et droit international public, *RCADI*, T. 299, 2002, p. et du même, The users of international law, in Arsanjani, Cogan, Sloane & Wiessner: Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Martinus Nijhoff, 2011, Ch.13: C. Bassiouni, International recognition of victims rights, *Human Rights Law Review*, 2006, 203-279 et A. Orakelashvili The Position of the Individual In International Law in 31 *California Western International Law Journal* 2001 241 at 245. Voir aussi, D. Shelton, Remedies in international human rights law, OUP, Oxford, 2000.

¹⁴ Voir les positions du Conseil de Sécurité : Intervention de Gérard Araud, président du Conseil de sécurité (10 mai 2011), les résolutions 1265 (1999) et 1296 (2000) qui confirment explicitement le rôle d'intervention du Conseil de sécurité en cas de situations de conflit armé où des civils sont menacés ou lorsque l'assistance humanitaire est entravée de façon délibérée. Également, voir les Résolutions 1325 (2000), 1612; 1674 (2006), 1738 (2006), 1820 (2008), 1882 (2009), 1888 (2009), 1889 (2009) et 1894 (2009). Cette dernière marque une étape importante en fournissant des orientations en vue d'assurer la protection efficace des civils sur le terrain. Voir aussi le principe de la Responsabilité de Protéger, dans le document final du Sommet mondial de 2005 (60/1), Para 138-140

ou on constate l'avance la plus considérable. En réalité il ne s'agit pas seulement de l'humanisation du droit international, mais d'une vraie rénovation de l'architecture juridique globale¹⁵. Le droit pénal international et les nouvelles instances de droit pénal international en témoignent. Il faut, dans ce contexte, se référer à la possibilité pour une victime individuelle de réclamer réparation pour une violation du droit international humanitaire déduite, peut-être, de l'article 75 du Statut de la Cour pénale internationale. Plus important encore, les traités relatifs aux droits de l'homme exigent que les États prévoient l'octroi d'un recours en cas de violations¹⁶. Au niveau régional, aussi bien la Cour interaméricaine que la Cour européenne des droits de l'homme ont accordé des réparations à des victimes de violations des droits de l'homme qui étaient en même temps des violations du droit international humanitaire. Elles l'ont fait en relation avec des conflits armés internationaux et non internationaux. Certaines personnes ont également obtenu réparation directement, par le biais de différentes procédures, notamment par des mécanismes mis en place par le Conseil de sécurité, des accords interétatiques et des actes unilatéraux, tels que des lois nationales ou des réponses aux demandes présentées directement par des individus devant des tribunaux nationaux¹⁷. La question se pose également dans le cadre des rapports présentés par des missions d'enquête dépêchées par le Conseil de Sécurité et le Conseil de droits de l'homme sur des situations de violations de droits de l'homme et du droit humanitaire, comme par exemple dans la situation de Darfour¹⁸.

b. Le droit individuel à la réparation et les questions des violations du DIH »

i. La position des tribunaux grecs

34. L'argument de base dans la thèse des tribunaux grecs s'affirme autour de la constatation qu'il existe un droit individuel à la réparation en cas des violations graves du droit humanitaire. A cet égard il y a des arguments forts ainsi qu'une pratique

¹⁵ Voir T. Meron, "The humanization of international law", Nijhoff, 2006. Du même, *International law in the age of human rights*, 301 RCADI-2004, pp. 9-490

¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 2.3 ; Convention européenne des droits de l'homme, article 13 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, articles 10 et 25 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 7.1.a (implicite).

Voir à cet égard notamment Karine Bonneau, 'Le droit à réparation des victimes des droits de l'homme, le rôle pionnier de la Cour interaméricaine des droits de l'homme', dans *Droits fondamentaux*, N° 6, janvier 2006-décembre 2007, sur : www.droits-fondamentaux.org (dernière consultation le 1er juin 2009); P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2e édition, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 397-454.

¹⁷ Voir la Commission d'indemnisation des Nations Unies, créée par S/RES/687 (1991) et 692 (1991) qui examine les revendications d'indemnisations pour les pertes et dommages directs subis « ... du fait de son (Irak) invasion et de son occupation illicites du Koweït ». Voir F. Wooldridge et Olufemi Eljas, 'Humanitarian considerations in the work of the United Nations Compensation Commission' (Les considérations d'ordre humanitaire dans les travaux de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, résumé en français), dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, N° 851, septembre 2003, pp. 555-581

¹⁸ Voir, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 25.1.2005, para 148, in http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf

étatique soutenant l'opinion que le DIH confère aux individus des droits y compris le droit à la compensation pour violations graves du DIH¹⁹.

35. En effet, le droit international coutumier impose aux Etats l'obligation de réparer, les conséquences des violations du DIH qu'ils ont commis²⁰. Toutefois la question qu'elle s'impose est de savoir qui est le bénéficiaire de ce droit à la réparation.

A cet égard, on ne peut pas contester sérieusement que le DIH -droit par excellence orienté vers la protection de la personne et de ses droits- ne confère pas des droits directs aux individus opposables aux Etats. Cette idée est implicitement retenue dans une série de dispositions du DIH²¹ et expressément dans la philosophie et la raison d'être même du DIH²².

36. Ainsi l'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles du droit humanitaire, dérive directement de l'article 3 de la quatrième Convention de La Haye de 1907, même si elle n'y est pas explicitement exprimée²³. A cet effet, il faut tenir compte que les travaux préparatoires de celle-ci, affirment que cette disposition concerne les cas des demandes individuelles face aux états pour faits illicites pendant des conflits armés ou occupation belligérante²⁴.

¹⁹ Le but du DIH est d'aller "beyond the interstate levels and [to reach] for the level of the real (or ultimate) beneficiaries of humanitarian protection, i.e. individuals and groups of individuals", G. Abi-Saab, "The specificities of humanitarian law", in C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC, Geneva/The Hague, 1984, p. 269.

²⁰ Voir P.d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, 2002; Randelzhofer A., Tomuschat Ch. (eds), *State responsibility and the individual: Reparation in instances of grave violations of human rights*, The Hague, M.Nijhoff, 1999; Klein P., *Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international law and UN law*, 13 EJIL, 2002, 1241-1255;

²¹ En particuliers, les articles: 7 CG I, articles 6,7 CG II, articles 7, 14, 84, 105 et 130 CG III; Articles 5, 7, 8, 27, 38, 80 et 146 CG IV; Articles 44(5), 45(3), 75 et 85(4) Protocol Additionnel I de 1977; et Article 6(2) Protocol Additionnel II.

²² La Conférence Diplomatique préparant l'adoption des quatre Conventions Humanitaires à Genève reconnaissait déjà en 1949 que "[i]t is not enough to grant rights to protected persons and to lay responsibilities on the States; protected persons must also be furnished with the support they require to obtain their rights; they would otherwise be helpless from a legal point of view in relation to the Power in whose hands they are". Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II – A, p. 822. Cette déclaration était faite dans le contexte du débat sur l'article 30 de la IVème Convention de Genève.

²³ D' ailleurs tout texte conventionnel devrait être interprété –conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, de 1969- comme suivant : « *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

²⁴ Second Conférence de La Haye, Actes et Documents, vol .3, 142. Il est intéressant à remarquer que la proposition qui était initialement avancée par le délégué allemand von Gundell, à la Conférence visant à introduire deux articles au sujet de compensation des personnes victimes introduisant une différenciation du traitement entre les nationaux des états neutres et états ennemis n'était pas retenu sans conteste toutefois la reconnaissance de la compensation individuelle, voir G. Aldrich *Individuals as Subjects of International Humanitarian Law* in J Makarczyk, (ed.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (1996) 851-859; L Zegveld, *Remedies for victims of violations of international humanitarian law* in (2003) 85 IRRC 497 at 506; C. Greenwood, *International Humanitarian Law (Law of War)* in: F Kalshoven, *The Centennial of the First International Peace Conference 2000* (2000) 161 at 250,

Sur les travaux préparatoires voir F. Kalshoven, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, 40 ICLQ, 1991, p. 827, mais aussi son article sur "Article 3 of the Convention (IV), respecting the laws and customs of war on land", in H. Fuijta, I. Suzuki, K. Nagano (eds), *War and Rights of Individuals*, Nippon Hyoron-sha Co, Ltd. Publishers, Tokyo, 1999, p. 37. Voir aussi les opinions des E. David et C. Greenwood sur le même ouvrage. Et l'analyse de P. D'Argent, *Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivités)* 5 Int'l L.F. D. Int'l 2003 10 ; J. de Preux, «Art. 91», in C.I.C.R. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff, Genève, 1986, p. 1082, no. 3656, qui indique que les

37. Le droit à la réparation, réapparaît à l'article 91 de le Protocol additionnel de 1977, la substance duquel reflète droit international coutumier²⁵. On trouve une autre référence dans l'article 38 du Seconde Protocol de la Convention de La Haye sur la protection des objets culturels durant les conflits armés, de 1999.

38. Enfin un droit à la réparation pour violations graves du DIH est prévue aussi dans la règle 150 de la codification par le CICR du Droit International Humanitaire Coutumier²⁶ et, il est réaffirmé dans des textes de « soft law »²⁷.

39. L'obligation de l'Etat d'indemniser des individus pour violation des règles des droits international est aussi affirmée dans les articles sur la responsabilité internationale des Etats de la Commission de Droit International dont l'article 33(2) - qui constitue une "savings clause"- déclare qu'il ne porte pas préjudice "de tout droit que la responsabilité internationale de l'état peut faire naître directement au profit d' personne ou d' une entité autre qu' un Etat"²⁸.

ii. Jurisprudence et pratique internationale /nationale en la matière

40. Déjà la Cour Permanente de Justice International dans l'affaire *Usine de Chorzów*, évoquait l'existence d'un droit secondaire à la compensation comme la conséquence nécessaire d'une violation du droit international²⁹.

«ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties au conflit, ou leurs ressortissants» (nous soulignons); E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 570, no. 4.27; Selon T. Van Boven, (E/CN.4/Sub.2/1993/8) et 24 May 1996, E/CN.4/1996/17, révisés le 16 janvier 1997 (E/CN.4/1997/104)- et C. Bassiouni le droit d'obtenir réparation est directement conféré par le droit international aux victimes des violations graves des droits de l'homme, et celles-ci sont également titulaires d'un véritable droit d'accès à la justice, ainsi que d'un droit d'accès à des informations factuelles concernant les violations, voir C. Bassiouni, Report of the independant expert on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, 8 February 1999, E/CN.4/1999/65; The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms, Final Report, 18 January 2000, E/CN.4/2000/62. Pour la version finale de ce projet proclamé par l'Assemblée Générale del'ONU, voir Principes Fondamentaux et Directives concernant le droit à un Recours et à Reparation des victimes des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme, et des violations graves du droit international humanitaire, (UN Doc.A/RES/60/147), 21.3.2006 [

²⁵ Y. Sandoz, C. Swinarski, and B. Zimmerman (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987 (hereinafter "Commentary on the Additional Protocols"), pp. 1056-1057, paras 3656-3657

²⁶ « There is an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of international humanitarian law to seek reparation directly from the responsible State. »

²⁷ Voir aussi 2007 Chicago Principles on Post-Conflict Justice, du International Human Rights Institute, du Chicago Council on Global Affairs, du Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali et de l' Association Internationale de Droit Pénal; (Commission on Human Rights, 61st Session. L'Association de Droit International a procédé dès 2003, à l'élaboration d'un rapport sur la question de "compensation des victimes de guerre. Ayant analysé le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme, visant au droit de victimes à la compensation, adopta en 2010 une Déclaration qui dans son article 6 prévoit que les "Victimes des conflits armés ont un droit à la réparation opposée aux responsables Parties". Voir aussi l'Appel de La Haye pour la Paix et Justice 21 siècle, 15 mai 1999, Recommendation 1, para 17 qui se réfère au Renforcement de la protection des victimes des conflits armés et la réparation des préjudices subis, annexe au A/54/98, AG, 54 session, 20 mai 1999

²⁸ Voir J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 210. International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Annex to General Assembly Resolution 56/83 U.N. Doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr.4) (ILC Articles on State Responsibility)

²⁹ Voir la déclaration par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) selon laquelle toute violation d'un

Cette position était réaffirmée par La Cour dans l’Affaire *Réparation Des Dommages Subis Au Service Des Nations Unies*³⁰. En outre La Cour est revenue sur le droit des individus dans son avis consultatif sur le «Mur»³¹.

41. La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande avait admise en 2004 que les individus sont bénéficiaires des droits sous l’angle du DIH, même si la Cour n’a pas admis que l’article 3 comporte un droit individuel,³²

Il est intéressant toutefois de noter qu’une Cour d’ Appel Administrative Allemande avait conclu en 1952, que l’article 3 de la IV Convention de La Haye prévoit un droit individuel à la compensation³³.

42. La possibilité d’exercer un droit individuel dérivant du DIH était reconnue par un nombre des tribunaux nationaux. Outre les jugements des tribunaux grecs dans l’affaire ‘Massacre de Distomo’, on se réfère à titre indicatif au *Gerechtshof Amsterdam*³⁴, à la Cour d’Appel de la Haye sur Srebrenitsa³⁵, et à la Corte Suprema di Cassazione Italienne dans l’Affaire Ferrini en 2004³⁶.

b. L’immunité juridictionnelle de l’Etat et sa relativité

43. L’évolution de l’immunité juridictionnelle absolue à l’immunité relative, ainsi que de la distinction opérée entre *actes jure imperii* et *actes jure gestionis*, est le résultat d’une transformation considérable de la communauté internationale interétatique, et de la consécration d’un droit international qui retenait les besoins des changements nationaux et/ou internationaux. Effectivement, en commençant par les transactions

engagement [de droit international] emporte une obligation de réparation : affaire *Usine de Chorzów*, fond, 1928, C.P.J.I., Série A, N° 17, p. 29. Voir aussi la Cour internationale de justice (CIJ), *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le Territoire palestinien occupé - Avis consultatif du 9 juillet 2004*, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances 2004, para. 152 et 153; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, CIJ, Rapport 2005, 19 décembre 2005, para. 259

³⁰ La Cour a reconnu que “a state seeking redress for damage inflicted upon one of its nationals, the United Nations as an international organization may claim reparation for damages not only caused to itself but also in respect of damages suffered by its agents”. Avis consultatif du 11. avril 1949, *Rapports* 1949, p. 179. Para 184

13. *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé* La Cour constate par ailleurs qu’Israël a l’obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. La Cour rappelle la jurisprudence bien établie, selon laquelle :Le principe essentiel qui découle de la notion même d’acte illicite...est que la réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et rétablir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pas été commis ». De l’avis de la Cour Israël est également tenu d’indemniser aux règles du droit international applicable en la matière toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur, paras 149-154

³²(BVerfG) 2 BvR 1379/01 28.6.2004 disponible en:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040628_2bvr137901.html.

³³ Il est intéressant toutefois de noter que une Cour d’ Appel Administrative Allemande avait jugé en 1952 que l’article 3 de la IV Convention de la Haye prévoit un droit individuelle à la compensation, *Germany, OVG Münster*, 19 ILR (1952), 632-4.

³⁴ *Gerechtshof Amsterdam*, *Vierde meervoudige burgerlijke kamer, Dedovic v. Kok et al.*Judgement of 6 July 2000

³⁵ Cour d’Appel de la Haye, 5.7.2011, en

http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR0132&u_ljn=BR0132

³⁶ *242 Corte Suprema di Cassazione Ferrini v. Federal Republic of Germany (Cass. Sez. Un. 5044/04)*11 March 2004 reproduced in: 87 (2004) *Rivista di diritto internazionale* 540.

économiques les juges nationaux étaient amenés à procéder à la protection du droit des individus parties dans ces transactions. La maxime "*par in parem no habet imperium*" et ses conséquences ont connu dans la pratique une première restriction dans le domaine souverain de l'immunité étatique.

44. Cette évolution en premier lieu émane des différents tribunaux nationaux³⁷, suivis par des instruments internationaux comme la Convention Européenne sur l'Immunité de l'Etat, la Convention sur l'Immunité Juridictionnelle des Etats et leur Propriété de l'ONU (2004) ou bien la législation nationale³⁸.

45. Dans une deuxième étape, la transformation de la communauté internationale, d'une communauté interétatique à une communauté à plusieurs acteurs internationaux (états, organisations internationales, groupes de personnes, ONG etc.), l'individu se présente comme canalisateur dans le fonctionnement de cette communauté et de la mise en œuvre du droit international, en particulier en utilisant comme véhicule juridique les droits de l'homme. La personne humaine, pris en tant qu'individu ou groupe des personnes destinataire(s) des règles internationales, bénéficiaire et utilisateur / user³⁹ des normes internationales, retient d'ores et déjà, une position plus confortée face à l'action intermédiaire des Etats.

46. Une demande universelle pour un ordre de justice ne pourrait jamais être avancé/établi en évoquant la souveraineté étatique à l'encontre des droits de l'homme. Et comme l'a très bien souligné le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* : « on ne peut pas évoquer la souveraineté étatique quand il s'agit des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité »⁴⁰.

47. Une incidence directe de cette situation, implique une pression progressive sur les Etats afin de prévoir des moyens de lever les obstacles pour que les victimes obtiennent des réparations. Une nouvelle perspective se dessine pour les individus, à travers le devoir des Etats de promouvoir des possibilités de réparation pour les victimes des violations du droit international si répandues dans le monde⁴¹.

48. Cette évolution, eu égard du droit de l'immunité de l'Etat, fut suivie par certaines juridictions nationales, ayant prononcé leur positions sous l'angle de l'état actuel du droit international et son développement. Dans ce contexte, ce situe l'affaire « Massacre de Distomo » (voir ci après) où deux instances grecques, le Tribunal de Livadia et la Cour de Cassation, rendaient leur jugements, en tenant compte, précisément ce qui' ils considèrent comme droit, à ce stade de l'évolution du droit international notamment dans l'application du principe sur l'immunité étatique.

49. De sa part, la Cour Européenne des droits de l'Homme a expliqué sa position au sujet des développements en la matière dans ses arrêts *Al-Adsani /Royaume-Uni*

³⁷ Voir à titre indicatif le Contre-mémoire de l'Italie, p. 45 et seq.

³⁸ Voir les références dans le Mémoire Allemand et le Contre Mémoire Italien

³⁹ Voir E. Roucouas, Facteurs privés op.cit.

⁴⁰ Tadic Appel, Juridiction, par.58

⁴¹ Voir le Preamble du AG. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Dec. 16, 2005).

(21.11.2001), *Kalogeropoulos et autres / Grèce et Allemagne* (12.12.2002), *Grosz /France*, (16.6.2009) ; les deux derniers concernant la commission des violations graves de droit international humanitaire durant la deuxième guerre mondiale. La affaire *Kalogeropoulos et autres*, fut une suite de l'affaire « *Massacre de Distomo* ». La Cour de Strasbourg, à considéré que même si ses conclusions valaient « du moins à l'état actuel du droit international » cela n'exclue pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel (*Grosz*).

d. La question du jus cogens

50. La question la plus fondamentale en ce qui concerne l'application du principe de l'immunité de l'Etat, étroitement liée avec celle de la réparation individuelle, concerne les règles jus cogens.

51. En effet, comme les Tribunaux helléniques ont soutenu dans l'Affaire du « *Massacre de Distomo* », s'il y a violations des règles internationales de caractère impératif, l'immunité juridictionnelle de l'Etat responsable de ces violations, n'est pas opposable. Ainsi les victimes des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, qui porteraient une action en réparation, devant un juge national ne devaient pas se voir confrontées avec l'immunité de l'Etat.

52. Une référence autoritaire en la matière est faite dans les Articles sur la responsabilité internationale des Etats de la Commission de Droit International. Effectivement l'article 40 prévoit des conséquences plus graves pour les infractions de règles de caractère jus cogens, parmi lesquelles sont incluses les violations graves du droit international humanitaire.

53. L'approche selon laquelle la règle de l'immunité de l'Etat ne prime pas face à une règle jus cogens, semble dessiner une *opinio juris* cristallisant une nouvelle norme coutumière dans ce domaine⁴². Les déclarations faites par trois états ratifiant la Convention sur l'immunité juridictionnelle sont caractéristiques⁴³. Ces états avaient indiqué que cet instrument ne porte pas préjudice à tous développement international futur dans la protection des droits de l'homme.

54. Indépendamment des interprétations données et d'arguments avancées concernant les rapports des règles jus cogens avec celles sur l'immunité étatique -quant à la hiérarchie, voir priorité, de chacune d'entre elles, ou bien, que des actes de cette nature (crimes internationaux) n'entre pas dans le domaine de la souveraineté de l'Etat, ou implicitement abandonnent la souveraineté (implied waiver)- la substance reste que, par sa nature et sa teneur, la règle jus cogens prime sur toute autre règle internationale. La tentative d'élaborer sur une différenciation d'une règle jus cogens (règle substantielle) et la règle sur l'immunité étatique (règle procédurale) reste sans

⁴² Dans ce sens voir l'Opinion Dissidente du Juge Rozakis et al, para 11-112, dans l' affaire *Al-Adsani /Royaume-Uni* (21.11.2001)

⁴³ Voir les déclarations de Norvège, Suède et Suisse, a http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en#EndDec.

conséquence logique et bien attendu juridique, si on tient compte de tous les éléments pertinents abordés ci-dessus - et tous les développements esquissés au niveau de la communauté internationale⁴⁴. Dans un tel contexte, la règle *jus cogens* contribue à un "custom-generation process"⁴⁵. Si par contre la règle procédurale (immunité juridictionnelle) l'emporterait sur la règle substantielle (*Jus cogens*) cela allait produire une situation juridique insoutenable et sans cohérence, avec l'objectif et le ratio de la règle primaire substantielle de *jus cogens*, violée dans le cas d'espèce sans réalisation de son but.

55. Dans l'affaire Ferrini, la Haute Cour Italienne a fait référence aux règles *jus cogens* non pas comme règle de conflits, mais comme le moyen qui souligne la gravité des actes commis par un Etat tiers qui peut justifier le dénie de l'immunité. On souligne ainsi que le fait que les actes incriminés sont d'une telle gravité - comme hier et aujourd'hui les crimes contre l'humanité - justifient le refus de l'immunité⁴⁶.

56. Cette interprétation reflète un état d'esprit répandu, ainsi que l'émergence de la nouvelle situation dans ce complexe sensible, articulé par la responsabilité internationale de l'Etat - le droit à la réparation des individus pour violation du DIH et de l'immunité de l'Etat. Si on allait refuser la mise en œuvre du *jus cogens* de la sorte, face à la règle de l'immunité juridictionnelle de l'Etat, on allait aboutir en fait à l'irresponsabilité des Etats ayant commis des atrocités⁴⁷. Une telle conclusion aujourd'hui ne mérite l'adhésion d'aucun acteur international et allait rétrograder tout développement positif au sein de la communauté internationale.

C. L'arrêt de la Cour Suprême Spéciale (CSS) dans l'affaire «Margellos et autres»

57. L'Affaire «Margellos et autres» n'est pas mentionnée dans l'Ordonnance de la Cour mais elle est mentionnée ou soulignée par l'Allemagne⁴⁸ dans son argumentation pendant la procédure écrite de l'affaire principale. L'affaire «Margellos et autres» est basée sur des faits similaires à ceux de Distomo qui ont eu lieu à Lidoriki dans la région de Fokis de la Grèce centrale⁴⁹. Suite à la demande de la

⁴⁴ Voir Ferrini, Decision No. 5044/2004, at 669, para 9.1.

⁴⁵ Voir C. Focarelli, *Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects*, 77 *Nordic J. Of Int'l L.* 429, 457 (2008).

⁴⁶ « For the Court, the characterization of *jus cogens* appears to be one element which supports "the priority status, which...now attaches to the protection of fundamental human rights over and above the protection of States interests through the recognition of immunity from foreign jurisdiction." Voir State immunity and the progress of *jus cogens*

⁴⁷ Voir Juge Rozakis, Opinion dissidente dans, l' affaire *Al-Adsani* (21.11.2001); Voir aussi ICJ *Arrest Warrant Case*, *supra* note 13, at 25, para 60: "The Court emphasizes, however, that the *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* with respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity."

⁴⁸ Mémoire allemand, 12 juin 2009, para. 65 et Reply allemand, 5 octobre 2010, para. 7.

⁴⁹ La Grèce fut un des pays les plus touchés par la 2ème guerre mondiale, avec des pertes en vie humaine dépassant l'ordinaire par rapport à sa population, mais aussi à cause des massacres souvent perpétrés par l'armée allemande d'occupation contre la population civile. Il y a eu 88 endroits où des massacres similaires à ceux de

Première Chambre de la Cour de Cassation, la Cour Spéciale Suprême était saisie – conformément à l’Article 100 de la Constitution hellénique- de la question de savoir s’il y avait en droit international coutumier une norme selon laquelle, dans des cas des actes illicites en violation des règles internationales impératives, il y a exception de l’immunité juridictionnelle d’un Etat. La Cour après avoir examiné la jurisprudence des diverses juridictions nationales ainsi que de la Cour Européenne des Droits de l’Homme dans les Affaires McElhimney c. Irlande et Al-Adsani c. Royaume – Uni et la Convention Européenne de 1972, a conclu que, en dépit d’une tendance émergée, elle n’était pas en mesure de confirmer l’existence d’une émergente norme internationale qui allait autoriser l’exception de l’immunité juridictionnelle de l’Etat dans des cas de commission des crimes perpétrés par les forces armées d’un Etat en violation des obligations internationales de caractère jus cogens. L’arrêt 6/2001 était rendu à l’extremis de six à cinq voix. La minorité dans son opinion dissidente reprenait l’argumentation de l’Aréopage, développée ci-dessus, et insistait à ce que l’existence d’une norme coutumière de droit international émergente excluait l’application de l’immunité de l’Etat dans cette affaire.

58. En vertu de l’article 100 de la Constitution hellénique du 1975, la CSS assume une double fonction. D’un côté, s’il y a divergence de vues de la part de deux hautes juridictions du pays sur la validité d’une règle du droit, la CSS effectue un contrôle de constitutionnalité afin de déclarer et clarifier la situation sous l’angle constitutionnelle. De l’autre côté, elle peut affirmer l’applicabilité d’une règle du droit international généralement acceptée (coutume, article 28 par. 1 de la Constitution) dans un cas d’espèce. Ce deuxième aspect de la compétence de la CSS intervient rarement. Ceci étant, la CSS “est plutôt une juridiction spéciale que hiérarchiquement suprême”⁵⁰, dont les caractéristiques ne correspondent pas nécessairement avec des instances juridictionnelles d’autres pays, qui clairement affichent la suprématie de leurs actes /décisions dans l’ordre juridique national. Ce n’est que partiellement une juridiction constitutionnelle qui d’ailleurs n’est pas compétente pour recevoir des pétitions individuelles contestant la constitutionnalité d’une règle juridique en vigueur.

59. A la lumière de cette situation juridique, et notamment dans le domaine de la «identification» dans un cas d’espèce d’une règle internationale du caractère coutumier, il est à souligner que l’arrêt rendu en 2002 dans l’affaire Margellos et autres, à l’extremis six voix contre cinq, et son impact dans l’ordre juridique hellénique pose certes des questions. D’autant plus que le CSS dans son arrêt concluait *«qu’au stade présent du développement du droit international n’est pas formé une règle internationale généralement acceptée qui permettrait par dérogation au principe de l’immunité que des actions civiles a réparation à l’encontre d’ un Etat s’engagent devant des Tribunaux d’un autre Etat pour tous faits illicites commis sur le sol du forum et dans lesquels s’ impliquent – t – elles, n’importe comment, forces*

Distomo ou de Lidoriki étaient commis par les troupes allemandes, dont prépondérant figure celui de Kalavrita dans le nord de Péloponnèse.

⁵⁰ Voir J.Iliopoulos-Strangas, Les décisions de la Cour Spéciale Suprême Grecque et leur mise en œuvre, en http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/10-JULIA%20ILIOPOULOS.pdf

*armées de la partie défenderesse soit en période de guerre soit en période de paix*⁵¹. Or la logique ; voire constatation de l'évolution du droit international; elle est présente, même dans l'argumentation de la majorité (6 membres) de la CSS, estimant que cette évolution du droit – au moment de jugement– ne permettait pas à ce stade là de constater la consécration d'une nouvelle norme en la matière. Il va sans dire pour la minorité (5 membres) de la CSS.

Cette approche tempérée admettant le développement du droit international en la matière – vu la position opposée de la Cour de Cassation dans l'affaire de Distomo mais également les éléments de mutation qui se dessinent en droit international mais aussi au niveau national (Tribunaux italiens) – laisse en fait ouverte la question.

IV. En guise de conclusion,

60. Dans ces circonstances la Cour avec son Autorité va trancher les questions qui se posent dans cet instance et se trouvent au coeur de la problématique des tribunaux grecs dans l'affaire 'Distomo'.

61. Le Gouvernement Hellénique considère que l'effet du jugement que la CIJ prononcera dans cette affaire concernant l'immunité juridictionnelle de l'Etat sera d'une grande importance pour l'ordre juridique italien et certes pour l'ordre juridique hellénique. En fait l'Article 28 de la Constitution hellénique (texte en annexe) stipule que : *«1. Les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment toute disposition de loi contraire».*

Par le biais de cette provision de la Constitution Hellénique, le droit international coutumier est directement applicable par les tribunaux grecs. Il ressort clairement, également, de cette disposition constitutionnelle, que comme le droit coutumier évolue, son évolution doit être identifiée et appliquée par les Tribunaux grecs, chaque fois que le cas se présente.

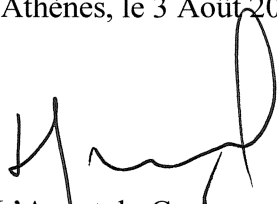
62. En plus, une décision de la CIJ sur les effets du principe de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsqu'il est confronté avec une règle du droit international de caractère jus cogens -comme l'interdiction de violation des règles fondamentales du droit humanitaire- guidera le juge grec en la matière. Ceci aura, ainsi, des effets importants sur des actions juridiques pendantes ou potentielles de la part des individus devant ces Tribunaux.

63. Au surplus, le Gouvernement Hellénique considère que l'analyse juridique dans la affaire "Massacre de Distomo" et l'interprétation donnée au développement du droit international, reflète un état d'esprit répandu, ainsi que l'émergence d'une nouvelle

⁵¹ para. 14 – 15

situation dans ce complexe sensible, articulé par la responsabilité internationale de l'Etat- le droit à la réparation des individus pour violation du DIH et l'immunité de l'Etat. Si on allait refuser la mise en œuvre du jus cogens de la sorte, face à la règle de l'immunité juridictionnelle de l'Etat, on allait aboutir en fait à l'irresponsabilité des Etats ayant commis des atrocités. Une telle conclusion aujourd'hui risque, d'ailleurs, de rétrograder tout développement positif au sein de la communauté internationale.

Athènes, le 3 Août 2011



L'Agent du Gouvernement Hellénique

Prof. Stelios Perrakis