



IMMUNITÉ c. RESPONSABILITÉ :

Etude de la relation entre l'immunité des Etats et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux

Décembre 2005

THE REDRESS TRUST

3rd Floor, 87 Vauxhall Walk, London SE11 5HJ Royaume Uni

Tél. : +44 (0)20 7793 1777 Fax : +44 (0)20 7793 1719

Registered Charity Number 1015787, A Limited Company in England Number 2274071

info@redress.org (courriel général)

Site Internet : www.redress.org

Publié par THE REDRESS TRUST en décembre 2005
3rd Floor, 87 Vauxhall Walk, London SE11 5HJ Royaume Uni

Copyright © THE REDRESS TRUST

ISBN-10: 0-9551981-0-0
ISBN-13: 978-0-9551981-0-6

« L'immunité des Etats est le principal obstacle dans toute affaire internationale de torture. L'immunité des Etats est le voile derrière lequel se cachent les auteurs de torture. »

Sulaiman Al-Adsani (survivant de la torture) 17 novembre 2005

« Les Etats étrangers ont toujours nié notre droit (mon droit et celui des autres) à réparation en vertu du droit international. Cachés derrière la barrière de l'immunité des Etats, ils n'ont jamais eu à répondre des allégations de crimes abominables. Ils n'ont jamais eu non plus à reconnaître une violation des traités internationaux condamnant la torture. L'immunité des Etats génère des parodies de justice.

Pire, des Etats étrangers ont versé des millions à leurs avocats pour défendre leur cause par des moyens techniques – l'immunité des Etats – pour éviter un procès au fond. Ils auraient mieux fait de consacrer ces sommes substantielles pour indemniser la victime. »

Keith Carmichael (survivant de la torture,
Fondateur et Président honoraire de REDRESS)
19 novembre 2005

REMERCIEMENTS

Ce projet a été rendu possible par la *Nuffield Foundation* qui a généreusement soutenu cette initiative. Nous exprimons également notre reconnaissance au soutien de *European Initiative for Democracy and Human Rights* qui a aussi contribué financièrement à ce projet.

Ce rapport a été documenté et écrit par Lorna McGregor, avec la contribution et le soutien éditorial de Carla Ferstman, Gabriela Echeverria et Lutz Oette, de REDRESS.

Nous souhaitons remercier Keith Carmichael et la Baronne D'Souza of Wychwood du *County* de Oxfordshire pour leur soutien ainsi que le Conseil consultatif du Projet composé de M. le Professeur Mads Andenas (*Leicester Law School*), Lord Archer of Sandwell *QC*, M. Dapo Akande (*Oxford University, New College*), M. Jonathon Cooper (*Doughty Street Chambers*), Lady Fox *QC*, Lord Lester of Herne Hill *QC*, la Baronne Sarah Ludford *MEP*, M. Roger Smith (*JUSTICE*) et M. le Professeur Colin Warbrick (*Durham Law School*) qui ont prodigué des conseils et des commentaires inestimables tout au long du Projet.

Nous souhaitons remercier les intervenants extérieurs au Projet, Mike Amman, Marc Faux, Iain Frame, Christopher McCorkindale, Anna Nowakowska, Catherine Schell et Tatiana Shlykova pour leurs recherches thématiques ou spécifiques à certains pays.

Nous souhaitons aussi citer et remercier les personnes suivantes pour leur contribution à l'existence de ce Rapport :

Susie Alegre (OSCE), M. le Professeur Roger Alford (*Pepperdine University School of Law, Etats Unis*), Tamsin Allen (*Bindman & Partners, Royaume Uni*), M. le Professeur Dr. Kai Ambos (*Universität Göttingen, Allemagne*), Dr. Jörg Arnold (*Max Planck Institut, Freiburg, Allemagne*), Mark Arnold (*Gardiner Miller Arnold, Canada*), Dr. Ilias Bantekas (*Westminster Law School, Royaume Uni*), Dr. Roland Bank (HCR, Allemagne), Michael Battista (*Watson Jordan Battista, Canada*), Peter Beaton (Commission européenne), Luis Benavides (*Subsecretaría para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos, Mexique*), Rafael Benitez (Conseil de l'Europe), Raju Bhatt (*Bhatt Murphy, Royaume Uni*), M. le Professeur Andrea Bianchi (Institut universitaire des hautes études internationales, Suisse), Caterina Bolognese (Conseil de l'Europe), Dr. Susan Breau (*British Institute of International and Comparative Law*), Dr. Sherman Carroll *MBE* (*Medical Foundation for the Victims of Torture*), Peter Carter *QC* (*Bar Human Rights Committee*), Gail Davidson (*Lawyers Against the War*), M. le Professeur Eric David (Université libre de Bruxelles), Netta Amar (Bureau régional de *Diakonia* de Jérusalem), Donald Donovan (*Debevoise & Plimpton, Etats Unis*), Catriona Drew (*The School of Oriental and African Studies, the University of London*), Helen Duffy (*INTERIGHTS*), Fanny Fontaine (Conseiller Adjoint, Direction Générale de la Législation, Belgique), Dr. Maria Gavouneli (Faculté de droit, Université d'Athènes, Grèce); M. le Professeur Alessandra Gianelli (Université de Teramo), Mr. Eric Gillet (*CMS DeBacker, Belgique*), Christopher Keith Hall (*Amnesty International*), Hannes Honecker (*Republikanischer Anwaltsverein, Allemagne*), M. le Professeur Scott Horton (*Columbia University School of Law*), Dr. Florian Jessberger (*Humboldt Universität, Berlin*), Wolfgang Kaleck (Président, *Republikanischer Anwaltsverein, Allemagne*), Dr. Joachim Lau (*Rechtsanwalt-Advocato, Italie*), Dr. Paul Lemmens (Institut des droits de l'homme, Université catholique de Louvain), Manuel Lezertua (Conseil de l'Europe), Iain McLeod (*Foreign & Commonwealth Office, Royaume Uni*), M. le Professeur Antonio Marchesi (Université de Teramo), Eric Metcalfe (*JUSTICE*), Haldia Mokkedem (Conseil de l'Europe), Caroline Morgan (Commission européenne), Alex Neve (*Amnesty International, Canada*), Michael Ratner (*Centre for Constitutional Rights, Etats Unis*), M. le Professeur Naomi Roht-Arriaza (*University of California, Hastings College of Law*), Anthea Roberts (*Debevoise & Plimpton, Royaume Uni*), M.

le Professeur Stephen Parmentier (Université catholique de Louvain), Jorg Polakiewicz (Conseil de l'Europe), Sérgio Saba (consultant au Conseil de l'Europe), Dr. Annalisa Savaresi, (Etudiant chercheur, *Law Department, University of Durham*), Petra Schlagenhauf (*Republikanischer Anwaltsverein*), Juergen Schneider (Avocat, Allemagne), Wolfgang Schulz (Avocat, Allemagne), Keir Starmer *QC (Doughty Street Chambers)*, Jayne Stoyles (*World Federalist Movement*), Jeanne Sulzer (FIDH, Paris), Bojana Urumova (Conseil de l'Europe), Peter van der Auweraert (Avocats sans Frontières), M. le Professeur Beth van Schaack (*Santa Clara University School of Law*), M. Michael Verhaeghe (Avocat, Bruxelles), Emmanuel Voyiakis (*Brunel Law School, Royaume Uni*), M. Luc Walley (Avocat, Bruxelles), Peter Weiss (*Centre for Constitutional Rights, Etats Unis*), Chanaka Wickremasinghe (*Foreign & Commonwealth Office, Royaume Uni*), Emily Willmott (*Foreign & Commonwealth Office, Royaume Uni*), Elizabeth Wilmshurst (*Chatham House, Royaume Uni*).

Les points de vue et positions adoptés dans ce Rapport ne correspondent pas nécessairement à ceux des membres du Conseil consultatif ni de toute autre personne citée ci-dessus extérieure à REDRESS. Toute erreur ou omission est imputable à REDRESS.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	1
II. LA RESPONSABILITE DE L'ETAT EN TANT QU'ENTITE ET LE DROIT A REPARATION	4
1. LA RESPONSABILITE DE L'ETAT EN DROIT INTERNATIONAL	4
2. LES JURIDICTIONS DEVANT LESQUELLES LA RESPONSABILITE DES ETATS PEUT ETRE MISE EN CAUSE	6
III. L'EVOLUTION DE L'IMMUNITE ETATIQUE	9
1. QU'EST CE QUE L'IMMUNITE DES ETATS ? TERMINOLOGIE	9
2. L'EMERGENCE HISTORIQUE ET LA NATURE DE L'IMMUNITE DES ETATS	10
a) <i>L'immunité des Etats est issue de l'immunité accordée au dirigeant souverain</i>	11
b) <i>L'immunité des Etats comme droit de l'Etat étranger en droit international</i>	11
c) <i>L'immunité des Etats comme exception à la compétence de l'Etat du for</i>	12
3. EXISTE-T-IL UN PRINCIPE D'IMMUNITE DES ETATS EN DROIT INTERNATIONAL ?	15
a) <i>Un principe de droit international coutumier ?</i>	16
b) <i>Les accords au niveau international</i>	18
IV. LES TENTATIVES DE TRAITER DE LA RELATION ENTRE L'IMMUNITE DES ETATS ET LES GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX	22
1. L'IMMUNITE EN MATIERE D'ACTES COMMERCIAUX	22
2. L'IMMUNITE EN MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE (TORTS)	24
a) <i>Commission du délit civil dans le territoire de l'Etat du for</i>	24
b) <i>Responsabilité civile « publique » et « privée »</i>	25
3. LES NORMES DE <i>JUS COGENS</i>	30
a) <i>Les décisions judiciaires ayant considéré que l'immunité n'était pas applicable aux normes de jus cogens</i>	31
b) <i>Les raisons pour lesquelles l'approche des tribunaux des Etats dualistes doit être évaluée au regard de sa compatibilité avec le droit international</i>	36
c) <i>Les tentatives de distinction de l'applicabilité de l'immunité selon le type de procédure, civile ou pénale</i>	40
4. L'IMMUNITE ET L'ACCES A LA JUSTICE	41
V. CONCLUSION : L'IMMUNITE DETAT EST-ELLE UN OBSTACLE LEGITIME DANS LES ACTIONS CIVILES EXTRATERRITORIALES POUR TORTURE ET AUTRES GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX ?	46
1. L'IMMUNITE DES ETATS PEUT ABOUTIR A L'IMPUNITE DE LA TORTURE	47
2. LES JUSTIFICATIONS TRADITIONNELLES DE L'IMMUNITE DES ETATS PEUVENT-ELLES S'APPLIQUER A DES AFFAIRES DE GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX ?	49
3. L'ETUDE DES BARRIERES AU STADE DE L'APPLICATION ALTERE LA VALEUR DE L'ACCES A LA JUSTICE ELLE-MEME ET EN ELLE-MEME	54
4. L'ARGUMENT DE « LA PORTE OUVERTE » EST-IL VRAIMENT DE POIDS, SURTOUT AU REGARD D'AUTRES OBSTACLES A LA COMPETENCE ?	56
RECOMMANDATIONS	59
1. SOUTIEN DES REFORMES DU DROIT NATIONAL EXCLUANT EXPRESSEMENT L'APPLICATION DE L'IMMUNITE DES ETATS POUR LES GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX	60
2. REDRESS S'OPPOSE A LA RATIFICATION DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SANS L'ADOPTION D'UN PROTOCOLE EXCLUANT EXPRESSEMENT LES GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX DU CHAMP DE LA CONVENTION	60
3. REDRESS RECLAME L'ADOPTION D'UNE OBSERVATION GENERALE SUR LA PORTEE DE L'ARTICLE 14 PAR LE COMITE CONTRE LA TORTURE	61
4. REDRESS S'INSCRIT EN FAVEUR D'EVOLUTIONS PARALLELES DANS LES DOMAINES CONNEXES	62
5. POUR UNE INFORMATION ACCESSIBLE SUR L'IMMUNITE DES ETATS DANS LES AFFAIRES RELATIVES A DE GRAVES CRIMES INTERNATIONAUX	62
BIBLIOGRAPHIE	63

RÉSUMÉ

Par définition, la torture est un mauvais traitement infligé par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, parfois avec l'approbation implicite ou explicite de l'Etat. Si l'interdiction de la torture est claire et absolue, en réalité, la pratique de la torture persiste à l'échelle mondiale et les survivants de la torture rencontrent des obstacles importants lorsqu'ils cherchent à obtenir justice ou d'autres formes de réparation. Compte tenu des opportunités limitées pour que justice soit rendue par des juridictions internationales ou nationales, les survivants sont contraints de se tourner vers les tribunaux d'un autre Etat, souvent dans le pays de leur nationalité ou de leur résidence, pour porter plainte contre l'Etat allégué responsable de leur torture. Cependant, la mise en œuvre du principe de l'immunité des Etats a souvent constitué un obstacle à la compétence des juridictions ou a empêché ces actions d'aboutir.

La relation entre l'immunité des Etats et l'interdiction de la torture et d'autres crimes internationaux revêt une importance particulière à la lumière de récentes décisions divergentes au Canada, en Grèce, en Italie, au Royaume Uni et aux Etats Unis, de certains projets de réforme législative en faveur de l'adoption explicite d'une « exception » fondée sur les droits de l'homme au droit national de l'immunité des Etats dans des pays comme le Canada et le Royaume Uni, ainsi que de la nouvelle Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, ouverte à la signature le 17 janvier 2005.

Cela dit, l'immunité des Etats est une question particulièrement complexe. Le fait que l'immunité des Etats procède d'une règle de droit international, de droit interne ou seulement d'une question de relations internationales est toujours débattu. La pratique des Etats est peu unifiée, certains Etats accordant une immunité absolue, d'autres limitant l'immunité à certains cas (l'approche dite « restrictive » de l'immunité). De plus, même dans ce cadre « restrictif », la portée de l'immunité et les critères utilisés pour déterminer son applicabilité varient considérablement.

Dans le petit nombre d'affaires dans lesquelles un Etat étranger a été poursuivi pour de graves crimes internationaux, les tribunaux internes ont divergé dans leur analyse de l'application de l'immunité des Etats et dans leur conclusion. Dans les pays dualistes ayant une législation interne sur l'immunité, la plupart des tribunaux ont considéré que le droit interne constituait un « code exhaustif ». De plus, en dépit de l'histoire, de la construction juridique et de la pratique des immunités, les tribunaux des pays dualistes tendent de plus en plus à distinguer l'applicabilité de l'immunité selon le type de procédure impliquée, civile ou pénale. Au contraire, les tribunaux de certains pays monistes considèrent l'immunité des Etats et l'interdiction de la torture et d'autres graves crimes internationaux, qui a valeur de *jus cogens*, comme des règles de droit international. Ce raisonnement a été adopté dans deux affaires en Italie et en Grèce dans lesquelles les tribunaux ont écarté l'application de l'immunité dans des affaires relatives à des violations du *jus cogens*.

Le présent Rapport rend compte de ce que l'immunité des Etats n'est pas un concept immuable inextricablement lié à ses origines historiques. Dans des domaines tels que le commerce, le principe de l'immunité des Etats a dû s'ajuster à l'évolution de la notion d'Etat afin de répondre aux exigences des sociétés commerciales qui auraient sinon refusé de contracter avec les Etats. Dans des affaires de graves crimes internationaux, le survivant ne jouit pas du même pouvoir de négociation et la reconnaissance explicite de la non-application de l'immunité des Etats à des affaires relatives à de graves crimes internationaux se révèle bien plus difficile à obtenir, en dépit des évolutions du droit international.

De plus, ce Rapport allègue que l'immunité des Etats ne devrait pas constituer un obstacle à l'accès à la justice dans le contexte très limité des graves crimes internationaux, dont l'interdiction a valeur de *jus cogens*. Bien que l'accès à la justice ne soit pas un droit absolu, la Cour européenne des droits de l'homme, notamment, a insisté à plusieurs reprises sur le fait que toute restriction à l'accès à un tribunal doit répondre à des conditions de proportionnalité. La Cour a insisté sur le fait qu'une juridiction compétente alternative devant laquelle porter l'action devrait être offerte en pratique et non pas seulement en théorie, car la restriction ne doit pas avoir pour effet d'éteindre le droit concerné.

Le Rapport formule une série de recommandations (résumées ci-dessous) :

1. Soutien des réformes du droit national excluant expressément l'application de l'immunité des Etats aux graves crimes internationaux

Idéalement, une exception claire à l'immunité des Etats dans les affaires de graves crimes internationaux devrait être reconnue explicitement au niveau multilatéral. Par exemple, en Europe, l'adoption par l'Union européenne d'une décision-cadre sur l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux minimiserait les incohérences entre les Etats membres sur les conditions de la compétence juridictionnelle telle que la présence de la personne à l'origine de l'affaire. Une approche multilatérale minimiserait également la préoccupation de certains gouvernements quant au fait de procéder unilatéralement à une réforme législative. Des initiatives multilatérales se raccorderaient bien avec des propositions de réforme du droit national qui seraient conformes à l'esprit et la lettre de la Convention contre la torture, comme ce qui a été proposé au Canada et au Royaume-Uni.

2. REDRESS s'oppose à la ratification de la Convention des Nations Unies sans l'adoption d'un Protocole excluant expressément les graves crimes internationaux du champ de la Convention

Lors de la rédaction de la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, les procédures pénales furent spécifiquement exclues de son champ car la Convention contredisait certaines obligations de droit international exigeant la responsabilité pour les graves crimes internationaux. Cependant, on n'a pas prévu d'exclusion similaire à l'égard des procédures civiles relatives à de graves crimes internationaux et cela génère une anomalie quant au champ de la Convention pour les pays de *common law* et les pays de droit romano-germanique. Dans ces derniers, une demande d'indemnisation peut être introduite dans le cadre de la procédure pénale si bien que les immunités ne s'appliqueront certainement pas à la procédure entière ; en revanche, dans les pays de *common law*, où la procédure pénale et l'action civile en réparation sont mises en œuvre séparément, la Convention s'appliquera et bloquera les procédures civiles. De plus, malgré la reconnaissance par le Groupe de travail de la Commission du droit international et par la Sixième Commission d'évolutions relatives à la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux, l'Assemblée générale n'en a pas traité et les rédacteurs de la Convention ont également supprimé la clause soumettant la Convention aux futures évolutions du droit international.

3. REDRESS réclame l'adoption d'une Observation générale sur la portée de l'article 14 de la Convention contre la torture

Le Comité des Nations Unies contre la torture a récemment rendu compte des difficultés posées par l'immunité des Etats et l'absence d'accès à la justice dans les procédures civiles lors de son examen en mai 2005 du Rapport d'Etat partie du Canada. Particulièrement dans les cas où il n'existe pas de juridiction compétente alternative, l'immunité des Etats peut être considérée comme sapant le but et l'intention de la Convention contre la torture en refusant l'accès du survivant de la torture à un recours effectif. Une Observation générale émanant de l'organe interprétatif de la Convention contribuerait à dissiper toute ambiguïté et à clarifier la portée et les obligations résultant de l'article 14.

I. Introduction

L'interdiction de la torture est claire et absolue en droit international et un très grand nombre d'États reconnaissent et soutiennent cette interdiction. La solide protection juridique internationale rend difficile pour tout Etat de prétendre au droit de commettre la torture.¹ Cependant, en réalité, la pratique de la torture persiste à l'échelle mondiale et les survivants de la torture peuvent rencontrer des obstacles importants pour demander et obtenir justice et d'autres formes de réparation.

Par définition, la torture est un mauvais traitement infligé par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, parfois avec l'approbation implicite ou explicite de l'Etat. Dans certains cas, il est impossible pour les survivants de la torture d'accéder à la justice à l'endroit où la torture a été commise. Cela peut être dû à l'absence de volonté politique, à des obstacles procéduraux ou législatifs ou à la faiblesse d'institutions incapables d'établir l'état de droit. Parfois, les survivants peuvent tout simplement écarter tout recours à la justice : ils peuvent considérer que demander justice serait trop risqué pour leur sécurité ou celle de leur famille.

¹ Tous les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme contiennent des dispositions relatives à l'interdiction de la torture, tels que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 75 U.N.T.S. 31, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 75 U.N.T.S. 85, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 75 U.N.T.S. 135, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 75 U.N.T.S. 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950.) La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 (CAT) a été adoptée par l'Assemblée générale à l'unanimité en 1984 (Assemblée générale des Nations Unies, point 99 de l'ordre du jour, trente-neuvième session, A/RES/39/46, 17 décembre 1984) et a été ratifiée par 140 Etats (les chiffres sont disponibles en anglais à :

<<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm>> (dernière mise à jour le 7 octobre 2005). La torture commise dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile est qualifiée de crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale (chapitre II, article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, disponible à :

<[http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf)> et des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (articles 2 et 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, disponible à :

<<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm> ; articles 3 et 4 du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, disponible à :

<http://65.18.216.88/FRENCH/basicdocs/statute_f.html>. Dans *Le Procureur c. Furundzija*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a qualifié la torture de norme de *jus cogens* (*Le Procureur c. Furundzija*, Affaire n°IT-95-17/1-T, para. 155-156, 10 décembre 1998). L'interdiction de la torture est également contenue dans des instruments internes. A la suite des événements du 11 septembre 2001, certains Etats ont essayé de défendre le point de vue selon lequel l'interdiction de la torture devait être relativisée au regard des intérêts de la sécurité nationale en dépit de la nature absolue de cette interdiction. Cette position a été condamnée par un certain nombre d'organes des Nations Unies, le Secrétaire général et le Rapporteur spécial cités en bibliographie. Rien que pour cette année, voir *Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée lors de la 61^{ème} session de la Commission des droits de l'homme, 20 avril 2005, Rés. E/CN.4/RES/2005/39 ; Assemblée générale, *Défendre les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme* (Rapport du Secrétaire général), A/60/374, 22 septembre 2005 ; Secrétaire général, *Stratégie mondiale de lutte contre le terrorisme*, Allocution à la séance plénière de clôture du Sommet international sur la démocratie, le terrorisme et la sécurité à Madrid, 10 mars 2005 ; Résolution de l'Assemblée générale, *Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, A/RES/59/191, 1^{er} mars 2005 ; Assemblée générale, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, A/60/370, 21 septembre 2005 ; Comité contre la torture, *Agiza c. Suède*, CAT/C/34/D/233/2003, mai 2005 ; *Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, Robert K. Goldman, E/CN.4/2005/1037, février 2005 ; Déclaration du Rapporteur spécial sur la torture, Manfred Nowak, à la 61^{ème} session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 4 avril 2005 ; voir aussi Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements ou peines inhumains et dégradants, *15^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1^{er} août 2004 au 31 juillet 2005*, CPT/Inf (2005) 17, 22 septembre 2005 ; Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite au Royaume Uni du 4 au 12 novembre 2004 à l'attention du Comité des ministres et de l'assemblée parlementaire*, CommDH (2005) 6 ; voir aussi REDRESS, *LE TERRORISME, LA LUTTE ANTITERRORISTE ET LA TORTURE - DROIT INTERNATIONAL ET LUTTE CONTRE LE TERRORISME*, juillet 2004, p. 25.

Immunité c. responsabilité

Comme il existe très peu d'options pour les survivants de la torture qui cherchent à porter une affaire au niveau international, ils peuvent être contraints de se tourner vers les tribunaux d'un autre Etat, souvent dans le pays de leur nationalité ou de leur résidence, afin de porter plainte contre l'Etat responsable de les avoir torturés. Cependant, l'application du principe de l'immunité des Etats par les tribunaux internes peut empêcher ou faire échouer cette action. Pourtant, contrairement à l'attention portée au sujet de l'immunité des Etats dans des domaines tels que le commerce, il n'y a que très peu d'analyses qui ont été entreprises quant à son rôle dans les actions civiles relatives à la torture ou à d'autres graves crimes internationaux.

La plupart des tentatives de codifier le droit de l'immunité des Etats, y compris la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, ouverte à la signature le 17 janvier 2005, évitent de traiter de la relation entre l'immunité des Etats et le droit international des droits de l'homme. En conséquence, le droit est inévitablement incertain et l'approche des tribunaux internes est loin d'être cohérente. D'un côté, la Cour suprême italienne, dans l'affaire *Ferrini c. République Fédérale d'Allemagne*, et la Cour suprême grecque (*Areios Pagos*), dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. République Fédérale d'Allemagne*, ont considéré que l'immunité des Etats ne s'appliquait pas aux normes de *jus cogens* (une catégorie de normes au statut impératif en droit international qui inclut la torture). Au contraire, dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume Uni* et *Bouzari v. the Islamic Republic of Iran*, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour d'appel de l'Ontario au Canada ont toutes deux accueilli l'exception de l'immunité des Etats dans des procédures civiles pour torture. Dans une autre affaire anglaise, *Ron Jones v. Saudi Arabia*, dans laquelle REDRESS est intervenu devant la Cour d'appel, et qui est actuellement en appel devant la Chambre des Lords, la Cour d'appel a considéré que le Royaume d'Arabie Saoudite jouissait d'une immunité dans les procédures civiles pour torture mais a refusé la protection de cette immunité aux fonctionnaires.

D'un point de vue pratique pour le travail de REDRESS, l'immunité des Etats a empêché les survivants de la torture d'accéder à la justice. En conséquence, REDRESS a éprouvé le besoin d'explorer plus avant le principe de l'immunité des Etats et sa relation au droit des survivants de la torture à un recours et à réparation. L'un des objectifs fondateurs et toujours actuels de REDRESS est de garantir que les survivants de la torture et, le cas échéant, leur famille, aient accès à un recours effectif et contraignant ; par exemple, la justice et d'autres formes de réparation, y compris la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et la garantie de non-renouvellement,² conformément aux obligations contenues dans la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

REDRESS continue de promouvoir l'adoption d'une « avant projet de loi pour la réparation de la torture » [*Redress for Torture Bill*]³ au Royaume Uni qui fournirait un cadre législatif clair pour que les victimes exercent des recours contre des individus, des institutions et/ou des Etats qui pratiquent, autorisent, tolèrent ou ne prennent pas de mesures raisonnables pour prévenir la torture, où que ce soit. L'un des principaux obstacles à son adoption rapide est la disposition du projet de loi qui écarte l'immunité des Etats dans les procédures civiles pour torture.⁴ De

² Ces différentes formes de réparation sont présentées en détail dans les récents *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*, CDH, rés. 2005/35, Doc. N.U. E/CN.4/2005/ L.10/Add.11, 19 avril 2005.

³ Le *Redress for Torture Bill* a été introduit comme proposition de loi à la Chambre des Communes en 1999.

⁴ La section 4 du *Redress for Torture Bill* dispose que : « La loi sur l'immunité des Etats [*State Immunity Act*] de 1978 sera amendée par l'insertion, à la suite de la section S, de la section suivante : « Responsabilité pour torture. 8A. (1) Un Etat ne jouit pas de l'immunité dans les procédures en Angleterre et au Pays de Galle relatives à des actions en réparation en matière de torture ou de décès consécutif à la torture. » [notre traduction].

même, l'immunité des Etats a constitué le principal obstacle pour les survivants de la torture qui cherchent à faire rendre des comptes aux Etats étrangers qui pratiquent systématiquement la torture, comme dans les affaires *Al-Adsani v. Kuwait* et *Ron Jones v. Saudi Arabia* qui sont étudiées dans ce Rapport.

A partir de septembre 2004, REDRESS a démarré un projet de recherche en droit international et comparé sur le droit de l'immunité des Etats dans des pays d'Europe ainsi que certains autres pays ayant une jurisprudence développée comme le Canada et les Etats Unis. Nous avons mis en place un Conseil consultatif composé d'experts de l'immunité des Etats et des droits de l'homme en Europe et en Amérique du Nord. Parallèlement à la progression du projet, nous avons mené des actions de communication détaillée afin d'approfondir notre compréhension des divers points de vue des acteurs concernés. Nous avons organisé des réunions à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe, assisté et participé à des conférences de droit international, telles que la réunion annuelle de la *American Society of International Law* en avril 2005, convoqué une réunion d'organisations non gouvernementales britanniques et organisé un atelier sur l'immunité des Etats à Berlin en association avec l'Association des avocats républicains [*Republikanischer Anwaltsverein*], le *Centre for Constitutional Rights* et la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH). De plus, nous avons participé à la consultation publique du Ministère britannique des affaires étrangères et du Commonwealth [*Foreign and Commonwealth Office*] relative à l'impact de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens⁵ sur les obligations internationales du Royaume Uni et, à la suite de notre intervention devant la Cour d'appel, nous avons demandé à intervenir devant la Chambre des Lords dans l'affaire *Ron Jones v. Saudi Arabia*, au côté d'un certain nombre d'autres organisations internationales des droits de l'homme.

Le présent Rapport essaie de rassembler tous les éléments des travaux de REDRESS sur l'immunité des Etats à ce jour. En rédigeant ce Rapport, REDRESS est pleinement conscient de l'incertitude juridique et politique qui prévaut dans la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux, particulièrement à la lumière des contentieux et des projets de réforme législative en cours dans plusieurs pays. Nous sommes également conscients des différents points de vue et intérêts en jeu dans cette relation complexe.

Ce Rapport n'essaie pas de réconcilier cette relation et ne cherche pas répondre définitivement à la question de savoir où se trouve l'équilibre entre ce qui apparaît comme des intérêts contradictoires. Le Rapport essaie plutôt de disséquer et d'analyser de manière exhaustive les multiples problèmes et sous-problèmes en examinant la question de savoir quel impact devrait avoir le principe de l'immunité des Etats sur les plaintes de torture et d'autres graves crimes internationaux. On espère qu'en apportant ce panorama complet, ce Rapport servira d'utile point de départ pour les praticiens, les décideurs, les militants et les universitaires qui travaillent sur ce domaine ou des domaines proches. Etant donné l'actualité de cette relation à la lumière des décisions récentes et en attente des tribunaux nationaux, des projets de réforme législative et l'ouverture à la signature de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, cette question ne revêt pas seulement un intérêt académique mais nécessite une attention et des recherches urgentes et approfondies.

⁵ REDRESS' letter to the Foreign and Commonwealth Office, 28 April 2005, disponible sur le site Internet de REDRESS à : <<http://www.redress.org>>.

II. La responsabilité de l'Etat en tant qu'entité et le droit à réparation

1. La responsabilité de l'Etat en droit international

Pour le survivant de la torture, les mots « Crie autant que tu peux, personne ne te croira »⁶, résonnent longtemps après les faits. Sans réparation, des sentiments d'impuissance et de déchéance peuvent maintenir les survivants de la torture dans un état de perpétuel « victimisation ».⁷ La possibilité d'accéder à des recours effectifs peut être un facteur clé pour surmonter les séquelles de la torture et combattre l'impunité. Les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire* qui ont été récemment adoptés lors de la 61^{ème} session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies en avril 2005 portent sur les quatre piliers de la réparation : la restitution, l'indemnisation, la réadaptation ainsi que la satisfaction et la garantie de non-renouvellement.⁸

Comme rappelé dans l'introduction du présent Rapport, l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 définit la torture comme un acte commis :

« par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. »

L'implication de l'Etat accroît la gravité du crime et le distingue qualitativement d'un crime « ordinaire ».⁹ Comme l'a déjà fait remarquer REDRESS, « l'un des pires aspects de la torture et de nombreux autres crimes de droit international est probablement que l'Etat – l'organe-même censé protéger les droits individuels – a abusé de son pouvoir et porte lui-même la responsabilité de la perpétration de crimes graves. »¹⁰ La lutte pour combattre complètement et effectivement la pratique et l'impunité de la torture échouera si la responsabilité de l'Etat n'est pas également engagée.

Il n'est pas contestable que les Etats sont responsables de leurs infractions, notamment la torture, en droit international.¹¹ L'article 1^{er} du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat*

⁶ Stanley Cohen, *STATES OF DENIAL: KNOWING ABOUT ATROCITIES AND SUFFERING*, (Polity, 2001), p. 103.

⁷ Voir Yael Danieli, *Preliminary Reflections from a Psychological Perspective*, in 1 *TRANSITIONAL JUSTICE: HOW EMERGING DEMOCRACIES RECKON WITH FORMER REGIMES: GENERAL CONSIDERATIONS* (Neil Kritz, ed., United States Institute for Peace Press, Washington DC, 1995) (évoquant la "conspiration du silence") et Roger Gurr and José Quiroga, *Approaches to Torture Rehabilitation: A Desk Study covering Effects, Cost-effectiveness, participation and sustainability*, in 11(1) *Torture, Quarterly journal on rehabilitation of torture victims and prevention of torture*, 3-35 (2000).

⁸ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*, Doc. NU E/CN.4/RES/2005/35, Annexe, 20 avril 2005. Voir aussi REDRESS, *TORTURE SURVIVORS PERCEPTIONS OF REPARATION: PRELIMINARY STUDY*, (London, June 2001), p. 14, disponible à : <<http://www.redress.org>>.

⁹ Voir Miriam J. Aukerman, *Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice*, 15 *Harv. Hum. Rts. J.* 39 - 97 (2002) pp. 41-42 (distinguant le crime encouragé par l'Etat du crime privé et se demandant si ce dernier implique des réponses et des recours différents).

¹⁰ [Notre traduction] REDRESS, *REPARATION: A SOURCEBOOK FOR VICTIMS OF TORTURE AND OTHER VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* (London, March 2003), p. 5.

¹¹ Cour permanente de justice internationale, affaire *Usine de Chorzow (Pologne c. RFA)*, 13 septembre 1928, CPJI, série A, n°17, p. 47 ; Résolution 674 du Conseil de sécurité, adoptée le 29 octobre 1990.

pour fait internationalement illicite (Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat) adopté par la Commission du droit international en 2001 dispose que : « [t]out fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale. »¹² La responsabilité est engagée lorsque la violation est attribuable à l'Etat, c'est-à-dire que le fonctionnaire doit avoir agi à titre officiel ou avoir prétendu agir à titre officiel, même si ses actes outrepassaient ses pouvoirs (*ultra vires*).¹³ L'Etat peut aussi être tenu responsable s'il n'ouvre pas de recours effectif pour la violation comme le requiert le droit international.¹⁴

Pourtant, en dépit de la responsabilité indiscutable des Etats en droit international, les Etats sont souvent dépeints comme des entités artificielles qui ne prennent réalité qu'à travers leurs fonctionnaires.¹⁵ Dans l'application de l'interdiction de la torture, le fait de se concentrer sur l'individu sans reconnaître l'implication de l'Etat dont il dépend, ne fait que servir l'impunité en distinguant les actions d'un auteur individuel de celles de l'Etat lui-même.¹⁶ Par exemple, dans le procès militaire du spécialiste Charles A. Graner Jr. à Fort Hood, au Texas, pour des allégations de mauvais traitements commis sur des prisonniers à Abou Graib, en Irak,¹⁷ les Procureurs « ont essayé de présenter le soldat accusé d'être le meneur des abus qui firent scandale là-bas comme une brute sadique qui battait les détenus par plaisir, posait en souriant à côté du visage ensanglanté d'un prisonnier et se vantait d'avoir forcé une femme irakienne à le laisser la photographier nue. »¹⁸ Quelle que soit la personnalité et la motivation d'un auteur individuel particulier, les mauvais traitements qui faisaient l'objet de ce procès apparaissent comme la partie d'un ensemble plus vaste d'allégations de torture commise par les troupes américaines en Irak, idée dont les procureurs essayent de s'écarter en présentant les actions de l'accusé comme isolées et non reliées à une pratique de plus grande échelle.

En présentant les fonctionnaires qui commettent la torture comme des cas exceptionnels, les Etats parviennent à se distancer de leur propre responsabilité. Ils peuvent toujours attirer l'attention sur leur soutien aux normes internationales sur l'interdiction de la torture tout en continuant à commettre des abus ou à soutenir une culture d'impunité, ce qui conduit un universitaire à affirmer que : « [l]e fait que les Etats commettent des violations des droits de l'homme est une vérité incontestable voire incontestée »¹⁹ et un autre d'ajouter que : « le recours à la torture par l'Etat *moderne* implique une rhétorique du déni ».²⁰

¹² Article 1, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, in Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, Assemblée générale, Documents officiels, cinquante-sixième session, supplément n°10, Doc N.U. A/56/10, 2001, disponible à : http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm (ci-après *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat*).

¹³ Commission des réclamations France/Mexique, affaire *Caire*, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929.

¹⁴ Voir Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ATROCITIES IN INTERNATIONAL LAW: BEYOND THE NUREMBERG LEGACY* (Clarendon Press, Oxford, 1997), pp. 13-14 ; John F. Murphy, *Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution*, 12 Harv. Hum. Rts. J. (1999), pp. 1-56.

¹⁵ Voir James Crawford and Simon Olleson, *The Nature and Forms of International Responsibility*, in *INTERNATIONAL LAW* (Malcolm D. Evans, ed., Oxford University Press, 2003) 445 – 472, p. 454.

¹⁶ Cohen, *supra* note 6, p. 113 (qualifiant un tel refus d' « isolationnisme spatial »).

¹⁷ *Preferred Charges Against Spc. Charles Graner*, (14 May 2004), disponible à : <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/graner51404chrg.html> (dernière visite le 21 septembre 2005) (les chefs d'accusation comportaient l'entente en vue de maltraiter les détenus, violation de ses obligations pour n'avoir pas protégé volontairement les détenus des atteintes, de la cruauté et des mauvais traitements, mauvais traitements des détenus, agression des détenus et commission d'actes indécents).

¹⁸ [Notre traduction] Kate Zernike, *Central Figure in Iraq Abuse Goes on Trial*, New York Times, 11 January 2005, disponible à : <http://www.nytimes.com/2005/01/11/national/11abuse.html?th> (dernière visite le 12 septembre 2005).

¹⁹ [Notre traduction] Angela Hegarty, *Dealing with the Past: The Government of Memory: Public Inquiries and the Limits of Justice in Northern Ireland*, 26 Ford. Int'l L.J. 1148 – 1192 (2003), p. 1148.

²⁰ [Notre traduction] Talal Asad, *On Torture or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment* in *SOCIAL SUFFERING* 285 - 308 (Kleinman, Das, Lock, eds, Oxford University Press, New Delhi, 2000), p. 290.

De plus, si la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires constitue une part essentielle de l'interdiction de la torture, elle ne peut suffire ni se substituer à la responsabilité de l'Etat lui-même. Les actions contre les auteurs individuels révèlent rarement les cadres plus vastes d'abus systématiques dans lesquels s'inscrivent les actes de l'individu, si ce n'est par déduction, à l'exception des affaires relatives à des crimes spécifiques tels que les crimes contre l'humanité, lesquels, par définition, impliquent que les actes soient commis dans le cadre d'une « attaque généralisée ou systématique »²¹, révélant dès lors le cadre plus vaste d'abus systématiques lors de la procédure individuelle.²² De même que le principe de la responsabilité hiérarchique reconnaît que les individus de rang supérieur sont autant responsables que les auteurs qui ont appuyé sur la détente ou commis les actes physiquement,²³ l'Etat occupe la position d'autorité la plus haute, laquelle doit être visée afin de combattre complètement l'impunité.

2. Les juridictions devant lesquelles la responsabilité des Etats peut être mise en cause

Comme la responsabilité juridique des Etats pour torture et autres graves crimes internationaux est bien établie, les difficultés pour faire rendre des comptes aux Etats sont davantage liées aux juridictions compétentes devant lesquelles déclencher une procédure. Les tribunaux des Etats où la torture a été commise apparaissent comme l'arène judiciaire la plus évidente. En réalité, cependant, ces tribunaux peuvent être inaccessibles pour plusieurs raisons juridiques et/ou pratiques, notamment l'existence d'immunités ou d'amnisties internes, d'une impunité *de facto* ou de risques quant à la sécurité. Dans les affaires *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* en Italie, *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne* en Grèce et *Princz c. République fédérale d'Allemagne* aux Etats Unis, les requérants avaient essayé de porter leur litige en Allemagne mais s'étaient vus refuser l'accès aux tribunaux parce qu'ils n'entraient pas dans les termes précis de la législation interne sur l'indemnisation des violations commises durant la seconde guerre mondiale.²⁴ Dans d'autres affaires, comme celle de M. Al-Adsani, par exemple, qui a déclenché une procédure civile contre le Koweït devant les juridictions anglaises, porter plainte devant les tribunaux koweïtiens n'aurait pas constitué un recours effectif²⁵ en raison de l'absence d'état de droit et de la forte probabilité que sa cause n'aurait pas été entendue équitablement.

Pour les victimes individuelles, il n'apparaît pas évident d'obtenir réparation devant les tribunaux internationaux et les autres organes judiciaires internationaux. En effet, traditionnellement, les individus n'avaient pas le droit de participer du tout au niveau international. Si les individus ont des droits en droit international, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a affirmé dans l'affaire *Peter Pazmany* qu' : « [i]l est à peine nécessaire de rappeler que la capacité d'être sujet de droits civils n'implique pas nécessairement celle de les exercer soi-même ».²⁶ Bien que la Troisième partie des

²¹ Article 7 du Statut de Rome, *supra* note 1.

²² Voir Hegarty, *supra* note 19 ; Aukerman *supra* note 9.

²³ Voir Danesh Sarooshi, *Decisions of International Tribunals II: Command Responsibility and the Blaskic Case*, 50(2) Int'l & Comp. L.Q. 452 – 465 (2001), pp.460-461.

²⁴ Affaire *Distomo* en Allemagne, BGH, décision du 26 juin 2003, III ZR 245/98, publiée dans NJW 2003, 3488 ; affaire *Ferrini* en Allemagne, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2 BVR 1379/01 vom 28.6.2004, Absatz-Nr. (1-45).

²⁵ Lady Fox remarque que : « les recours locaux peuvent tout à fait s'avérer manifestement futiles », faisant référence à l'enquête des tribunaux koweïtiens à la suite de « la plainte du requérant à l'encontre du Sheikh et d'autres et [à] l'obtention de l'engagement de toutes les parties d'adopter un bon comportement à l'avenir. » [notre traduction] Fox, *infra* note 37, p. 521.

²⁶ CPJI, série A/B, n°61, *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque*, 1933, p. 231.

Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat reconnaisse la possibilité pour les individus d'intenter des actions contre les Etats, l'article 33(2) indique que cette question devrait être traitée ailleurs.²⁷

Les individus ne peuvent pas former de requête contre un Etat devant la Cour internationale de justice (CIJ) puisque la Cour n'est compétente que pour les requêtes inter-étatiques. Pour qu'une requête relative à la torture ou d'autres crimes internationaux soit entendue devant la CIJ, un Etat doit former une requête contre l'Etat contrevenant, fondée notamment sur la violation de ses droits du fait que ses citoyens aient été torturés. Les Etats n'épousent pas automatiquement la requête de leurs citoyens mais ont toute discrétion à cet égard.²⁸ Il se peut plutôt que la victime ait à négocier avec un Etat pour que l'Etat où la torture a été commise soit poursuivi.²⁹ En tout cas, une requête inter-étatique éloigne l'individu de la procédure en réduisant la violation à une violation contre l'Etat requérant et non contre l'individu. S'il est établi que l'Etat a violé le droit international (impliquant dès lors les obligations de cessation et de réparation³⁰), l'Etat contrevenant ne devra indemniser que l'Etat lésé et non la victime directe de la violation.³¹ De plus, en raison de la discrétion des Etats à cet égard, aucun Etat n'a jamais porté une affaire contre un autre Etat pour torture et la probabilité d'une requête inter-étatique dans le futur est faible, compte tenu de la définition de la torture et de la crainte évidente d'un revers politique et de la réciprocité.³²

Si de nombreux traités obligent les Etats à protéger les droits des individus, très peu d'accords offrent aux survivants de violations des droits de l'homme la possibilité de porter plainte directement devant une juridiction internationale. Les organes des traités des Nations Unies tels que le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'homme permettent des plaintes

²⁷ *Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, in Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, Assemblée générale, documents officiels, cinquante-sixième session, supplément n°10, Doc N.U. A/56/10, novembre 2001, chapitre IV E 2.

²⁸ Affaire *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, CPJI, série A/B, n°76, 1939, p. 4 ; affaire *La Grand (Allemagne c. Etats Unis d'Amérique)*, arrêt, CIJ, Recueil 2001, para. 42. Cette position commence cependant à évoluer en droit international. Voir REDRESS, *THE PROTECTION OF BRITISH NATIONALS DETAINED ABROAD: A DISCUSSION PAPER CONCERNING CONSULAR DIPLOMATIC PROTECTION* (February 2005), p. 9.

²⁹ Affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième Phase*, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 3, para. 78-79 (« L'Etat doit être considéré comme le seul juge pour décider si sa protection sera accordée, dans quelles mesure elle est accordée et quand elle cessera » et « si les personnes physiques ou morales au nom desquelles il est agi considèrent que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles n'ont pas de recours en droit international. » [notre traduction]) ; *Amnesty International, Letter to the Foreign and Commonwealth on the UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Properties*, 5 May 2005, p. 2, note de bas de page 2 (« Même lorsque les interventions diplomatiques sont faites au nom des citoyens d'un Etat demandant réparation de crimes de droit international contre un autre Etat, elles sont généralement des moyens inefficaces d'obtenir réparation de ces crimes pour les victimes et leurs familles. Elles sont largement dépendantes du pouvoir politique, économique et militaire de l'Etat, de la nationalité de la victime et de sa volonté politique. Cet Etat traitera cette plainte en son nom pour l'atteinte à ses intérêts, non comme un agent de la victime, et il sacrifiera souvent les droits juridiques de la victime pour des considérations politiques concurrentes telles que le maintien de relations amicales avec l'Etat responsable du dommage. Par exemple, les alliés ont souvent transigé sur les plaintes avec les anciens pays de l'Axe pour des crimes commis durant la seconde guerre mondiale à l'encontre de leurs propres citoyens, tels que la torture de prisonniers de guerre ou l'esclavage sexuel, pour des indemnités dérisoires. » [notre traduction]) ; voir aussi REDRESS, *supra* note 28.

³⁰ Partie II, Chapitre 1, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *supra* note 12.

³¹ *Usine de Chorow* (compétence), CPJI, série A, n° 9.

³² Voir Henry J. Steiner, *International Protection of Human Rights*, in *INTERNATIONAL LAW* (Malcolm D. Evans, ed., Oxford University Press, 2003) 757 – 788, p. 773 (affirmant que « les autres Etats ne protesteront vraisemblablement pas, ni même ne prendront de mesures plus importantes pour mettre fin aux violations, même si le responsable a violé ses obligations *erga omnes* vis-à-vis de tous les autres Etats. » [notre traduction]). Voir aussi Cohen, *supra* note 6, p. 17 (qualifiant le fait que les Etats ne se poursuivent pas mutuellement de refus par les Etats tiers, faisant référence à des exemples historiques, depuis les atrocités antérieures et concomitantes à la seconde guerre mondiale jusqu'aux réponses tardives au Rwanda, au Kosovo et à la Tchétchénie).

Immunité c. responsabilité

individuelles³³ ; cependant, la possibilité pour les survivants d'accéder à ces juridictions implique que l'Etat concerné ait spécialement autorisé ces organes à examiner des affaires individuelles le concernant.³⁴ De plus, si un organe des traités des Nations Unies rend une décision à l'encontre d'un Etat, il ne peut que formuler des recommandations. Quelques institutions judiciaires internationales, telles que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour inter-américaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, récemment établie quoique non encore opérationnelle, permettent aux individus de porter plainte contre les Etats parties après avoir épuisé les voies de recours internes. Les Cours peuvent rendre des décisions « contraignantes », encore que même ces décisions sont difficiles à faire exécuter en pratique. En outre, les décisions des organes connexes, tels que la Commission africaine des droits de l'homme et la Commission inter-américaine des droits de l'homme, n'ont qu'un effet de recommandation. Enfin, dans des régions comme l'Asie, il n'existe aucun organe régional.³⁵

En considération de ce qui précède, les tribunaux internes en dehors de l'Etat où la torture a été commise représenteraient une voie importante par laquelle les survivants pourraient porter plainte contre l'Etat responsable, si l'immunité des Etats ne constituait pas un obstacle à la compétence du tribunal. On peut recourir aux tribunaux de ces Etats sur la base des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire que lorsqu'un Etat viole certaines obligations du droit international, notamment les normes de *jus cogens* telles que l'interdiction de la torture, « tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à les protéger. »³⁶

³³ L'article 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 prévoit un mécanisme de plaintes individuelles et le Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 a établi un mécanisme de plaintes individuelles au sein du Comité des droits de l'homme.

³⁴ Par exemple, la Commission des droits de l'homme peut connaître de plaintes si l'Etat partie concerné a ratifié le Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques, Assemblée générale, résolution 2200A (XXI), Nations Unies, Assemblée générale, Documents officiels, Supplément n°16, p. 59, Doc. N.U. A/6316, 1966, 999 U.N.T.S. 302, entrée en vigueur le 23 mars 1976. Quant au Comité contre la torture, il peut connaître de plaintes individuelles si les Etats parties ont fait une déclaration spécifique en vertu de l'article 22 de la Convention contre la torture.

³⁵ Pour davantage d'éléments sur l'exécution, voir REDRESS and Freshfields Bruckhaus Deringer, *CONFERENCE ON ENFORCEMENT OF AWARDS FOR VICTIMS OF TORTURE AND OTHER INTERNATIONAL CRIMES*, (June 2005).

³⁶ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (avis consultatif), CIJ 2004, para. 155 (citant *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Deuxième phase*, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 32, para 33) ; voir aussi para. 159 (explicitant ainsi l'obligation *erga omnes* dans le contexte de l'affaire: « Il appartient par ailleurs à tous les Etats de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination. ») ; article 41 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *supra* note 12 ; voir aussi Institut de Droit International, *Résolution, Les obligations et les droits erga omnes en droit international*, Session de Cracovie, 2005 (L'article 2 dispose que : « Lorsqu'un Etat viole une obligation erga omnes, tous les Etats auxquels l'obligation est due ont le droit, même s'ils ne sont pas spécialement atteints par la violation, d'exiger de l'Etat responsable en particulier : a) la cessation du fait internationalement illicite ; b) l'exécution de l'obligation de réparation dans l'intérêt de l'Etat, de l'entité ou de l'individu qui est spécialement atteint par la violation. La restitution devrait être effectuée si elle n'est pas matériellement impossible. »).

III. L'ÉVOLUTION DE L'IMMUNITÉ ÉTATIQUE

1. Qu'est ce que l'immunité des Etats ? Terminologie

Que sont les immunités ? Les immunités sont des règles procédurales qui font obstacle au jugement de litiges et qui peuvent être soulevées à deux moments dans une affaire. D'abord, au stade juridictionnel, l'immunité peut avoir pour effet d'empêcher un tribunal de connaître d'une affaire, dont il aurait autrement pu connaître. Cela est souvent désigné comme l'*immunité de juridiction*. La deuxième occasion où l'immunité peut être soulevée est le moment de l'exécution du jugement du tribunal. Cela est souvent désigné comme l'*immunité d'exécution*. Le présent Rapport se concentre sur l'immunité de juridiction de l'Etat étranger devant les tribunaux internes. L'immunité d'exécution sera examinée brièvement à la fin du Rapport.

A qui s'applique l'immunité ? Le champ des immunités est complexe et souvent incertain quant à ses sources, son étendue, ses règles et sa relation à d'autres domaines du droit. Le champ des immunités traite de l'Etat, de ses entités et de ses fonctionnaires de différentes manières et des règles et des raisonnements différents s'y appliquent. Très généralement, l'immunité accordée à un Etat comme entité (*immunité des Etats ou souveraine*) est issue du droit international coutumier sur le fondement de l'égalité souveraine, de la non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat, de la dignité, de la courtoisie et des relations internationales. Historiquement, les Etats bénéficiaient d'une *immunité absolue* devant les tribunaux d'un autre Etat, c'est-à-dire qu'ils jouissaient d'une immunité en toutes circonstances. De nombreux Etats se sont maintenant écartés de la doctrine de l'immunité absolue au profit d'une position selon laquelle l'immunité n'est accordée à un Etat étranger que dans certaines circonstances.³⁷ Cela est souvent désigné comme l'*immunité relative*. Cependant, en raison de la divergence des approches des Etats, l'existence d'une règle de droit international coutumier sur l'immunité restrictive est une question controversée.³⁸

Deux types d'immunité peuvent s'appliquer aux fonctionnaires. D'abord, l'immunité *ratione materiae*, qui s'applique aux actes accomplis à titre officiel. Cette immunité est souvent désignée comme l'immunité *matérielle* ou *fonctionnelle* et continue de s'appliquer même après que le fonctionnaire a quitté ses fonctions. L'immunité *ratione personae* s'applique à une catégorie limitée de fonctionnaires en vertu de leur rôle particulier de représentation de l'Etat à l'étranger, par exemple les chefs d'Etat ou les chefs de gouvernement et les diplomates. Le droit international coutumier régit les immunités applicables aux chefs d'Etat qui sont distinctes de l'immunité applicable à l'Etat en tant qu'entité.³⁹ L'immunité diplomatique est accordée sur un fondement fonctionnel pour permettre aux diplomates de remplir leurs fonctions lorsqu'ils sont en poste à l'étranger sans la menace d'être poursuivis ou arrêtés dans le pays hôte ; elle n'est pas motivée par des considérations d'égalité souveraine, de statut ou de dignité mais plutôt par des nécessités pratiques.⁴⁰ Contrairement à d'autres domaines de l'immunité,

³⁷ Hazel Fox QC, *THE LAW OF STATE IMMUNITY* (The Oxford International Law Library, 2002), p. 2 (divisant l'évolution du droit international sur les immunités en trois phases : l'immunité absolue entre les Etats, l'immunité restrictive admettant l'individu comme une troisième partie et la « phase post-moderne » dans laquelle l'immunité peut ne pas s'appliquer).

³⁸ Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (Sixth Edition) (Oxford University Press, 2003), p. 325.

³⁹ Voir *Tachiona v. Mugabe* 169 F. Supp. 2d 259 (SDNY 2001).

⁴⁰ H.F. Van Panhuys, *In the Borderland between Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunity*, 13 Int'l & Comp. L.Q. 1193 – 1213 (1964), pp. 1203-1204 ; Jonathon Brown, *Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 37 Int'l & Comp. L.Q. 53 – 88 (1988), p. 54.

l'immunité diplomatique n'est pas régie par le droit international coutumier mais par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. Récemment, la CIJ a considéré que l'immunité *ratione personae* pouvait s'appliquer aux ministres des affaires étrangères.⁴¹ Certaines organisations internationales peuvent aussi bénéficier d'immunités afin de garantir leur indépendance et leur capacité de mener leurs activités sans ingérence de l'Etat hôte. L'immunité peut être prévue dans l'instrument constitutif de l'organisation internationale, dans un accord multilatéral, dans l'accord général entre le pays hôte et l'organisation internationale ou en droit international coutumier.⁴²

Dans quelles circonstances s'appliquent les immunités ? Les immunités peuvent être prévues dans un certain nombre de circonstances différentes. Le droit interne peut accorder à l'Etat lui-même et à ses fonctionnaires certains types d'immunités devant leurs propres tribunaux. Un Etat peut accorder à un Etat étranger et à ses fonctionnaires l'immunité de juridiction devant ses tribunaux. Les organes internationaux peuvent aussi traiter de la question des immunités des Etats et de leurs fonctionnaires devant les juridictions internationales et les mécanismes de résolution des litiges. Cependant, une approche différente a été adoptée en ce qui concerne les tribunaux pénaux internationaux. Les statuts de l'ensemble des tribunaux pénaux internationaux font spécifiquement référence à la non-application des immunités en toutes circonstances et cela a été confirmé par la jurisprudence de ces organes, même en ce qui concerne les chefs d'Etat.⁴³ La Cour spéciale pour la Sierra Léone, par exemple, dans l'affaire *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*⁴⁴ a considéré que :

« Une raison de la distinction (...) entre les tribunaux nationaux et les tribunaux internationaux, bien que non évidente à première vue, semble fondée sur le principe selon lequel un Etat souverain ne statue pas sur la conduite d'un autre ; le principe de l'immunité des Etats résulte de l'égalité entre Etats souverains et ne s'applique dès lors pas devant les tribunaux pénaux internationaux qui ne sont pas les organes d'un Etat mais tiennent leur mandat de la communauté internationale. »⁴⁵

2. L'émergence historique et la nature de l'immunité des Etats

L'immunité des Etats est souvent justifiée par deux fondements : d'une part, le principe *de par in parem non habet jurisdictionem* ou « les personnes juridiques de statut égal ne peut pas régler leurs litiges devant les tribunaux de l'une d'entre elles »⁴⁶ ; d'autre part, le principe de non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat. Les relations internationales, la courtoisie et la réciprocité sont également souvent citées comme raisons supplémentaires pour

⁴¹ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique)*, CIJ, 2002, (ci-après « Mandat d'arrêt »).

⁴² Dapo Akande, *International Organisations in INTERNATIONAL LAW* (Malcolm D. Evans, ed., Oxford University Press, 2003) 269 – 297, pp. 286-287.

⁴³ Article 27 du Statut de Rome, *supra* note 1. L'article 7(2) du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *supra* note 1, ne fait pas spécifiquement référence aux immunités mais dispose que le statut de fonctionnaire de l'accusé n'a pas d'incidence sur la compétence du Tribunal (de même que l'article 6(2) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *supra* note 1). Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, interprétant l'article 7(2), a rejeté l'affirmation selon laquelle il n'avait pas compétence pour juger Slobodan Milosevic en raison de son statut d'ancien président de République fédérale de Yougoslavie, *Milosevic, Decision on the Preliminary Motions, "Kosovo"*, IT-02-54 (8 November 2001), para. 26-34.

⁴⁴ Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Case Number SCSL-2003-01-I (3014 – 3039) 31 May 2004 (In the Appeals Chamber).

⁴⁵ [Notre traduction] *ibid.*, para. 51.

⁴⁶ Brownlie, *supra* note 38, p. 321.

accorder l'immunité des Etats⁴⁷, ainsi que l'impossibilité potentielle pour les tribunaux d'exécuter un jugement rendu à l'encontre d'un Etat étranger.⁴⁸

Les opinions divergent sur le fait de savoir si l'immunité est une question de droit interne, de droit international, ou simplement de relations internationales. D'autres questions demeurent quant à la nature de l'exception d'immunité. D'une part, l'immunité est classée comme un droit ou une prérogative de l'Etat étranger. D'autre part, l'immunité est caractérisée comme un privilège accordé par voie d'exception à la compétence que l'Etat aurait autrement été habilité à exercer mais qu'il décide de ne pas exercer afin de promouvoir la courtoisie et les relations internationales.

a) *L'immunité des Etats est issue de l'immunité accordée au dirigeant souverain*

Avant que le concept d'Etat-nation n'émerge, entre les quinzième et dix-septième siècles, l'autorité du dirigeant souverain était considérée comme suprême. Le souverain jouissait d'une immunité absolue devant ses propres tribunaux.⁴⁹ Par réciprocité, les dirigeants souverains ont plus tard étendu l'immunité aux souverains étrangers sur le fondement qu'il était illogique qu'ils fussent responsables de leurs actions devant les tribunaux étrangers alors qu'ils jouissaient d'une immunité totale devant leurs propres tribunaux internes.⁵⁰ Ici, l'immunité des Etats semble directement issue de l'immunité du dirigeant souverain, à l'époque où l'Etat et le souverain étaient identifiés. Cette théorie peut rendre compte de la raison pour laquelle l'immunité de l'Etat est parfois dénommée immunité *souveraine*, bien que le souverain d'un Etat (plus souvent appelé chef d'Etat) et l'Etat lui-même sont maintenant considérés comme deux entités séparées, faisant l'objet de règles différentes sur l'immunité. Cette théorie avance que l'immunité était historiquement conçue comme un moyen d'empêcher le souverain d'engager sa responsabilité par ses actions, soit l'idée que « le pouvoir du souverain n'est pas susceptible de limitation juridique. »⁵¹ De ce point de vue, l'immunité équivaut à l'impunité.⁵²

b) *L'immunité des Etats comme droit de l'Etat étranger en droit international*

La seconde théorie se concentre beaucoup plus sur le lien entre l'immunité des Etats et l'égalité souveraine entre les Etats. L'égalité souveraine ou la souveraineté étatique formaient la base du droit international et des relations internationales à la suite de la Paix de Westphalie en 1648, moment où le concept d'Etat-nation commença à se développer. Chaque Etat était considéré comme ayant un contrôle et une compétence exclusifs sur les affaires à l'intérieur de son propre territoire. Dans leurs relations entre eux, les Etats étaient considérés comme indépendants et égaux, bien qu'en réalité, en raison de l'industrialisation et du colonialisme, les puissances européennes dominaient la communauté internationale.⁵³ A la suite de la décolonisation, les Etats nouvellement indépendants se sont également prononcés en faveur de la souveraineté étatique afin de protéger leurs frontières territoriales.

⁴⁷ Voir *Al-Adsani c. Royaume Uni*, requête n°35763/97, 2001, para. 54.

⁴⁸ Voir Fox, *supra* note 37, p. 28.

⁴⁹ Voir *Ex parte Pinochet R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No. 3)* [2000] I AC 147, p. 16 ; voir aussi Andrea Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10(2) Euro. J. Int'l L. 237 – 278 (1999), p. 262.

⁵⁰ Voir Malcolm N. Shaw, *INTERNATIONAL LAW*, (Fourth Edition, Cambridge University Press, 1997), p. 492.

⁵¹ Gamal Moursi Badr, *STATE IMMUNITY: AN ANALYTICAL AND PROGNOSTIC VIEW* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Lancaster 1984), p. 74 (citant Lord Wilberforce).

⁵² Voir Conclusion V(1).

⁵³ Voir Antonio Cassese, *INTERNATIONAL LAW*, (Oxford University Press, 2001), p. 28.

En consacrant la souveraineté étatique comme principe fondateur du droit international, cette seconde théorie postule que l'immunité des Etats s'est développée comme un corollaire essentiel afin de protéger la souveraineté des Etats. En reliant les origines de l'immunité des Etats à la souveraineté étatique, cette théorie présente l'immunité des Etats comme un droit fondamental des Etats en droit international. Les partisans de cette théorie s'appuient sur les lois nationales sur l'immunité des Etats qui prévoient habituellement un principe général d'immunité faisant l'objet d'exceptions énumérées.⁵⁴

L'idée selon laquelle les Etats bénéficient d'un droit fondamental à l'immunité des Etats en droit international en raison de sa relation étroite avec la souveraineté étatique a cependant été critiquée. Un universitaire fait remarquer que si l'immunité des Etats était réellement un droit fondamental inhérent à la souveraineté étatique, l'évolution vers une théorie restrictive de l'immunité des Etats aurait rencontré bien plus de difficultés.⁵⁵ Un autre avance un point de vue similaire en affirmant que :

« Le principe de l'égalité souveraine des Etats a toujours été un point central du droit international ; il ne résulte pas de ce principe qu'un Etat n'a jamais pu exercer sa compétence sur les activités d'un autre Etat. En fait, si le droit international imposait aux Etats d'accorder l'immunité absolue aux autres, cela serait incompatible avec un autre principe du droit international bien établi, la doctrine de la souveraineté internationale. »⁵⁶

c) *L'immunité des Etats comme exception à la compétence de l'Etat du for*

La troisième théorie consacre également la souveraineté étatique comme l'un des principes fondateurs du droit international mais n'accorde pas la même valeur à l'immunité des Etats. En vertu de cette théorie, l'immunité des Etats s'est plutôt développée comme une exception à la compétence « totale et absolue » que l'Etat du for était en principe habilité à exercer sur son propre territoire. Présenter l'immunité des Etats comme une exception à la compétence est logique : comme le note un commentateur, « un Etat étranger ne peut pas jouir de l'immunité sans l'existence préalable d'un ancrage juridictionnel pour établir la compétence du tribunal. »⁵⁷ Un certain nombre d'éminents universitaires soutiennent ce point de vue,⁵⁸ comme Rosalyn Higgins, Juge à la CIJ :

« Il est très facile d'élever l'immunité souveraine à un principe supérieur de droit international et de perdre de vue la réalité essentielle qu'il s'agit d'une exception à la doctrine générale de la compétence. Il s'agit d'une dérogation au principe général de souveraineté territoriale. C'est l'immunité souveraine qui constitue l'exception à la compétence et non pas la compétence qui est l'exception à la règle de base de l'immunité. Une exception aux règles générales relatives à la compétence ne devrait être accordée que lorsque le droit international l'impose, c'est-à-dire lorsqu'il en va de la

⁵⁴ Cependant, comme il sera dit dans la section suivante sur les règles de l'immunité des Etats en droit international, ces législations internes, qui sont une caractéristique commune des pays de *common law*, peuvent aller plus loin que le droit international. En conséquence, elles peuvent ne pas étayer cette théorie autant qu'il y paraît au premier abord.

⁵⁵ Lee Caplan, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, 97 *Amer. J. Int'l L.* 741 – 781 (2003), p. 754.

⁵⁶ Richard Garnett, *Should Foreign State Immunity be Abolished?* 20 *Aus. YB of Intl Law* 175 – 190 (1999), p. 177.

⁵⁷ Caplan, *supra* note 55, p. 754.

⁵⁸ Sir Ian Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*, 167 *Recueil des Cours* 113 – 284 (1980 - II), p. 215 (affirmant que l'immunité « opère par voie d'exception au principe dominant de la compétence territoriale. » [notre traduction]) ; Sir Robert Jennings, *THE PLACE OF THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF STATES IN INTERNATIONAL AND MUNICIPAL LAW* (Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes No. 108, 1987), p. 19 (cité dans Caplan, *supra* note 55, p. 749) (affirmant qu'en matière d'immunité des Etats, « la compétence territoriale est le principe dominant. » [notre traduction]).

justice et de la protection équitable des parties. Elle ne doit pas être accordée de plein droit. »⁵⁹

Dans l'affaire dite du *Mandat d'arrêt*, la République du Congo (RC) avait déposé une plainte contre la Belgique devant la CIJ, à la suite de l'émission d'un mandat d'arrêt à l'encontre du ministre des affaires étrangères de la RC par un juge belge.⁶⁰ La RC prétendait que la Belgique avait violé le principe de l'égalité souveraine en n'accordant pas l'immunité au ministre des affaires étrangères,⁶¹ affirmation que la majorité de la CIJ a confirmé. Cependant, dans leur opinion individuelle, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont exprimé leur désaccord avec la majorité en se fondant sur l'immunité comme exception à la compétence. S'ils étaient d'accord avec la conclusion de la majorité en faveur du principe de l'immunité, ils ont observé qu' : « il apparaît que l'immunité a une valeur en tant que telle, alors qu'en réalité, il s'agit d'une exception à la règle principale qui s'appliquerait autrement. »⁶² Ils ont eu recours à l'évolution vers l'immunité restrictive en droit civil⁶³ et aux développements en matière de compétence universelle en droit pénal international⁶⁴ pour démontrer le statut exceptionnel de l'immunité, notamment en matière de crimes internationaux.⁶⁵

Certains juges et universitaires en droit ont eu recours à l'interprétation de l'immunité des Etats comme exception à la compétence pour présenter l'immunité des Etats non pas comme une obligation de droit international, mais comme une question de dignité de l'Etat étranger, de courtoisie, de réciprocité et de relations internationales.⁶⁶ De ce point de vue, l'immunité s'est développée comme un privilège et se fonde sur la jurisprudence antérieure et la doctrine. Dans l'affaire classique en matière d'immunité des Etats, *Schooner Exchange c. McFaddon* jugée en 1812, la Cour suprême des Etats Unis a jugé que :

« Un souverain n'étant en aucun cas responsable envers un autre, et étant lié par les obligations de la plus haute importance de ne pas dégrader la dignité de sa nation en se plaçant ou en plaçant les droits de son souverain sous la compétence d'un autre, n'est censé pénétrer en territoire étranger qu'avec une autorisation expresse, ou avec l'assurance que les immunités appartenant à son statut de souverain indépendant, bien que non expressément stipulées, lui sont implicitement réservées et lui seront étendues. Cette parfaite égalité et cette indépendance absolue des souverains ainsi que l'intérêt commun les incitant à des relations mutuelles et à l'échange mutuel de bons procédés, ont donné lieu à un type d'affaires dans lesquelles tout souverain est censé renoncer à l'exercice d'une part de cette compétence territoriale exclusive et intégrale, qui est considérée comme l'attribut de chaque nation. »⁶⁷

⁵⁹ R. Higgins, *Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity*, 29 Neth. Int'l L. Rev 265 – 276 (1982), p. 271.

⁶⁰ Dans cette affaire, en 1998, une plainte pénale fut déposée par des citoyens congolais, dont un certain nombre résidaient en Belgique, à l'encontre de Yerodia Ndombasi *in absentia* pour violations graves des Conventions de Genève et crimes contre l'humanité. Le Juge Vandermeersch lança un mandat d'arrêt le 11 avril 2000, alors que Yerodia occupait le poste ministre des affaires étrangères de la République du Congo (RC). Le juge reconnut les implications politiques de l'émission d'un mandat contre un ministre des affaires étrangères en place mais décida de le faire au regard de l'importance de l'enquête pour recueillir des informations utilisables une fois que le ministre ne serait plus en fonction.

⁶¹ *Mandat d'arrêt*, supra note 41.

⁶² [Notre traduction] Opinion individuelle des Juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, para 71 (ci-après « Higgins *et. al.* (Mandat d'arrêt) »).

⁶³ *Mandat d'arrêt*, supra note 41, para 72.

⁶⁴ *Id.*, para. 73.

⁶⁵ *Id.*, para. 73-79.

⁶⁶ Adam C. Belsky, Mark Merva and Naomi Roht-Arriaza, *Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, 77 Calif. L. Rev. 365 – 415 (1989), p. 379 (« la renonciation n'était pas obligatoire, ni universelle ; l'Etat local pouvait la retirer dès qu'il choisissait d'exercer la plénitude de sa souveraineté territoriale. »).

⁶⁷ [Notre traduction] *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 US 116; 7 Cranch. 116 (1812), p. 137.

A l'époque du développement du droit international et des relations internationales, accorder l'immunité comme une question de privilège et de relations internationales répondait à une logique pratique. Entre le quinzième et le dix-septième siècles, les Etats interagissaient de façon minimale et préféraient généralement résoudre leurs conflits par la voie diplomatique plutôt que judiciaire.⁶⁸ Comme il a déjà été dit, au niveau interne, la plupart des Etats protégeaient leurs propres souverains et chefs d'Etat de leurs propres tribunaux en leur accordant l'immunité absolue. Il aurait été peu logique de protéger les souverains de leurs propres tribunaux mais de permettre qu'ils fussent exposés à des procédures judiciaires potentielles devant des tribunaux étrangers.

L'idée selon laquelle l'immunité des Etats était accordée comme exception à la compétence sur la base de la courtoisie internationale et des bonnes relations est étayée par le contraste entre la manière dont les Etats réglaient leurs litiges avec les Etats amis et les Etats ennemis. Historiquement, les tribunaux internes refusaient l'immunité aux Etats ennemis mais l'accordaient aux Etats amis ou alliés.⁶⁹ En effet, cette pratique a été et est toujours particulièrement évidente aux Etats Unis. Avant l'entrée en vigueur en 1976 de la Loi sur les immunités souveraines étrangères ([*Foreign Sovereign Immunities Act*], *FSIA*), le Département d'Etat américain ([*State Department*], ministère des affaires étrangères, NdT) décidait si un Etat étranger se verrait accorder l'immunité devant les tribunaux des Etats Unis. Plus récemment, une partie de ce pouvoir a été transférée à nouveau du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif avec l'introduction de la Loi sur l'anti-terrorisme et l'application effective de la peine de mort de 1996 (*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*), qui amende le *FSIA*. La section 221 prévoit que l'immunité ne sera pas accordée aux Etats qui soutiennent le terrorisme désignés par le Département d'Etat (actuellement Cuba, l'Iran, la Lybie, la Corée du Nord, le Soudan et la Syrie) :

« toute affaire (...) dans laquelle des dommages-intérêts sont demandés à un Etat étranger pour une atteinte à l'intégrité physique ou la mort causés par un acte de torture, une exécution extra-judiciaire, un sabotage d'aéronef, une prise d'otage ou la fourniture de soutien matériel ou de ressources (...) à un tel acte. »⁷⁰

De plus, le pouvoir exécutif décide toujours de l'applicabilité ou de l'existence de l'immunité d'un chef d'Etat étranger, comme l'illustre la récente affaire devant la Cour d'appel du *Seventh Circuit* (circonscription judiciaire, NdT) des Etats Unis décidant de l'immunité du Président chinois dans l'arrêt *Wei Ye v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*.⁷¹

En outre, en réponse à l'amendement du *FSIA* aux Etats Unis, l'Iran a réagi en adoptant une législation permettant « aux victimes iraniennes de l'ingérence des Etats Unis de poursuivre les

⁶⁸ Caplan, *supra* note 55, p. 754.

⁶⁹ Thomas H. Hill, *A Policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity*, 50 Ford. L. Rev. 155 – 238 (1981 - 82), p. 170.

⁷⁰ Le refus de l'immunité ne s'applique qu'aux citoyens américains cherchant à agir en justice. Pour les citoyens étrangers, les règles générales sur l'immunité s'appliquent. Voir aussi Lori F. Damrosch, *Enforcing International Law*, 269 Recueil des Cours 9 – 250 (1997).

⁷¹ *Wei Ye v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, 383 F. 3d 620 (7th Cir. 2004) (le tribunal a affirmé que : « cependant, le *FSIA* ne traite pas de l'immunité des chefs d'Etat étrangers. Le *FSIA* vise les Etats étrangers, pas leurs dirigeants. Le *FSIA* inclut dans la définition d'un Etat étranger la sub-division politique, établissement ou organisme, de l'Etat étranger mais ne mentionne pas les chefs d'Etat. Parce que le *FSIA* ne s'applique pas aux chefs d'Etat, la décision relative à l'immunité des chefs d'Etat étrangers continue de relever, comme avant 1976, du pouvoir exécutif. », para. 10. « Notre déférence au pouvoir exécutif est motivée par la prudence du pouvoir judiciaire que nous estimons nécessaire lorsque la conduite des affaires étrangères est impliquée. », para. 15. « Le pouvoir exécutif a allégué devant ce tribunal que permettre la signification d'un acte judiciaire est souvent perçu par les gouvernements étrangers et leurs chefs d'Etat « comme un affront à la dignité tant du dirigeant que de l'Etat. » Le pouvoir exécutif a aussi indiqué que « la potentialité de l'insulte est la même, que la signification de l'acte vise la visite du chef d'Etat lui-même ou la visite d'un dirigeant en qualité de représentant ou d'agent. », para. 20-21 [notre traduction]).

Etats Unis devant les tribunaux iraniens. »⁷² Ces évolutions suggèrent que certains Etats accordent l'immunité non pas en vertu de la conviction qu'ils y sont obligés en droit international en raison d'un droit fondamental de l'Etat étranger et de ses fonctionnaires à l'immunité, mais comme une pratique habituelle pour promouvoir la courtoisie et les relations internationales.

Que l'immunité résulte d'un droit fondamental, d'une exception à la compétence ou simplement d'une question de courtoisie internationale et de bonnes relations ne change rien au fait qu'il existe une pratique historique des Etats s'accordant mutuellement l'immunité absolue. Cependant, comme on le verra ci-dessous, la conception de l'immunité des Etats peut avoir un impact sur la question de savoir si elle peut être considérée comme ayant valeur de règle de droit international coutumier.

3. Existe-t-il un principe d'immunité des Etats en droit international ?⁷³

Bien que les Etats jouissent habituellement d'une immunité absolue devant les tribunaux d'un autre Etat, de nombreux Etats ont abandonné cette pratique pour plusieurs raisons. L'une des premières motivations pour écarter l'immunité dans certaines circonstances était liée à la croissance du commerce international au vingtième siècle,⁷⁴ lorsque, par souci d'équité envers les parties privées contractant avec un Etat, l'immunité était écartée afin de permettre aux parties de régler leurs litiges commerciaux. Les évolutions au niveau national admettant des cas où les gouvernements n'étaient pas protégés par l'immunité contre les actions civiles devant leurs propres tribunaux ont pu également être à l'origine d'une approche similaire à l'égard des Etats étrangers. Comme nous le verrons à la fin du présent Rapport, d'autres protections juridictionnelles ont été considérées comme répondant de façon appropriée aux préoccupations relatives à l'introduction de poursuites à l'encontre d'un Etat étranger, comme, par exemple, la doctrine du *forum non conveniens* et de l'acte d'Etat. Le retour à la primauté de l'autorité juridictionnelle de l'Etat du for au lieu de l'application automatique de l'immunité a également contribué à cette évolution en faveur d'une approche restrictive de l'immunité des Etats, de même que l'augmentation des cas où les Etats renoncèrent volontairement à l'immunité.⁷⁵

Jusque très récemment, aucun accord international n'existait sur l'immunité des Etats et très peu d'Etats avaient ratifié les accords régionaux tels que la Convention européenne sur

⁷² Keith Sealing, "State Sponsors of Terrorism" Is a Question, Not an Answer: The Terrorism Amendment to the FSIA Makes Less Sense Now Than It Did Before 9/11, 38 Tex. Int'l L.J. 119 – 144 (2003), p. 121 ; *Iran MPs cry "Down with America", approve lawsuits against United States*, 1 November 2000, Agence France Presse (« Le parlement progressiste iranien a approuvé mercredi la nouvelle législation qui permettra à tout Iranien « victime d'une ingérence des Etats Unis » de poursuivre les Etats Unis en dommages intérêts (...) Aux cris retentissant dans la Chambre « A bas l'Amérique », les parlementaires ont adopté à une large majorité la loi en seconde lecture, en représaille après que Washington a déclaré que les biens iraniens gelés seraient utilisés pour indemniser les victimes américaines de ce qu'il désigne comme le terrorisme soutenu par l'Iran dans les années 1980. » [notre traduction].

⁷³ Voir Lord Denning dans *Trendtex Trading Corp v Central Bank of Nigeria* [1977] 1 All ER 881, [1977] 1 QB 529, p. 558 (déclarant que les Etats membres de l'Union européenne et les tribunaux nationaux de ces Etats avaient l'obligation d'« harmoniser le droit relatif à l'immunité souveraine dans la Communauté », cité dans Fox *supra* note 37, p. 72, traitant des difficultés des tribunaux, dans leur évolution vers une doctrine restrictive de l'immunité, en prise « avec la nature de la preuve requise pour établir ce que le droit international exige en matière d'immunité d'un Etat devant les tribunaux nationaux d'un autre Etat. » [notre traduction].

⁷⁴ Badr, *supra* note 51, p. 18.

⁷⁵ Voir Peter D. Trooboff, *Foreign State Immunity: Emerging Consensus of Principles*, 200 Recueil Des Cours 235 – 432 (1986), pp. 266-268.

Immunité e. responsabilité

l'immunité des Etats. En conséquence, l'immunité des Etats est parfois présentée comme une règle de droit international coutumier. Cependant, comme il sera montré ci-dessous, il n'est pas certain que l'immunité des Etats atteigne même les acceptions traditionnelles du droit international coutumier.

a) Un principe de droit international coutumier ?

Pour qu'une règle soit considérée comme ayant valeur de « droit international coutumier », le statut de la CIJ requiert deux éléments : d'une part, la preuve d'une pratique étatique générale et cohérente et d'autre part, l'*opinio juris*, la preuve de la conviction des Etats qu'ils se conforment à une obligation juridique.⁷⁶

En droit international traditionnel, il était accordé une grande importance à la pratique des Etats comme preuve du droit international coutumier.⁷⁷ A cet égard, un grand nombre d'Etats ont cessé d'accorder l'immunité absolue aux Etats étrangers et sont passés à une pratique dans laquelle l'immunité est limitée par des exceptions énumérées ou d'application circonscrite par des circonstances spécifiques. Cependant, il n'est possible d'identifier une pratique étatique générale et cohérente sur l'immunité qu'en abstraction.⁷⁸ Aucun Etat n'a complètement abandonné la pratique de l'immunité, mais lorsqu'il s'agit d'essayer en fait d'identifier des règles claires, l'opération devient significativement plus difficile. D'abord, il apparaît une division dans la pratique entre les pays monistes et dualistes.⁷⁹ De nombreux pays dualistes, tels l'Australie, le Canada, la Malaisie, le Pakistan, l'Afrique du Sud, le Royaume Uni et les Etats Unis considèrent l'immunité comme une question interne relevant de la législation nationale sur l'immunité des Etats.⁸⁰ A l'exception de l'Argentine, qui a également une législation interne sur l'immunité des Etats, la plupart des pays monistes limitent l'immunité à travers leur pratique judiciaire. Au contraire des pays dualistes, comme il le sera montré ci-après, les tribunaux des pays monistes tendent à situer les règles sur l'immunité des Etats en droit international.

Il est souvent fait référence à un principe général d'immunité des Etats faisant l'objet d'exceptions spécifiques. Il s'agit de l'approche adoptée par un certain nombre de pays dualistes dans leur législation interne sur l'immunité des Etats. A la suite de ces législations, des expressions telles que « l'exception commerciale » et « l'exception de la responsabilité civile (*tort*) » sont des abréviations entrées dans le langage courant. Cependant, il n'est pas certain que le droit international admette également ce cadre. Plutôt que de contenir un principe général, il semble que le droit international ne reconnaisse que des domaines spécifiques auxquels s'applique l'immunité. Ceci s'accorde avec la position présentée ci-dessus, selon laquelle l'immunité est considérée comme une exception à la compétence plutôt que comme un principe général soumis à exceptions. Cependant, le contenu de chaque « exception » varie considérablement d'un Etat à l'autre, de même que les critères appliqués pour décider si un acte particulier tombe ou non dans cette définition. Par exemple, dans certains Etats, comme les Etats Unis, les tribunaux examinent la nature de l'acte en question

⁷⁶ Article 38(1)(b) du Statut de la Cour internationale de justice.

⁷⁷ Voir Anthea Elizabeth Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 Amer. J. Int'l L. 757 – 791 (2001).

⁷⁸ Caplan *supra* note 55, p. 761 (à propos du développement de « réponses globalement similaires qui sont décrites collectivement sous la rubrique de la « théorie restrictive de l'immunité de l'Etat étranger ». Un examen plus approfondi des détails de ces différentes approches de l'immunité de l'Etat étranger (...) montre, cependant, qu'un consensus n'existe qu'à un assez haut niveau d'abstraction. » [notre traduction]).

⁷⁹ Damrosch *supra* note 70, p. 168 (au sujet du *FSIA*).

⁸⁰ Voir Fox *supra* note 37, pp. 124-125.

pour déterminer si l'Etat jouit de l'immunité, alors que dans d'autres Etats, tels que la France, les tribunaux considèrent le but de l'acte comme le facteur déterminant.⁸¹ Ces divergences révèlent l'absence d'uniformité dans la pratique nationale et judiciaire, contredisant ainsi l'affirmation selon laquelle le droit international coutumier continue de protéger l'immunité des Etats.⁸² Comme l'affirme un commentateur, « il est maintenant presque impossible de parler de droit international coutumier pour l'immunité des Etats compte tenu des divergences au sein de la pratique des Etats. L'immunité n'est en fait devenue guère plus qu'une sous-division du droit interne de chaque Etat. »⁸³

En ce qui concerne l'élément de l'*opinio juris* du droit international coutumier, comme il a déjà été dit ci-dessus, l'histoire de l'immunité des Etats rend difficile de savoir avec certitude si les Etats accordent l'immunité en vertu d'une règle de droit international impérative ou simplement au nom de la courtoisie et des relations internationales.⁸⁴ Comme l'énonce la CIJ dans les Affaires *Plateau continental de la mer du Nord* :

« Les Etats impliqués doivent dès lors penser qu'ils se conforment à une obligation juridique. La fréquence, voire le caractère habituel des actes, n'est pas suffisant en soi. Il y a de nombreux actes internationaux, par exemple, dans le domaine du cérémonial et du protocole, qui sont accomplis presque invariablement mais qui ne sont motivés que par des considérations de courtoisie, de convenance ou de tradition et non par un sens du devoir juridique. »⁸⁵

Dans les Etats ayant une législation interne sur la question, il n'est pas certain que la législation nationale fût adoptée en référence au droit international.⁸⁶ Un universitaire affirme que le droit international ne requiert que les Etats accordent l'immunité que pour les actes qui « bénéficient collectivement à la communauté des nations. » Il remarque que si les actions d'un Etat nuisaient aux relations inter-étatiques, tout droit interne sur l'immunité des Etats serait incompatible avec le droit international. Pour illustrer son propos, il prend pour exemple des affaires impliquant « le meurtre, la torture ou les représailles à l'encontre de citoyens de l'Etat du for. » L'immunité pour de tels actes ne résulterait que du droit interne, non du droit international.

De même que dans l'approche des Etats Unis de l'immunité des Etats, tant historiquement qu'à la suite de l'amendement du *FSIA*, l'absence de cohérence dans la pratique des Etats et de conviction que les Etats agissent en vertu du droit international peut également refléter une situation de *realpolitik*. Bien que le droit international considère que tous les Etats sont égaux, la réalité révèle des déséquilibres significatifs. Au delà des actes commerciaux, les Etats moins

⁸¹ Caplan *supra* note 55, p. 761.

⁸² Voir Alexander Orakhelashvili, *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, 15 *Leiden Journal of Intl Law*, 703 – 714 (2002).

⁸³ Richard Garnett, *Should Foreign State Immunity be Abolished?* 20 *Aus. YB of Intl Law* 175 – 190 (1999), p. 175.

⁸⁴ Alexander Orakhelashvili *State Immunity and International Public Order*, 45 *German YB of Intl Law*, 227 – 267 (2002), p. 249.

⁸⁵ [Notre traduction] Affaires *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, CIJ Recueil, 1969, para. 77.

⁸⁶ Orakhelashvili, *supra* note 84, p. 247 (affirmant qu' « il n'y a guère de preuve convaincante que les Etats aient adopté leur législation sur l'immunité étatique dans la croyance d'une obligation internationale. » [notre traduction]). Cependant, le *Lord Chancellor* [principal conseiller juridique de la Couronne – NdT] a décrit l'objectif du *State Immunity Bill* au Royaume Uni ainsi : « il va codifier et, je pense, apporter une plus grande certitude dans un domaine où cela est nécessaire et va mettre notre droit sur l'immunité des Etats en conformité avec la pratique internationale actuelle. » [notre traduction]), House of Lords, *Hansard*, Vol. 388, col. 59 (cité dans Fox, *supra* note 37, p. 130) ; voir également R.C.R. Siekmann, *Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1981 – 1982*, 14 *Neth. Y.B. Int'l L.* 245 – 339 (1983), p. 252 (présentant l'immunité des Etats comme une règle du droit international mais faisant état des divergences qui existent sur la question de savoir si l'immunité des Etats est une règle générale en droit international ou seulement applicable dans des circonstances spécifiques).

Immunité c. responsabilité

puissants peuvent accorder l'immunité à des Etats étrangers afin d'éviter des difficultés politiques, même lorsqu'ils ne jouissent pas eux-mêmes d'immunité devant les tribunaux étrangers. Dans le domaine des immunités et de la compétence universelle, l'impact de la décision de la CIJ dans l'affaire *Mandat d'arrêt* et de la pression significative que les Etats Unis et Israël ont fait peser sur la Belgique à la suite de plaintes pénales à l'encontre de leurs fonctionnaires de haut rang a constitué l'un des facteurs les plus importants dans les décisions consécutives d'amender le droit belge. Ces amendements ont, entre autres, introduit des dispositions sur l'immunité là où il n'en existait aucune auparavant.⁸⁷

b) Les accords au niveau international

Antérieurement à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ouverte à la signature en janvier 2005, très peu d'accords sur l'immunité des Etats avaient été conclus au niveau international et aucun ne traitait de la question de manière exhaustive.

La Convention européenne sur l'immunité des Etats (habituellement désignée comme la Convention de Bâle) a illustré la première tentative multilatérale de légiférer sur l'immunité des Etats.⁸⁸ Le Préambule de la Convention dispose que : « se manifeste dans le droit international une tendance à restreindre les cas dans lesquels un Etat peut invoquer l'immunité devant les tribunaux étrangers. » Le Chapitre I de la Convention décrit alors les cas où un Etat ne peut prétendre à l'immunité de juridiction d'un autre Etat contractant, lesquels correspondent principalement à des actes commerciaux et des dommages causés par l'Etat étranger dans l'Etat du for.⁸⁹ Il convient de noter que l'article 33 dispose que « Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux autres accords internationaux conclus ou à conclure et qui, dans des matières particulières, traitent de questions faisant l'objet de la présente Convention. » Comme la Convention de Bâle est entrée en vigueur douze ans avant la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984, la question du maintien de l'application de la Convention de Bâle aux actions civiles pour torture à l'encontre d'Etats étrangers se pose. Le cadre de la Convention de Bâle a servi de modèle pour de nombreuses lois internes postérieures sur l'immunité des Etats en posant un principe général d'immunité des Etats soumis à des exceptions énumérées. Cependant, au moment de la rédaction du présent Rapport, seuls huit Etats ont ratifié cette Convention (l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Luxembourg, les Pays Bas, la Suisse, le Royaume Uni).

Un nombre significatif de traités bilatéraux ont été conclus entre Etats sur la question de l'immunité. La plupart étaient relatifs à des arrangements commerciaux et à l'immunité des biens de l'Etat au stade de l'exécution.⁹⁰ au-delà des traités bilatéraux, un grand nombre

⁸⁷ Voir Stefaan Smis and Kim van der Borgh, Introductory Note to Belgium's Amendment to the Law of June 16, 1993 (As Amended by the Law of February 10, 1999) Concerning the Punishment of Grave Breaches of Humanitarian Law, 42 I.L.M. 740 (2003); Sean D. Murphy (ed.), *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: International Criminal Law: U.S. Reaction to Belgian Universal Jurisdiction Law*, 97 Amer. J. Int'l L. 984 – 987 (2003); *Belgium's Amendment to the Law of June 15, 1993 (As Amended by the Law of February 10, 1999 and April 23, 2003) Concerning the Punishment of Grave Breaches of Humanitarian Law*, 42 I.L.M. 1258 – 1270 (2003).

⁸⁸ Convention européenne sur l'immunité des Etats, Bâle, 16 mai 1972.

⁸⁹ Les violations du droit international des droits de l'homme ne sont pas traitées, bien que l'article 11 dispose qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité « 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. »

⁹⁰ James Crawford, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, 75 Amer. J. Int'l L. 820 – 869 (1981) (à propos des accords bilatéraux. Il recense quatorze traités « d'amitié, commerciaux et maritimes » négociés par les Etats Unis avant qu'ils n'adoptent une politique officielle sur l'immunité et vingt-neuf traités négociés par l'Union soviétique. Cependant, il met en garde contre l'adoption de conclusions définitives sur la pratique des Etats à partir de ces traités bilatéraux, lesquels peuvent ne constituer que des renonciations à l'immunité par l'Etat du for au nom de la courtoisie et des relations internationales.)

d'accords sur l'immunité ont été conclus sur les biens des Etats. L'immunité était habituellement écartée concernant les bateaux militaires et les navires possédés et/ou utilisés en qualité souveraine exclusivement et à titre commercial. L'immunité a généralement été admise en matière d'environnement et de responsabilité civile pour des dommages nucléaires et liés à l'aviation.

Des projets de codification ont été également engagés au niveau gouvernemental.⁹¹ La plupart traite de l'immunité en fonction des différentes fonctions de l'Etat, en distinguant entre ce qui est considéré comme les actes « privés » et « publics » de l'Etat.⁹² Durant ces sept dernières années, le Conseil de l'Europe a mené une analyse comparative des droits sur l'immunité des Etats à partir des présentations faites par les Etats. Le rapport final doit être publié cette année.⁹³ Un certain nombre d'autres projets de codification non-gouvernementaux ont été entrepris. Bien que de nombreux domaines substantiels se recoupent, les projets ont différé sur le point de savoir si l'immunité des Etats est considérée comme le point de départ ou comme une exception à la compétence de principe. Par exemple, le projet de convention sur l'immunité des Etats de l'*International Law Association* adopte un cadre similaire à celui des législations internes en prévoyant un principe général d'immunité soumis à des exceptions énumérées.⁹⁴ Au contraire, l'Institut de droit traite de la question dans une perspective opposée, en présentant les cas où les tribunaux internes sont compétents pour connaître des litiges contre l'Etat étranger.⁹⁵ Aucun des projets de codification étudiés ne traite de la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux.

La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005.⁹⁶ L'Assemblée générale a d'abord proposé que

⁹¹ Par exemple, Le Code de Bustamante, Convention sur le droit international privé de 1928, adopté par l'Acte final de la Sixième conférence internationale des Etats américains, en 1928, à la Havane ; voir aussi *League of Nations Sub-Committee on Competence of the Courts in Regard to Foreign States* in Shabtai Rosenne, THE LEAGUE OF NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS FOR THE PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW (1925-1928) (Dobbs Ferry, NY, Oceana Publications, 1972); Harvard Research, *Competence of Courts in regard to Foreign States*, 26 Amer. J. Int'l L. (1932) Supplement, 455.

⁹² Par exemple, Rapport final du Comité juridique consultatif asiatique et africain [*Asian/African Legal Consultative Committee's Final Report*] de 1968, in Marjorie Whiteman, 9 DIGEST OF INTERNATIONAL LAW, (Washington D.C. United States Government Printing Office, 1968) (au paragraphe 4, le Comité observe qu' : « une distinction devrait être faite entre les différents types d'activité de l'Etat et l'immunité des Etats étrangers ne devrait pas être accordée à l'égard de leurs activités qui peuvent être désignées comme commerciales ou de nature privée. »[notre traduction]), pp. 572-574 (Rapport final de son Comité sur l'immunité des Etats concernant les transactions commerciales et de caractère privé [*Final Report of its Committee on Immunity of States in respect of Commercial and Other Transactions of a Private Character*]) ; Article 3 du Projet de convention inter-américaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats, Organisation des Etats américains, approuvé par le Comité juridique inter-américain le 21 janvier 1993 (disposant qu' « un Etat jouit de l'immunité de juridiction pour les actes accomplis en vertu de ses pouvoirs gouvernementaux. »[notre traduction]).

⁹³ Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CADHI), *Projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des Etats concernant les immunités des Etats - Rapport analytique*, (CADHI, 30^{ème} réunion, Strasbourg, 19-20 septembre 2005). Rapport actuellement restreint.

⁹⁴ Projet de Convention sur l'immunité des Etats de l'*International Law Association* de 1982 [*Draft Convention on State Immunity*], 22 ILM 287 (1983) (l'article II prévoit une immunité générale des Etats étrangers, sauf pour les exceptions énumérées de la renonciation, des contrats commerciaux, des biens de l'Etat étranger, de la propriété intellectuelle ou industrielle, de l'appropriation de biens en violation du droit international et de la mort, l'atteinte à l'intégrité physique ou le dommage causé aux biens commis en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat du for).

⁹⁵ Institut de droit international, *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Session de Bâle – 1991, disponible à <http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_03_fr.PDF> (dernière visite le 12 septembre 2005) (L'article 2 dispose que les tribunaux internes sont compétents pour les transactions commerciales, les différends juridiques nés de rapports à caractère de droit privé, les contrats de travail, les rapports fondés sur des éléments de bonne foi et de confiance, et la mort ou l'atteinte à l'intégrité physique commises dans l'Etat du for ; l'article 2(3) précise les facteurs indicatifs de l'incompétence de l'Etat du for pour connaître du litige, notamment « la relation entre l'objet du différend et la légalité des opérations de l'Etat défendeur au regard du droit international public », « la relation entre l'objet du différend et la légalité des actes législatifs et administratifs internes de l'Etat défendeur au regard du droit international public » et « pour enquêter sur le contenu ou la mise en oeuvre des politiques de l'Etat défendeur en matière de relations extérieures, de défense nationale ou de sécurité publique »).

⁹⁶ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, cinquante-cinquième session, 2 décembre 2004.

Immunité e. responsabilité

la Commission du droit international mène une étude des immunités juridictionnelles des Etats en 1977 et la Convention est le résultat de décennies de négociations inter-étatiques, ce qui montre la difficulté d'atteindre un consensus sur cette question. Trente Etats doivent ratifier la Convention pour qu'elle entre en vigueur. Jusqu'ici, l'Autriche, la Belgique, le Maroc, le Portugal et le Royaume Uni⁹⁷ ont signé la Convention.

La Convention des Nations Unies ne s'applique pas aux procédures pénales car les Etats parties craignaient qu'une telle inclusion génère un conflit entre le devoir de poursuivre certains crimes en droit international et l'immunité des fonctionnaires d'un Etat.⁹⁸ En vertu de l'article 3, la Convention des Nations Unies ne concerne pas l'immunité diplomatique et consulaire, les « missions auprès des organisations internationales » ni, de manière assez ambiguë, « [l]es personnes qui y sont attachées » ainsi que l'immunité *ratione personae* d'un chef d'Etat.

L'article 5 prévoit un principe général d'immunité auquel s'appliquent des exceptions énumérées. Ces exceptions incluent les transactions commerciales,⁹⁹ les contrats de travail,¹⁰⁰ les atteintes à l'intégrité physique d'une personne et les dommages aux biens qui se sont produits « en totalité ou en partie, sur le territoire » de l'Etat du for,¹⁰¹ et les accords d'arbitrage.¹⁰² L'article 5 comportait à l'origine une disposition soumettant les termes de la Convention aux « règles applicables du droit international ». Cette disposition visait à permettre des évolutions postérieures, notamment la possible clarification de la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux.¹⁰³ Cependant, elle fut supprimée par la suite en raison des craintes des Etats parties que cela ne permette la création d'exceptions unilatérales.

Un certain nombre de questions demeurent incertaines dans la Convention. D'abord, la définition de l'Etat semble beaucoup plus large que celle normalement prévue en droit international. L'article 2(1)(b)(iv) inclut « les représentants de l'Etat agissant à ce titre » dans la définition de l'Etat, contrairement à d'autres individus mentionnés tels que les diplomates et les chefs d'Etat qui en sont expressément exclus.¹⁰⁴ Cependant, l'Etat et ses fonctionnaires font l'objet de règles distinctes sur l'immunité. Les tentatives d'étendre le champ de l'immunité des Etats aux fonctionnaires, notamment en matière de grave crimes internationaux, semble incompatible avec le droit international et la pratique.¹⁰⁵

Plus particulièrement, concernant le propos du présent Rapport, la Convention ne précise pas comment ses termes s'appliquent aux graves crimes internationaux. L'article 26 dispose que les « droits et obligations que pourraient avoir les Etats Parties en vertu d'accords internationaux en vigueur auxquels ils seraient parties, traitant de questions faisant l'objet de la convention » ne seront pas affectés. Cette disposition inclut probablement les obligations des Etats en droit

⁹⁷ 16 Etats (l'Autriche, la Belgique, la Chine, la Finlande, l'Islande, Madagascar, le Maroc, la Norvège, le Paraguay, le Portugal, la Roumanie, le Sénégal, la Slovaquie, la Suède, le Timor Oriental, le Royaume Uni) ont signé la Convention (au 11 novembre 2005).

⁹⁸ Mr. Reuter and Mr. Ushakov, Year Book of the International Law Commission (1986) vol I, 1943rd Meeting, 7 May 1986, para. 30 et para. 56 (cité dans Fox, *supra* note 37, p. 222).

⁹⁹ Article 10.

¹⁰⁰ Article 11.

¹⁰¹ Article 12.

¹⁰² Article 17 ; articles 13-16 (prévoyant également des exceptions relatives à certains biens de l'Etat).

¹⁰³ Assemblée générale, *Rapport du Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (1^{er}-5 mars 2004), A/59/22 ; voir aussi Fox, *supra* note 37, p. 227.

¹⁰⁴ Assemblée générale, *Id.*

¹⁰⁵ Voir Jones *supra* note 206.

international des droits de l'homme et humanitaire. Bien que l'article 12 exclue les atteintes à l'intégrité physique d'une personne et les dommages aux biens, il limite l'exception aux actes ou omissions commis sur le territoire de l'Etat du for et requiert la présence de l'auteur au moment des actes ou omission.

Le Groupe de travail sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens a soulevé la question de la relation entre l'immunité et les normes ayant valeur de *jus cogens*, notamment l'interdiction de la torture, indiquant qu'elle devrait être examinée.¹⁰⁶ Cependant, dans son rapport à la Sixième commission de l'Assemblée générale, le Groupe de travail a expliqué que comme la relation entre les deux domaines du droit était en évolution, la Convention, en tant que projet de codification, ne semblait pas le cadre le plus approprié pour traiter de cette question.¹⁰⁷ A la connaissance de REDRESS, cette question n'a pas été davantage examinée.

Il convient de noter que, alors que la Convention était toujours à l'état de projet, le Président du Comité contre la torture, lors de son examen du droit canadien sur l'immunité des Etats, a considéré que les termes de la Convention n'empêcheraient pas le Canada d'adopter une exception à l'immunité des Etats pour les affaires de torture. Le Président a observé que :

« Comme contre-mesure permise en droit international public, un Etat peut retirer l'immunité d'un autre Etat – une action permise pour répondre à la torture commise par cet Etat. Il n'y avait pas de règle impérative de droit international général empêchant les Etats de retirer l'immunité à des Etats étrangers dans des affaires de demande de réparation de torture. »¹⁰⁸

¹⁰⁶ Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session*, 1999, A/54/10, *Annexe : Rapport du Groupe de travail de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, para. 1-13, disponible à : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/254/43/PDF/N9925443.pdf?OpenElement> (dernière visite le 12 septembre 2005).

¹⁰⁷ Assemblée générale, Sixième commission, *Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens : rapport du Président du groupe de travail*, 1999, A/C.6/54/L.12, para. 46-48.

¹⁰⁸ [Notre traduction] Comité contre la torture, *Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting*, 6 May 2005, CAT/C/SR.646/Add.1, para. 67. L'article 49 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *supra*, note 12, définit les contre-mesures comme limitées « à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'Etat prenant les mesures envers l'Etat responsable. » Cependant, comme il a été vu à la partie II du présent Rapport, il n'est pas certain que l'Etat du for ait l'obligation internationale d'accorder l'immunité à un Etat étranger. Pour davantage d'éléments sur le domaine et l'application des contre-mesures, voir Chapitre II du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat et les commentaires correspondants.

IV. Les tentatives de traiter de la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux

Le droit de l'immunité des Etats et l'interdiction de la torture et d'autres graves crimes internationaux ont évolué séparément et, même maintenant, il n'existe que très peu d'analyse et de commentaire sur leur relation. En conséquence, dans le petit nombre d'affaires dans lesquelles un Etat étranger a été poursuivi pour de graves crimes internationaux, les tribunaux internes ont divergé dans leur analyse de l'application de l'immunité des Etats et dans leur conclusion. Dans les pays dualistes, la législation interne a généralement dicté l'approche à adopter vis-à-vis des plaintes à l'encontre d'un Etat étranger. Comme la plupart des tribunaux considèrent que la législation interne constitue un « code exhaustif » de l'immunité des Etats, les tentatives de poursuivre des Etats étrangers ont été généralement vaines en raison de l'absence d'une exception des droits de l'homme explicite et du refus des tribunaux internes d'interpréter les exceptions énumérées comme applicables aux affaires de torture ou d'autres graves crimes internationaux commis en dehors de l'Etat du for.

Au contraire, les tribunaux internes de certains pays monistes ont jugé que tant l'immunité des Etats que les normes atteignant le statut de *jus cogens* telles que l'interdiction de la torture constituent des règles de droit international. Comme il sera montré, ce raisonnement a été adopté dans deux affaires en Italie et en Grèce où les tribunaux ont refusé l'application de l'immunité à des affaires relatives à des violations du *jus cogens*. Cependant, même dans ces affaires, les critères applicables pour résoudre la relation entre ces deux domaines du droit diffèrent, la Cour Suprême italienne insistant sur la théorie de la hiérarchie des normes ou sur l'argument « carte maîtresse » et la Cour suprême grecque appliquant le critère de la renonciation implicite.

1. L'immunité en matière d'actes commerciaux

Très généralement, l'immunité des Etats couvre les actes *jure imperii* (les actes de nature publique, gouvernementale ou souveraine) mais ne s'étend pas aux actes *jure gestionis* (les actes qui ne relèvent pas exclusivement ni intégralement de la nature gouvernementale ou souveraine d'un Etat, mais qu'un agent privé pourrait accomplir). Cette distinction fut d'abord consacrée par les tribunaux belges et italiens au dix-neuvième siècle et correspond au premier abandon de la doctrine de l'immunité absolue.¹⁰⁹ Alors que le commerce international commençait à croître, l'application de l'immunité des Etats dans des litiges avec des parties privées fut de plus en plus considérée comme injuste, notamment parce que les deux parties avaient consenti à la transaction. En conséquence, l'immunité ne s'applique plus aux accords commerciaux dans lesquels l'Etat agit comme un « commerçant » et non en tant qu'« Etat indépendant et souverain », afin de placer les deux parties sur un terrain d'égalité.¹¹⁰

Comme il a déjà été dit, cependant, déterminer si l'acte d'un Etat est commercial ou public peut s'avérer difficile en pratique. Dans les échanges commerciaux complexes, en particulier, une transaction peut contenir des éléments des deux.¹¹¹ Les Etats ont développé divers

¹⁰⁹ Brownlie, *supra* note 28, p. 323.

¹¹⁰ Fox, *supra* note 37, p. 280.

¹¹¹ Fox, *supra* note 37, p. 292 (citant les arguments des Etats défendeurs dans l'affaire *International Tin* selon lesquels certains actes ne peuvent pas être directement divisés entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* car ils contiennent souvent des éléments des deux. Cet argument a été rejeté par le tribunal. Voir *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia and Others* [1984] AC 580, [1984] 2 WLR 750, [1984] 2 All ER 6, p. 10).

critères pour opérer cette distinction et, comme l'explique Lady Fox, prennent en compte un ou plusieurs des facteurs suivants :

- le fait qu'un Etat agisse comme « souverain » ou comme une personne juridique de droit privé ;
- la renonciation implicite de l'Etat étranger en faveur de la compétence de l'Etat du for de par l'engagement dans des relations contractuelles ;
- un acte qu'une personne privée peut accomplir ;
- la « nature » de l'acte ;¹¹²
- la « cause » de l'acte, de nature privée ou publique.¹¹³

Malgré les différences concernant le champ d'application, tant au niveau international qu'interne, il existe un consensus sur le principe que l'immunité ne s'applique pas aux affaires relatives à des activités commerciales. Dans certaines affaires, des violations des droits de l'homme peuvent avoir été commises au cours des activités commerciales d'un Etat ou avoir été commises en vue d'un avantage commercial. Les survivants de ces violations ont essayé d'alléguer que l'Etat étranger ne bénéficiait pas de l'immunité de juridiction devant le tribunal interne sur le fondement de l'« exception commerciale ». Cependant, cette approche a été généralement vaine.

Dans l'affaire *Princz v. Federal Republic of Germany*, la Cour d'appel des Etats Unis a considéré que le louage du plaignant à une entreprise privée pour travail forcé ne tombait pas dans le domaine de l'exception commerciale car les conditions de l'exception exigent un « effet direct » aux Etats Unis. Dans l'affaire de M. Princz, le louage et « les effets persistents consécutifs à une atteinte à l'intégrité physique subie à l'étranger »¹¹⁴ n'ont pas suffi à remplir la condition d'« effet direct » aux Etats Unis.¹¹⁵ Dans l'affaire *Saudi Arabia v. Nelson*, la Cour suprême des Etats Unis a considéré que l'exception commerciale ne s'appliquait pas aux allégations de torture de M. Nelson à la suite de son rapport sur la sécurité défectueuse d'un hôpital en Arabie Saoudite. La Cour Suprême s'est fondée sur la nature de l'acte et la division artificielle entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* pour juger que :

« La conduite correspond à un abus de pouvoir par la police du gouvernement saoudien et, aussi monstrueux cet abus soit-il indubitablement, l'exercice des pouvoirs de police par un Etat étranger a longtemps été considéré comme de nature typiquement souveraine dans le cadre de la théorie restrictive (...) L'exercice des pouvoirs de la police et des agents pénaux ne constitue pas le type d'action par lesquelles des parties privées s'engagent dans le commerce. »¹¹⁶

Plus récemment, les tribunaux canadiens, dans l'affaire *Bouzari v. the Islamic Republic of Iran*, ont considéré que l'exception commerciale ne s'appliquait pas, en dépit des faits de l'espèce dans laquelle M. Bouzari alléguait avoir été torturé à la suite de son refus d'accepter l'assistance du Président iranien dans un projet de pétrole et de gaz en échange d'une commission substantielle.¹¹⁷

¹¹² Ce critère est utilisé par la Suisse, l'Autriche, l'Allemagne, les Etats Unis et le Royaume Uni par exemple.

¹¹³ Fox, *supra* note 37, p. 272-302.

¹¹⁴ [Notre traduction] *Princz v. Federal Republic of Germany* 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994) *id.*, para. 6-7.

¹¹⁵ *Princz*, para. 6.

¹¹⁶ [Notre traduction] *Saudi Arabia, King Faisal Specialist Hospital and Rovspec, Petitioners v. Scott Nelson et ux*, 507 U.S. 349, 113 S.Ct. 1471, (U.S. Fla., 1993) ; voir aussi *Hwang Geum Joo, et. al v. Japan, Minister Yohei Kono, Minister of Foreign Affairs* (C.A.D.C., 27 June 2005) (refusant l'application de l'exception commerciale à l'immunité dans l'affaire des "femmes de confort").

¹¹⁷ *Bouzari v. Iran (Islamic Republic)* Ont. C.A. (2004).

2. L'immunité en matière de responsabilité civile (*torts*)

Le second domaine auquel il a été admis que l'immunité ne s'appliquait pas est celui de la responsabilité civile. Cette « exception » s'est développée sur deux fondements. En premier lieu, à travers le recours à la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, l'immunité ne s'appliquait qu'aux dommages causés au cours d'activités gouvernementales spécifiques. A cet égard, l'exemple classique cité pour distinguer entre les activités gouvernementales et non gouvernementales d'un Etat est celui du cas où un fonctionnaire renverse par négligence une personne alors qu'il se rendait en voiture à une réunion officielle au nom de l'Etat. Comme la conduite imprudente d'un véhicule à moteur ne correspond pas à des activités gouvernementales spécifiques, l'immunité ne serait pas applicable. En second lieu, les tribunaux des Etats Unis ont développé une exception à l'immunité fondée sur l'illégalité du délit civil.

Bien que la torture et les autres graves crimes internationaux semblent naturellement entrer dans l'« exception de la responsabilité civile » à l'immunité, deux facteurs ont limité l'application de cette « exception ». D'une part, certaines juridictions, surtout dans les pays de *common law*, exigent, pour que l'immunité ne s'applique pas, que la commission du délit civil ait lieu dans le territoire de l'Etat compétent. D'autre part, certains tribunaux distinguent entre la responsabilité civile « privée » et « publique ».

a) Commission du délit civil dans le territoire de l'Etat du for

Dans de nombreux pays de *common law*, pour que « l'exception de la responsabilité civile » s'applique, le délit civil doit avoir été commis par l'Etat étranger sur le territoire de l'Etat du for. Par exemple, si un individu souhaitait poursuivre le Royaume Uni devant les tribunaux canadiens, le Royaume Uni devrait avoir commis le dommage au sein du territoire canadien. Cette condition exclut de nombreuses affaires relatives à la torture ou à d'autres graves crimes internationaux où la violation est généralement commise sur le territoire de l'Etat étranger poursuivi.

Comme pour les actes commerciaux, des problèmes de définition se posent et les approches des Etats varient. Les différences sont généralement liées à « la portion » du délit civil qui doit être commise sur le territoire de l'Etat du for et à la question de savoir si le territoire ne correspond qu'au territoire géographique de l'Etat ou à d'autres zones sur lesquelles il a une quasi-compétence telles que les bateaux, les avions dans les mers internationales et les ambassades, ou sur lesquelles il exerce un contrôle *de facto*, telle la présence du Royaume Uni et des Etats Unis en Irak.¹¹⁸

La condition de territorialité peut aussi constituer une anomalie des tribunaux de *common law*. Dans la plupart des pays de droit romano-germanique, le tribunal détermine d'abord s'il est compétent pour connaître de l'affaire et examine ensuite si une immunité est applicable pour écarter la compétence de principe.¹¹⁹ Le lieu de la commission du délit civil n'entre en jeu qu'au moment de la détermination de la compétence et ne se pose plus au moment de la décision sur l'immunité.¹²⁰ Pour cette raison, le fait que, dans les affaires *Préfecture de Voiotia c.*

¹¹⁸ Xiaodong Yang, *State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions*, 74 B.Y.B. Int'l L. 333 – 408 (2003), p. 376.

¹¹⁹ Cependant, voir *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* 109 S Ct. 683 (1989) pour une illustration de la réunion de l'immunité et de la compétence par les tribunaux des Etats Unis qui considèrent le *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 comme le seul fondement de la compétence.

¹²⁰ Maria Gavouneli, *STATE IMMUNITY AND THE RULE OF LAW*, (Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens – Komotini 2001), p. 50.

République fédérale d'Allemagne et Ferrini c. République fédérale d'Allemagne, les violations aient respectivement eu lieu en Grèce et en Italie n'empêche pas l'application de ces décisions à des affaires où les violations du *jus cogens* ont eu lieu en dehors de l'Etat du for puisque, en ce qui concerne l'immunité, la portée des décisions n'est pas restreinte par la localisation du délit civil. Au contraire, le lieu de commission du délit civil n'a revêtu d'importance que pour la question de la compétence : en Grèce, *l'Areios Pagos* a exigé un lien entre la violation et l'Etat du for pour se reconnaître compétent ; en Italie, la *Corte di Cassazione* (Cour de cassation) a fondé sa décision sur la compétence universelle en matière de crimes internationaux.¹²¹ Une fois que les tribunaux sont passés à la question de l'immunité, la question du lieu du délit civil ne s'est plus posée.

b) *Responsabilité civile « publique » et « privée »*

La non-applicabilité de l'immunité vue jusqu'ici était relative à des cas où l'Etat agissait à titre privé ou commercial ; son rôle pouvait être comparé à celui d'un agent privé plutôt que celui d'un Etat spécifiquement. En revanche, la « responsabilité civile publique » renvoie directement aux préjudices causés par un Etat étranger agissant en qualité souveraine ou publique. Notamment lorsque ces préjudices sont liés à des violations du droit international, les tribunaux nationaux ne se sentent généralement pas à l'aise pour contrôler les actes publics des Etats étrangers.¹²²

En 2001, la CEDH a jugé trois affaires sur l'immunité des Etats : *Al-Adsani c. Royaume Uni*¹²³ (sur la torture) ; *Fogarty c. Royaume Uni*¹²⁴ (sur l'emploi) ; et *Mc Elhinney c. Irlande*¹²⁵. Dans *Mc Elhinney*, M. Mc Elhinney alléguait que la Cour suprême irlandaise avait violé son droit d'accès à la justice en vertu de l'article 6(1) de la CEDH en accordant l'immunité au Royaume Uni dans une affaire concernant les actions d'un soldat britannique qui avait essayé de tirer sur M. Mc Elhinney à la frontière de l'Irlande du Nord. La CEDH a confirmé la décision de la Cour suprême irlandaise au motif que le soldat avait agi dans le cadre de ses fonctions gouvernementales. En particulier, la Cour a jugé que :

« il semble exister en droit international et comparé une tendance à limiter l'immunité des Etats en cas de dommages corporels causés par un acte ou une omission survenus dans l'Etat du for, mais (...) cette tendance paraît 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. »¹²⁶

Les tribunaux italiens ont également confirmé l'immunité de l'Etat dans deux affaires concernant des activités militaires. D'abord, dans l'affaire *Cermis*, une action avait été intentée contre les Etats Unis pour des allégations de dommages sur la santé des citoyens italiens

¹²¹ Voir Pasquale de Sena and Francesca de Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, 16 Eur. J. Int'l L 89 – 112 (2005), p. 97.

¹²² Gavouneli, *supra* note 120, p. 76.

¹²³ *Al-Adsani c. Royaume Uni*, requête n°35763/97, 2001. Pour une description complète de cette affaire voir ci-dessous sur le *jus cogens*, 3(b).

¹²⁴ *Fogarty c. Royaume Uni*, requête n°37112/97, 2001.

¹²⁵ *McElhinney c. Irlande*, requête n°31253/96, 2001.

¹²⁶ *Id.*, para. 38.

causés par leur entraînement militaire sur le territoire italien.¹²⁷ Le tribunal a expliqué que le droit italien ne reconnaissait l'immunité des Etats dans les procédures civiles que pour les actes qui « constituent « l'exercice direct et immédiat » de la souveraineté d'un Etat étranger. » Le tribunal a affirmé que les activités militaires, en tant qu'actes *jure imperii*, entraînent dans cette catégorie et ouvraient donc droit à l'immunité. Il a conclu que « le caractère potentiellement dommageable des activités n'excluait pas en tant que tel le fait qu'il s'agissait d'activités souveraines (...) l'activité d'entraînement des forces armées dans une fonction défensive « représente un objectif public essentiel de l'Etat. »¹²⁸ Dans la seconde affaire, *Markovic*, le tribunal a confirmé l'immunité du Premier ministre et du ministre de la défense italiens pour les dommages collatéraux résultant des activités de l'OTAN dans l'intervention au Kosovo au motif que les activités d'un souverain en temps de guerre sont l'expression d'une « fonction politique » impliquant des « intérêts protégés. »¹²⁹

Il convient de noter que la *Corte di Cassazione* italienne¹³⁰ et l'*Areios Pagos* grec ont respectivement décidé que, en principe, un Etat étranger jouissait de l'immunité pour les actes *jure imperii* commis dans le cadre d'un conflit armé. Cependant, lorsque les violations ont la valeur de normes de *jus cogens*, l'immunité ne s'applique pas. Dans *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, M. Ferrini présenta une demande de réparation civile pour, selon ses allégations, sa capture et déportation d'Italie en Allemagne par les forces militaires allemandes durant la seconde guerre mondiale pour travaux forcés. Il avait d'abord essayé d'introduire une requête en indemnisation en Allemagne mais les tribunaux avaient rejeté sa demande aux motifs qu'elle ne répondait pas aux conditions de la législation nationale qui constituait la base exclusive de toute demande de réparation.¹³¹ En Italie, tant le tribunal de première instance que la cour d'appel ont reconnu que les violations constituaient des crimes de guerre mais ont considéré que l'immunité des Etats s'appliquait en qualifiant les actions de l'Allemagne d'actes souverains. La *Corte di Cassazione*, cependant, a infirmé le raisonnement des tribunaux inférieurs et a jugé que l'immunité ne s'étendait pas aux violations des règles de *jus cogens*, malgré leur nature souveraine.

De même, durant l'occupation allemande de la Grèce en 1944, les forces militaires allemandes avaient répondu aux attaques de ses forces par les combattants de la résistance en anéantissant presque toute la population civile du village de Distomo, en mesure de « châtimement. »¹³² En 1995, le préfet de Voiotia et les survivants et les parents des morts ont introduit une action civile contre l'Allemagne devant le tribunal de première instance de Livadia en Grèce. Dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, le tribunal a conclu que l'Allemagne n'avait pas droit à l'immunité car les actes en question constituaient des crimes de guerre et qu'en conséquence, ils ne pouvaient pas être considérés comme des actes souverains. Le tribunal a considéré qu'en tant que violations de normes de *jus cogens*, les violations constituaient une renonciation implicite en droit international et a ordonné à l'Allemagne de verser une indemnisation aux survivants et à leurs parents.¹³³ L'Allemagne a lors

¹²⁷ *Presidenza del Consiglio dei Ministri e al. / Federazione italiana lavoratori trasporti e al. ; Stati Uniti d'America / Federazione italiana lavoratori trasporti e al.*, Cour de Cassation italienne, 3 août 2000, 530/2000.

¹²⁸ Para. 6, [notre traduction].

¹²⁹ *Presidenza del Consiglio dei Ministri / Markovic e al.*, ordonnance n° 8157, 5 juin 2002, 85 *Rivista di diritto internazionale*, 2002.

¹³⁰ Voir De Sena and De Vittor, *supra* note 121, p. 98 (« Il n'y a aucun doute que les actions de l'Allemagne ont été accomplies dans le cadre d'activités en temps de guerre et correspondaient à l'exercice de pouvoirs souverains. »).

¹³¹ *Ferrini*, Bundesverfassungsgericht, 2 BVR 1379/01 vom 28.6.2004, Absatz-Nr. (1-45) Chambre de la Cour constitutionnelle allemande.

¹³² Elizabeth C. Handl, *Introductory Note to the German Supreme Court: Judgment in the Distomo Massacre Case*, 42 *ILM* 1027 - 1029 (2003), p. 1027.

¹³³ *Préfecture de Voiotia c. République Fédérale d'Allemagne*, affaire n°137/1997, Tribunal de première instance de Leivadia, 30 octobre 1997. Pour les faits de l'espèce, voir Ilias Bantekas, *Case report: Prefecture of Voiotia v. FRG*, 92 *Amer. J. Int'l L.* 765 (1998) ; Maria Gavouneli, *War reparation claims and state immunity*, 50 *Revue hellénique de droit international* 595, 1997.

fait appel devant l'*Areios Pagos* (Cour suprême) au motif qu'elle avait droit à l'immunité juridictionnelle. L'*Areios Pagos* a expliqué que « les crimes commis par les organes des forces d'occupation en abusant de leur pouvoir souverain écartaient l'immunité. »¹³⁴

Cependant, lorsque les survivants ont voulu faire exécuter le jugement, ils ont dû demander l'autorisation du Ministre grec de la justice en vertu de l'article 923 du Code grec de procédure civile. Le ministre a refusé d'autoriser l'exécution et les survivants ont lancé une procédure en exécution. En 2002, l'*Areios Pagos* a décidé que l'article 923 était conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 2(3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, en conséquence, le jugement ne fut pas exécuté.¹³⁵ Les survivants ont alors porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme au motif que l'inexécution du jugement de l'*Areios Pagos* par les autorités grecques et allemandes constituait une violation du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6(1). Toutefois, la CEDH a rejeté cette requête pour inadmissibilité.¹³⁶

Enfin, la Cour fédérale de justice allemande a jugé qu'elle n'était pas obligée de reconnaître la décision de l'*Areios Pagos* en Grèce. La Cour a considéré qu'en vertu des lois applicables sur la reconnaissance des jugements étrangers (le traité germano-grec sur la reconnaissance mutuelle et l'exécution des jugements, des Accords et documents publics en matières civiles et commerciales du 4 novembre 1961 et l'article 328 du Code de procédure civile allemand), les tribunaux allemands n'étaient tenus de reconnaître que les jugements pour lesquels le tribunal étranger était compétent.¹³⁷ Dans cette affaire, la Cour fédérale de justice a considéré que même si les actes de l'armée allemande étaient illégaux, ils constituaient cependant des actes *jure imperii*. La Cour a conclu que l'immunité des Etats s'appliquait donc à ces actes et que les tribunaux grecs n'étaient par conséquent pas compétents.¹³⁸

Il convient cependant de noter que toutes ces procédures n'étaient relatives qu'à l'immunité dans la phase d'exécution et n'affectent donc pas la décision de l'*Areios Pagos* sur l'immunité juridictionnelle. Cela dit, la position en Grèce sur l'application de l'immunité juridictionnelle dans des affaires de normes de *jus cogens* est maintenant incertaine. La Constitution grecque prévoit en son article 100(1F) une Cour suprême spéciale, cour *ad hoc* composée d'une combinaison de juges et de professeurs de droit, qui décide si les règles du droit international sont « généralement reconnues » et font partie du droit grec. Ses décisions ont pour effet que ces règles de droit international sont reconnues supérieures aux législations adoptées en vertu de l'article 28(1) de la Constitution. A l'occasion d'une autre affaire de réparation de guerre portée devant la première chambre de l'*Areios Pagos*, la première chambre a renvoyé l'affaire devant cette Cour suprême spéciale.¹³⁹ Par six voix contre cinq, la Cour suprême spéciale a jugé que « l'Allemagne jouissait de l'immunité sans restriction ni exception et ne pouvait donc être poursuivie devant un tribunal civil grec pour les dommages causés. » La Cour a fondé sa décision sur « une norme générale de droit international coutumier qui rendait inadmissible toute action à l'encontre d'un Etat étranger pour les tortures commises par ses forces

¹³⁴ [Notre traduction] Maria Gavouneli, and Ilias Bantekas, *Sovereign Immunity – Tort Exception – Jus Cogens Violations – World War II Reparations – International Humanitarian Law*, Amer. J. Int'l L. 198 - 204 (2001), p. 200 (traduisant le jugement de la cour en anglais). *Préfecture de Voiotia c. RFA*, affaire n°11/2000, *Areios Pagos*.

¹³⁵ Décision de la Cour suprême grecque, n°36/2002. 51 Nomiko Vima 856 (2003).

¹³⁶ *Kalogeropoulou et. al. c. Grèce et Allemagne*, (App. 59021/00).

¹³⁷ *Distomo*, Bundesgerichtshof (BGH), décision du 26 juin 2003, III ZR 245/98, publiée dans NJW 2003, 3488.

¹³⁸ Sabine Pittroff, *Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case*, 5(1) German Law Journal (January 2004).

¹³⁹ Ceci contraste avec l'article 100(1D) qui permet à la cour de contrôler les jugements contradictoires des tribunaux grecs. Ici, les décisions de l'*Areios Pagos* étaient relatives à deux aspects différents de l'immunité et ne pouvaient donc pas être contradictoires.

Immunité c. responsabilité

armées. »¹⁴⁰ Cependant, cette décision ne lie pas les futures décisions judiciaires car le droit grec ne reconnaît pas le système du précédent, mais implique que le pouvoir judiciaire décide de chaque affaire sur le fond ; toutefois, les décisions de la Cour suprême ont une valeur obligatoire.¹⁴¹

Enfin, la distinction dans l'application de l'immunité en matière de responsabilité civile sur la base de sa nature publique ou privée peut à nouveau être attribuée à la différence d'approche entre les pays de *common law* et les pays de droit romano-germanique. La plupart des Etats qui ont une législation sur l'immunité des Etats (généralement les pays de *common law*) n'examinent pas si l'acte est *jure imperii* ou *jure gestionis* mais se concentrent plutôt sur l'atteinte ou le préjudice causé.¹⁴² Les tribunaux des Etats Unis, qui ont ouvert la voie dans le développement d'une exception à l'immunité en matière de responsabilité civile, à l'origine dans le contexte d'accidents de la route ou de chemin de fer, puis élargie aux dommages internationaux, se sont fondés sur l'illégalité du dommage lui-même dans une perspective de politique publique. Par exemple, dans *Letelier v. Republic of Chile*, la *District Court* américaine a appliqué l'exception de la responsabilité civile pour refuser l'immunité au Chili dans une affaire où ses agents avaient assassiné un opposant politique et un ancien ambassadeur au Chili sur le territoire des Etats Unis.¹⁴³

Fonder la non-application de l'immunité en matière de crimes graves internationaux sur l'illégalité de l'acte plutôt que sur la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* semble être une approche préférable. Le critère de l'acte *jure imperii/gestionis* peut s'avérer trop rigide et inopérant dans les affaires de graves crimes internationaux. L'évolution historique de la doctrine restrictive de l'immunité met en évidence l'artificialité de la distinction entre l'application de l'immunité sur le fondement des actes *jure imperii* et des actes *jure gestionis*. Dans les affaires impliquant l'« exception » commerciale, les tribunaux ont souvent du mal à déterminer la nature de l'acte en question car il peut revêtir des caractéristiques souveraines et non souveraines. Le caractère simpliste de la distinction des actes *jure imperii/gestionis* est illustré dans l'affaire *Alcom v. Republic of Colombia and others*, dans laquelle Lord Diplock reconnaît que la loi sur l'immunité des Etats [*State Immunity Act*] du Royaume Uni n'« adopte [pas] la simple dichotomie entre l'acte *jure imperii* et l'acte *jure gestionis* qui est devenue une doctrine familière en droit international public. »¹⁴⁴

Le raisonnement traditionnel pour accorder l'immunité aux actes souverains de l'Etat était fondé sur la volonté d'empêcher les tribunaux étrangers d'examiner les actes publics et

¹⁴⁰ [Notre traduction] Voir Maria Panezi, *Sovereign immunity and violation of ius cogens norms*. AED 6/2002, 56 RHDI 199 (2003). Kerstin Bartsch and Björn Elberling, *Jus Cogens vs State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 4(5) German Law Journal (May 2003), (citant la plus haute Cour spéciale de Grèce, *République Fédérale d'Allemagne c. Miltiadis Margellos*, affaire 6/17-9-2002, décision du 17 septembre 2002).

¹⁴¹ Article 87 de la Constitution grecque.

¹⁴² C'est l'approche de l'article 11 de la Convention européenne sur l'immunité des Etats ; article 12 de la Convention des Nations Unies ; section 13 du *Foreign Sovereign Immunities Act* ; section 6 du *State Immunity Act* canadien de 1985 ; section 7 du *State Immunity Act* singapourien de 1985 ; Artículo 2° de *l'Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos* de 1995 ; section 6 du *FSIA* sud-africain de 1985 ; section 5 du *SIA* et 28 USC §1605 du *FSIA* américain.

¹⁴³ *Letelier v. Republic of Chile* 488 F. Supp. 665 (DDC 1980) 63 ILR 378.

¹⁴⁴ *Alcom v. Republic of Colombia and Others* [1984] 2 Lloyd's Rep. 31 ; [1983] 3 WLR 906 ; [1984] 1 All ER 1 ; 2 All ER 6 HL ; Voir aussi *I Congreso del Partido* [1983] 1 AC 244 (Lord Wilberforce affirmant qu'« en examinant du point de vue de la théorie restrictive si l'immunité des Etats doit être accordée ou non, le tribunal doit examiner tout le contexte dans lequel l'action contre l'Etat est intentée, en vue de décider si les actes sur lesquels l'action est fondée doivent, dans ce contexte, être considérés équitablement comme relevant d'un domaine d'activité de caractère de droit privé ou commercial dans lequel l'Etat a choisi de s'engager, ou si l'activité en question doit être considérée comme ayant été menée en dehors de ce domaine et au sein de la sphère de l'activité souveraine ou gouvernementale. » [notre traduction]). Voir aussi *Controller and Auditor General v. Davidson* [1996] 2 NZLR 278, p. 289 (Thomas J. plaide pour une approche équilibrée de l'immunité des Etats en raison de « l'incertitude du droit international et de la pratique, du manque d'uniformité entre les Etats, de l'ampleur des exceptions à la doctrine de l'immunité souveraine, de l'importance de la classification de l'activité adoptée par le tribunal, du critère appliqué pour déterminer le résultat d'une revendication de l'immunité souveraine. » [notre traduction]).

l'organisation interne de l'Etat.¹⁴⁵ Cependant, les crimes internationaux ne peuvent pas être rangés dans la catégorie des actes publics internes échappant au contrôle de la communauté internationale, y compris des tribunaux étrangers. Au contraire, en raison de leur nature-même, les graves crimes internationaux relèvent de la préoccupation et de la responsabilité de la communauté internationale toute entière et tous les Etats ont un « intérêt juridique » à en assurer la protection.¹⁴⁶ La déclaration de Lord Denning dans l'affaire *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* est particulièrement instructive à cet égard. En défendant l'approche restrictive de l'immunité devant les tribunaux anglais, il a affirmé :

« Dans tous les pays civilisés, il y a eu une évolution progressive en faveur de la responsabilité du souverain devant ses propres tribunaux. (...) Les souverains étrangers ne devraient pas être dans une position différente. Il n'y a aucune raison que nous accordions aux départements ou aux agences des gouvernements étrangers une immunité que nous n'accordons pas au nôtre. »¹⁴⁷

De plus, dans les affaires contre des fonctionnaires, les tribunaux internes et internationaux ont été clairs sur le fait que la nature officielle de la violation ne constituait pas un moyen d'écarter la responsabilité. La distinction de l'application de l'immunité *ratione materiae* en fonction de la nature officielle de l'acte a été rejetée dans les affaires de graves crimes internationaux car considérer un grave crime international comme un acte officiel aurait pour résultat que le fonctionnaire serait toujours protégé de poursuites judiciaires en dehors de son propre Etat, puisque l'immunité *ratione materiae* continue de protéger le fonctionnaire même après qu'il/elle a quitté ses fonctions. Une telle position porterait atteinte aux obligations internationales en matière de responsabilité individuelle¹⁴⁸ car la commission de la violation à titre officiel ou sous la bannière du droit ne constitue ni une excuse ni un moyen d'écarter la compétence des tribunaux pour juger l'individu.¹⁴⁹ De plus, dans les affaires des Etats en particulier, considérer la torture comme un acte *jure gestionis* serait, selon un commentateur, « inélégant. (...) Les Etats ne commettent pas la torture sur la place du marché ». ¹⁵⁰ La gravité de certaines violations comme la torture est accrue précisément parce, par définition, elles sont commises à titre officiel.

¹⁴⁵ Fox, *supra* note 37, p. 299.

¹⁴⁶ Voir *Le Mur*, *supra* note 36.

¹⁴⁷ [Notre traduction] *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] AC 379, p. 418 (c'est nous qui soulignons).

¹⁴⁸ Voir Adam Day, *Crimes Against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got Belgium v. Congo Wrong*, 22 Berkeley J. Int'l L. 489 – 512 (2004) at 490; Antonio Cassese, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Thoughts on the Congo v. Belgium Case*, 13(4) EJIL 853 – 876 (2002); Van Panhuys, H.F., *In the Borderland between Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunity*, 13 Int'l & Comp. L.Q. 1193 – 1213 (1964) at 1193; Finn Seyersted, *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, 14 Int'l & Comp. L.Q. 31 – 82 (1965).

¹⁴⁹ Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 Brit. Y.B. Int'l L. 145 – 257 (1972 – 3); *Procureur d'Israël c. Eichmann* 361 ILR 5 (D.C.Jm., 1961), pp. 309-310. Les tribunaux des Etats Unis ont critiqué le recours à la distinction des actes officiels et non officiels pour refuser l'immunité *ratione materiae* aux fonctionnaires accusés de graves crimes internationaux en considérant que l'immunité ne couvre que les actes commis sous la « bannière de la loi ». Voir *Filartiga v. Pena Irala* 630 F. 2d. 876 (2d. Cir. 1980); *Cabiri v. Assasie* 921 F. Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996); *Re: Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation* (25 F. 3d. 1467, 9th Cir., 1994); *Xuncax v. Gramajo* (886 F. Supp. 162, D. Mass. 1995); *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (ND Cal. 1987); *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F. 2d. 1095 (9th Cir., 1990). Voir aussi Luc Reydam, *International Decision: Belgian Tribunal of First Instance of Brussels (Investigating Magistrate), November 8, 1998*, 93 Amer. J. Int'l L. 700 – 703 (1999), p. 700 (à propos de l'approche du magistrat belge qui a considéré que les crimes allégués, y compris la torture, « ne pouvaient être des actes officiels accomplis dans l'exercice normal des fonctions d'un chef d'Etat. » [notre traduction]).

¹⁵⁰ [Notre traduction] Katherine Reece-Thomas and Joan Small, *Human Rights and State Immunity: Is there Immunity from Civil Liability for Torture*, Neth. Int'l L.R. 1 – 30 (2003), p. 25. D'un point de vue terminologique, la différence entre les actes officiels et non officiels d'un fonctionnaire et les actes *jure imperii* et *jure gestionis* de l'Etat est légère mais réelle. Les actes officiels/non officiels renvoient à la responsabilité individuelle et au fait de savoir si le fonctionnaire a agi dans le cadre de ses pouvoirs ou s'il a agi *ultra vires*. En ce qui concerne l'Etat, la qualification de la conduite du fonctionnaire comme officielle ou non officielle affectera sa responsabilité en droit international. Les actes *jure imperii/jure gestionis* n'affectent pas la responsabilité de l'Etat car ce sont des actes de l'Etat qui n'ont d'impact que sur l'application de l'immunité à l'Etat lui-même.

3. Les normes de *jus cogens*

Le concept de norme de *jus cogens* est issu de la reconnaissance que certaines valeurs ou intérêts concernent et sont communs à la communauté internationale toute entière¹⁵¹ et que la violation de ces valeurs ou intérêts menace la paix, la sécurité et l'ordre mondial. Les normes de *jus cogens* ont une valeur impérative en droit international. Elles sont supérieures aux autres règles du droit international en raison de leur nature-même et ne peuvent être modifiées ni faire l'objet de dérogations en vertu d'un accord ou d'une coutume.¹⁵² La nature contraignante des normes de *jus cogens* rend toute tentative d'y déroger nulle *ab initio* ; les normes de *jus cogens* ne peuvent être modifiées que par de nouvelles normes de même valeur.¹⁵³ Contrairement à la plupart des domaines du droit international, les normes de *jus cogens* ont une validité et une valeur indépendantes, distinctes et qui ne sont pas affectées par le consentement et la pratique des Etats.¹⁵⁴

Bien que des débats considérables persistent sur les normes qui peuvent être considérées comme ayant atteint cette valeur, certains crimes graves internationaux, tels que l'interdiction de la torture, ont été reconnus comme des normes de *jus cogens*.¹⁵⁵ Cela a été confirmé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija*, dans laquelle il été jugé :

« (...) En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, [l]e principe [interdisant la torture] est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et

¹⁵¹ Dans l'une des premières affaires à traiter de la notion de *jus cogens*, le Juge Schucking, dans son opinion individuelle, a présenté les normes de *jus cogens* en droit international comme des normes ressemblant étroitement aux bonnes mœurs et à l'ordre public international, affaire *Oscar Chinn*, CPJI, série A/B, n°63, 1934 ; voir aussi l'affaire *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, CIJ Recueil, 1966 (avec l'opinion dissidente de Juge Tanaka) ; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, CIJ Recueil, 1986. Pour des commentaires plus récents sur le *jus cogens*, voir Alexander Orakhelashvili, *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, 16 Eur. J. Int'l L. 59 – 88 (2005), p. 62.

¹⁵² La spécificité des normes de *jus cogens* est qu'elles ne peuvent être modifiées par la pratique des Etats, des accords, des réserves unilatérales ni le droit international coutumier. Concernant les accords, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » L'article 64 poursuit ainsi : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin. » Sur la réserve unilatérale, voir Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, cinquante-deuxième session, 1994 (observant que « [d]es réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques]. », paragraphe 8 et qu' « [i]l en va de même de certains droits auxquels il n'est pas permis de déroger -- interdiction de la torture et de la privation arbitraire de la vie, par exemple -- et qui, en tout état de cause, ne peuvent faire l'objet d'une réserve puisque ce sont des normes impératives. » , paragraphe 10). Sur le droit international coutumier, voir N.G. Onuf and Richard K. Birney, *Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future*, 4 Denv. J. Int'l L. & Pol'y, 187 – 198 (1974), p. 192 ; Gordon A. Christenson, *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*, 28 Vir. J. Int'l L., 585 – 648 (1988), p. 594.

¹⁵³ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ, Avis consultatif du 28 mai 1951 (qui a considéré que « [l]es principes sur lesquels la convention est fondée sont reconnus par les nations civilisées comme liant les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel. » [notre traduction]).

¹⁵⁴ Bien sûr, en réalité, l'application de ces normes dépend toujours dans une large mesure de la volonté des Etats. Cela crée un point de conflit : voir Christenson, *supra* note 152, p. 593 (affirmant que « c'est précisément dans les domaines les plus vitalement importants pour le pouvoir des Etats que le concept de *jus cogens* devrait s'appliquer. Si des intérêts et des exigences plus vastes entrent en conflit avec le système de l'Etat, comment des limites en dehors de celles du droit international général peuvent-elles effectivement contrer la « communauté des Etats toute entière ? » [notre traduction]).

¹⁵⁵ Voir Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *supra*, note 12.

même que les règles du droit coutumier "ordinaire" (...) Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser. »¹⁵⁶

Dans presque toutes les affaires traitant de la relation de l'immunité des Etats et de la torture et d'autres graves crimes internationaux, les tribunaux nationaux ont reconnu la nature du crime concerné comme une norme de *jus cogens* du droit international. Cependant, comme la doctrine du *jus cogens* s'est élaborée sans référence spécifique à l'immunité des Etats et que sa relation à l'immunité des Etats demeure incertaine,¹⁵⁷ les tribunaux nationaux ont divergé dans leurs approches de la portée de la valeur du *jus cogens*.

a) *Les décisions judiciaires ayant considéré que l'immunité n'était pas applicable aux normes de jus cogens*

Dans les Etats monistes, les tribunaux des pays tels que l'Italie et la Grèce ont interprété l'immunité des Etats et les normes de *jus cogens* comme des règles de droit international directement incorporées dans le droit interne à travers les dispositions de leurs constitutions respectives.¹⁵⁸ Face à deux règles du droit international, les tribunaux ont refusé l'application de l'immunité des Etats à des affaires impliquant des normes de *jus cogens* en raison de leur valeur impérative en droit international.

Dans l'une des affaires les plus récentes relatives à l'immunité, la *Corte di Cassazione* italienne dans *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*¹⁵⁹ a traité de l'applicabilité de l'immunité des Etats dans une action civile en réparation pour travaux forcés durant la seconde guerre mondiale, que la Cour a qualifié de violation d'une norme de *jus cogens* du droit international. La *Corte di Cassazione* a opposé le mouvement progressif à l'encontre du principe de l'immunité absolue, qui « est devenu et continue de devenir, graduellement limité »¹⁶⁰, à la nature absolue d'une norme de *jus cogens*.¹⁶¹ Comme il a déjà été dit, bien que la Cour ait concédé que les actions de l'Allemagne seraient normalement qualifiées d'« actes souverains » commis en temps de guerre et, dès lors, objets de l'immunité, les violations d'une norme impérative du droit international rendaient l'immunité inapplicable.

Dès lors, la question centrale pour la Cour était celle de savoir si « l'immunité de juridiction pouvait exister même à l'égard d'actions qui (...) revêtaient les connotations les plus graves et que le droit international coutumier considérait comme des *crimes internationaux*, puisqu'elles portaient atteinte aux valeurs *universelles* qui transcendent l'intérêt des seuls Etats. »¹⁶² En raison de la valeur impérative de l'interdiction des travaux forcés en droit international, la Cour

¹⁵⁶ *Furundzija*, *supra* note 1, para. 153-154.

¹⁵⁷ *Belsky, Merva and Roht-Arriaza*, *supra* note 66, p. 377.

¹⁵⁸ Article 10(1) de la Constitution italienne, article 28(1) de la Constitution grecque.

¹⁵⁹ *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne* (Cass. Sez. Un. 5044/04) (reproduit dans le texte original italien dans 87 *Rivista di diritto internazionale* (2004) 539).

¹⁶⁰ [Notre traduction] *id.*, para. 5.

¹⁶¹ Comme étudié dans la section 2 sur l'immunité en matière de responsabilité civile, afin de répondre à cette question, la Cour a dû distinguer les faits de l'affaire des deux décisions antérieures des tribunaux italiens, *Cermis* et *Markovic*, et la décision de la Cour suprême irlandaise dans l'affaire *Mc Elhinney*.

¹⁶² [Notre traduction] arrêt, *supra*, note 159, para. 7 (souligné par l'auteur).

a décidé qu'elle était d'un rang supérieur à l'immunité des Etats, règle de droit international coutumier.¹⁶³ La Cour a considéré qu'accorder l'immunité « porterait atteinte à la protection des valeurs dont la garantie doit être considérée (...) comme essentielle pour la communauté internationale toute entière. »¹⁶⁴ La Cour a eu recours à ce qui est souvent désigné comme l'argument de « la hiérarchie des normes » ou de « la carte maîtresse » pour écarter l'application de l'immunité des Etats. Cet argument est fondé sur l'assertion selon laquelle les normes de *jus cogens* déplacent les règles « inférieures » dans la hiérarchie du droit international, telles que l'immunité des Etats. La hiérarchie est justifiée par l'examen de la nature des deux ensembles de normes : les normes de *jus cogens* jouissent d'une valeur impérative en droit international ; aucune dérogation n'y est permise ; les « règles coutumières ordinaires » telles que l'immunité des Etats¹⁶⁵ ne sont pas absolues et peuvent soit faire l'objet d'une renonciation par l'Etat étranger soumis à la compétence de l'Etat du for, soit être écartées par l'Etat du for dans certaines circonstances.¹⁶⁶

En 2001, l'*Areios Pagos* (la Cour suprême grecque), dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*,¹⁶⁷ a également considéré que la République fédérale d'Allemagne ne jouissait pas de l'immunité dans une autre action civile en réparation pour des violations du *jus cogens* commises durant la seconde guerre mondiale. La Cour a admis le raisonnement selon lequel l'immunité des Etats est une « conséquence de la souveraineté, de l'indépendance et de l'égalité des Etats et dont le but est d'éviter toute interférence avec les affaires internationales. »¹⁶⁸ Cependant, l'*Areios Pagos* a jugé que l'immunité ne s'appliquait pas aux actions de l'Allemagne pour deux raisons. D'abord, la Cour a considéré que l'immunité n'était pas absolue mais ne s'appliquait en droit international coutumier qu'aux actes de nature souveraine ou publique ; comme les actions de l'Allemagne étaient « en violation des règles de droit international impératives (...) elles ne constituaient pas des actes *jure imperii*. »¹⁶⁹ Ensuite, contrairement à la *Corte di Cassazione* italienne, l'*Areios Pagos* a considéré que la violation d'une règle impérative du droit international impliquait une renonciation implicite à l'immunité. La théorie de la renonciation implicite se fonde sur la reconnaissance du principe que les Etats peuvent toujours renoncer à l'immunité afin de se soumettre à la compétence des tribunaux internationaux. Construit sur le concept de renonciation en général, l'argument implique que si les Etats deviennent parties à des accords internationaux qui définissent une certaine conduite comme un crime international dont l'interdiction atteint la valeur de norme de *jus cogens*, ils renoncent nécessairement à toute immunité qui s'appliquerait normalement.¹⁷⁰

¹⁶³ *Id.*, para 9.

¹⁶⁴ [Notre traduction] *Id.*, para 9.2.

¹⁶⁵ Comme un Etat peut renoncer à l'immunité (et donc y déroger), l'immunité des Etats ne peut bénéficier du statut de règle impérative en droit international. La minorité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme a traité de cette question dans *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *supra* note 123, et leur raisonnement est étudié dans la section suivante relative à l'affaire elle-même. De plus, comme il a été dit au début du présent Rapport, même la qualification de l'immunité des Etats comme de droit international coutumier a été discutée.

¹⁶⁶ *Bartsch and Elberling*, *supra* note 140, p. 13.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 198.

¹⁶⁸ [Notre traduction] *Préfecture de Voiotia c. République fédérale d'Allemagne*, affaire n°11/2000, décision du 4 mai 2000, *Areios Pagos*.

¹⁶⁹ [Notre traduction] *Id.*, p. 200.

¹⁷⁰ Roger O'Keefe, *European Convention on State Immunity and International Crimes*, 2 *Cam. YB of Euro. Legal Studies* 507 – 520 (1999), p. 512 (à propos de la théorie de la renonciation implicite au regard des immunités des fonctionnaires dans des affaires impliquant des allégations de crimes internationaux : « il convient de noter que toutes les conventions reconnaissant ou créant un crime international ou la compétence universelle rendent cette compétence impérative – c'est à dire qu'elles imposent aux Etats parties l'obligation de juger ou d'extrader (*aut dedere aut judicare*) tout auteur dont ils ont la garde. En d'autres termes, les Etats parties à ces conventions prévoient clairement l'exercice par les tribunaux pénaux étrangers de la compétence universelle à l'égard des auteurs. » [notre traduction], pp. 517-518).

Cependant, il convient de noter que d'autres tribunaux ne sont plus favorables au concept de renonciation implicite. Aux Etats Unis, à la suite d'un article important écrit par trois étudiants en droit,¹⁷¹ des tentatives ont été faites de recourir à la disposition explicite prévoyant la renonciation implicite pour traiter des violations du *jus cogens* à l'article 28 U.S.C. § 1605 du *FSIA* des Etats unis qui dispose que :

- (a) Un Etat étranger ne jouit pas de l'immunité de juridiction devant les tribunaux des Etats Unis ou des Etats dans toute affaire
- (1) dans laquelle l'Etat étranger a renoncé à l'immunité soit explicitement soit implicitement, peu importe que l'Etat étranger prétende retirer cette renonciation sauf si elle est conforme aux termes de la renonciation.

Dans la première affaire traitant de la question, *Siderman de Blake*, la *District Court* a considéré que l'Argentine avait renoncé implicitement à l'immunité. La Cour d'appel du *Ninth Circuit* (circonscription judiciaire, NdT) a infirmé la décision de la *District Court* sur la base des termes de la législation interne sur l'immunité. Cependant, la Cour d'appel a mis en évidence l'incohérence entre la législation interne et le droit international en affirmant qu'en droit international, la valeur impérative des normes de *jus cogens* rendrait l'immunité inapplicable.¹⁷² Dans l'affaire postérieure de *Prinz v. Federal Republic of Germany*,¹⁷³ M. Prinz, un citoyen américain qui avait été envoyé avec sa famille dans un camp de concentration en Tchécoslovaquie durant la seconde guerre mondiale, affirmait qu'une exception à l'immunité des Etats s'appliquait aux violations des lois des nations en raison d'une clause de renonciation implicite. M. Prinz alléguait qu'en violant le droit international, l'Allemagne était informée de ses obligations et indiquait donc la possibilité qu'elle soit poursuivie. A nouveau, la *District Court* a écarté l'application de l'immunité des Etats mais la Cour d'appel l'a infirmée. Elle a considéré que les seules violations du *jus cogens* n'impliquaient pas l'exception de la renonciation implicite : « la renonciation implicite dépend du fait que le gouvernement étranger a indiqué à un moment la possibilité qu'il soit poursuivi. »¹⁷⁴ Dans *Ferrini c. République fédérale d'Allemagne*, la *Corte di Cassazione* italienne a également rejeté la doctrine de la renonciation implicite. La Cour a observé que « la renonciation ne peut (...) être envisagée en abstraction mais seulement déterminée concrètement. »¹⁷⁵

Malgré l'incertitude relative au statut actuel de la doctrine de la renonciation implicite et la divergence de raisonnement, l'approche des cours suprêmes italienne et grecque va à l'encontre des arguments de certains commentateurs selon lesquels les normes de *jus cogens*

¹⁷¹ Voir Belsky, Merva and Roht-Arriaza, *supra* note 66 (proposant une théorie de l'exception implicite pour les violations du *jus cogens*, qui fut citée par la suite dans l'arrêt *Prinz v. Federal Republic of Germany supra* note 114, p. 58).

¹⁷² *Siderman de Blake v. the Republic of Argentina*, 965 F. 2d 688 (9th Cir. 1992), p. 718.

¹⁷³ *Prinz v. Federal Republic of Germany*, 2d F 3d 1166 (DC Cir. 1994), 33 ILM 1483 (1994) 103 ILR 594.

¹⁷⁴ [Notre traduction] *Prinz, id*, p. 1174. Cependant, voir Justice Wald, dans son opinion dissidente, affirmant que l'exception de la renonciation implicite s'appliquait aux normes de *jus cogens* : « parce que la définition de la Charte de Nuremberg des « crimes contre l'humanité » inclut ce qui est maintenant désigné comme les normes de *jus cogens*, un Etat ne bénéficie jamais de l'immunité pour tout acte qui viole une norme de *jus cogens*, peu importe où et contre qui l'acte a été perpétré. La présence de normes de *jus cogens* limite la souveraineté de l'Etat « au sens où la "volonté générale" de la communauté internationale des Etats et d'autres acteurs prévaut sur les volontés individuelles des Etats pour mettre en ordre leurs relations. » [notre traduction] p. 1182 (citant Mary Ellen Turpel and Phillippe Sands, *Peremptory International Law and Sovereignty: Some Questions*, 3 Conn. J. Int'l L. 364 (1988) p. 365). Plus récemment, la *District Court* a appliqué le raisonnement de la Cour d'appel dans *Prinz* pour décider que le Japon jouissait de l'immunité dans une action civile en réparation pour l'esclavage sexuel des « femmes de confort » durant la seconde guerre mondiale. La Cour a considéré qu'une violation d'une norme de *jus cogens* ne constituait pas une renonciation implicite et a rejeté l'argument selon lequel la mise en esclavage de femmes pour rendre des services sexuels remplissait les conditions de l'exception de l'activité commerciale. *Hwang Geum Joo, et. al v. Japan* (D.C.C.C., 27 June 2003). La Cour d'appel du *Seventh Circuit* (circonscription judiciaire, NdT) a adopté une décision similaire dans *Wei Ye v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office*, 383 F. 3d 620 (7th Cir. 2004), para. 4 (citant *Sampson v. Federal Republic of Germany* 250 F. 3d 1145 (7th Cir. 2001), p. 1149-50).

¹⁷⁵ [Notre traduction] *Ferrini c. Allemagne, supra* note 159, para. 8.2 (souligné dans l'original).

constituent simplement des principes « symboliques »¹⁷⁶ ou « signifient seulement l'existence d'un droit plutôt que d'une obligation juridique contraignante ».¹⁷⁷ Au contraire, la valeur impérative des normes de *jus cogens* du droit international exige qu'elles soient mise en pratique de manière effective. Cependant, une part importante de l'analyse universitaire et judiciaire des normes de *jus cogens* s'est jusqu'ici concentrée sur l'identification de la norme ; très peu d'attention a été accordée aux implications et aux conséquences de la valeur impérative en droit international. La Convention de Vienne et le droit des traités fournissent peu d'indications à cet égard car ils portent seulement sur l'impact des traités sur les normes de *jus cogens* et, ainsi, on ne peut attendre qu'ils traitent de plus larges aspects du droit international.¹⁷⁸ L'opinion judiciaire, telle la minorité dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume Uni* devant la Cour européenne des droits de l'homme, n'est pas non plus d'une grande aide, car les juges se sont simplement prononcés sur la valeur impérative de l'interdiction de la torture sans, comme le souligne un commentateur, « nous indiquer ce que, en dehors des actes de torture et des engagements de ne pas commettre la torture, l'actuelle interdiction proscriit ou requiert. »¹⁷⁹

Cependant, le TPIY, dans l'affaire *Furundzija*, a clairement affirmé que la norme de *jus cogens* de l'interdiction de la torture impliquait davantage que se contenter de « priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture »¹⁸⁰ Le Tribunal a considéré que :

« il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. En effet, il serait contradictoire, d'une part, de restreindre, en interdisant la torture, le pouvoir absolu qu'ont normalement les États souverains de conclure des traités et, d'autre part, d'empêcher les États de poursuivre et de punir ceux qui la pratiquent à l'étranger. (...) Il semblerait qu'entre autres conséquences, la torture est sans doute imprescriptible et ne doit pas être exclue du champ de l'extradition au motif qu'elle serait un crime politique. »

Bien que cette affaire concerne une procédure pénale contre un individu – dont les implications seront développées dans la section suivante – l'affirmation du Tribunal met en évidence que des conséquences dérivent de la valeur impérative d'une norme de *jus cogens* afin de la rendre effective. Ceci est soutenu par un certain nombre de commentateurs, parmi lesquels l'un affirme que « toute règle de *jus cogens* contient ou présuppose une règle procédurale qui garantit son application judiciaire. »¹⁸¹ Un autre va jusqu'à suggérer que :

« Les obligations juridiques qui dérivent du statut supérieur de ces crimes incluent le devoir de poursuivre ou d'extrader, l'imprescriptibilité de ces crimes, la non-application de toute immunité, y compris celle des chefs d'Etat, la non-application de l'exception de « l'obéissance aux supérieurs » (...) l'application universelle de ces obligations, que ce soit en temps de guerre ou en temps de paix, leur caractère indérogeable en vertu de

¹⁷⁶ Onuf and Birney *supra* note 152, p. 190 et 196 ; voir Christenson, *supra* note 152, p. 589-91.

¹⁷⁷ [Notre traduction] M. Cherif Bassiouni, *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, 59 *Law & Contemp. Prob.* 63 – 74 (1996), p. 65.

¹⁷⁸ Onuf and Birney, *supra* note 152, p. 187 (observant que « l'examen de la relation entre les normes impératives et les sources et les fonctions du droit international a été virtuellement non-existant. » [notre traduction]).

¹⁷⁹ Emmanuel Voyiakos, *Access to Court v. State Immunity*, 52 *Int'l & Comp. L.Q.* 297 – 332 (2003), p. 322-323.

¹⁸⁰ *Furundzija*, *supra* note 1, para. 155-157.

¹⁸¹ [Notre traduction] Bartsch and Elberling, *supra* note 140, p. 20.

« l'état d'urgence » et la compétence universelle à l'égard des auteurs de ces crimes. »¹⁸²

En ce qui concerne les Etats en particulier, la Commission du droit international, dans le commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, indique qu' « [i]l doit (...) en ressortir que les notions fondamentales des normes impératives du droit international général et d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble emportent certaines *conséquences* dans le cadre de la responsabilité des Etats. »¹⁸³ L'article 41 du Projet d'articles impose un devoir positif aux Etats de « coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave ». Les Commentaires remarquent qu'un certain nombre de manières de faire cesser la violation sont applicables et qu'en conséquence, le Projet d'articles ne prescrit pas les moyens¹⁸⁴ mais établit les obligations qui pèsent sur l'Etat initialement responsable, à savoir « mettre fin au fait illicite, poursuivre l'exécution et, le cas échéant, donner des garanties et des assurances de non-répétition (...) et fournir réparation. »¹⁸⁵

Certains commentateurs ont affirmé que l'immunité des Etats était sans influence sur les normes de *jus cogens* telles que l'interdiction de la torture ; l'immunité des Etats, comme règle procédurale, ne peut interagir avec une règle substantielle telle qu'une norme de *jus cogens*. En conséquence, ils affirment que la responsabilité de l'Etat correspondante n'est pas écartée. Au contraire, les règles procédurales déterminent seulement quand et où une action peut être portée.¹⁸⁶ Par exemple, dans l'affaire *Mandat d'arrêt*, la CIJ a considéré que le ministre des affaires étrangères de la RC jouissait de l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers tant qu'il demeurait en fonction (quand) mais, qu'en attendant, il pouvait être poursuivi devant les tribunaux de la RC ou devant une juridiction internationale (où).¹⁸⁷ Indépendamment du fait de savoir si cet argument est applicable à un fonctionnaire, dans le cas de l'Etat, le présent Rapport a déjà expliqué que l'impunité *de facto* persistait dans de nombreux Etats responsables de violations du *jus cogens* et au niveau international. En conséquence, il se peut qu'il n'y ait pas de juridiction compétente alternative devant laquelle intenter une action à l'encontre de l'Etat initialement responsable. Si l'on considère que les normes de *jus cogens* doivent être effectives, l'application de l'immunité porte seulement atteinte à la valeur de la norme obligatoire. Notamment dans les affaires de violations graves de normes impératives telles que définies dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, lorsque l'impunité persiste, il n'est pas mis fin aux violations des normes de *jus cogens* comme le requiert le Projet d'articles et, en conséquence, l'immunité rend insignifiante la valeur impérative des normes de *jus cogens* telles que l'interdiction de la torture.

¹⁸² [Notre traduction] Bassiouni, *supra* note 177, p. 63.

¹⁸³ Commentaires, *supra* note 27, Deuxième partie, Chapitre III(7), p. 302 (il convient de noter que le Chapitre III traite de ce que la Commission du droit international désigne comme des « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » définies à l'article 40(2) comme impliquant « un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de ses obligations [de la part de l'Etat responsable] »).

¹⁸⁴ Commentaires, *supra* note 27, Deuxième partie, Chapitre III, article 41, (2)-(3), p. 308.

¹⁸⁵ Commentaires, *supra* note 27, Deuxième partie, Chapitre III, (13), p. 313 ; voir également *The Wall*, *supra* note 36, para 159.

¹⁸⁶ Voir Fox, *supra* note 37, p. 525 (affirmant que « l'immunité des Etats est une règle procédurale applicable à la compétence d'un tribunal national. Il ne s'agit pas d'un droit substantiel ; elle ne contredit pas une interdiction contenue dans une norme de *jus cogens* mais renvoie seulement toute violation à une méthode de règlement différente. On peut donc affirmer qu'il n'y a pas de contenu substantiel dans l'exception procédurale de l'immunité des Etats sur laquelle une norme de *jus cogens* peut buter. » [notre traduction]) ; voir également Andreas Zimmerman, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks*, 16 Mich. J. Int'l L. 433 – 440 (1994 – 1995), p. 438 (affirmant qu' « il semble plus approprié de considérer les deux questions comme impliquant deux ensembles de normes différentes qui n'interagissent pas l'un avec l'autre. » [notre traduction]).

¹⁸⁷ Voir Orakhelashvili, *supra* note 84, p. 227.

b) *Les raisons pour lesquelles l'approche des tribunaux des Etats dualistes doit être évaluée au regard de sa compatibilité avec le droit international*

Dans les Etats dualistes comme le Canada, le Royaume Uni et les Etats Unis, le droit international n'est pas directement intégré au droit interne. Comme tous ces trois Etats ont une législation interne sur l'immunité des Etats, les tribunaux ont respectivement considéré que l'immunité était applicable à des affaires relatives à des normes de *jus cogens*. Les jugements se sont fondés sur le caractère exhaustif des législations internes, en dépit de la reconnaissance des tribunaux de la valeur impérative des normes de *jus cogens*.

Canada

Dans l'affaire *Bouzari v. The Islamic Republic of Iran*, M. Bouzari, un citoyen iranien, avait intenté une procédure civile contre la République islamique d'Iran. Il alléguait qu'à la suite de son refus d'accepter l'aide du président iranien de l'époque en échange d'une commission de 50 millions de dollars dans le cadre d'un projet de pétrole et de gaz dans le golfe persique, il avait été torturé dans la prison d'Etat, par des méthodes telles que des simulacres d'exécution, des coups de câbles, et la pendaison par les épaules.

Prenant acte de l'existence de la loi canadienne sur l'immunité des Etats [*State Immunity Act*] contenant un principe général d'immunité, M. Bouzari alléguait que l'affaire entraînait dans l'une des trois exceptions énumérées ou, dans l'alternative, qu'une autre exception devrait être déduite de la loi permettant une action civile en réparation de la torture à l'encontre d'un Etat étranger.¹⁸⁸ Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario décida qu'aucune exception ne s'appliquait à l'affaire de M. Bouzari. Elle affirma que la section 18 qui exclut les procédures pénales du champ du *State Immunity Act* ne s'appliquait pas, car la simple demande de dommages intérêts punitifs ne conférait pas un caractère pénal à la plainte.¹⁸⁹ L'exception commerciale de la section 6 ne s'appliquait pas car, bien que le but de la torture eût pu être le gain commercial, le critère applicable se concentrait sur la nature de l'acte à l'origine du dommage.¹⁹⁰ L'exception de la responsabilité civile ne s'appliquait pas non plus car l'atteinte avait eu lieu en dehors du territoire du Canada, en dépit du stress post-traumatique persistant du requérant.¹⁹¹ La Cour d'appel a également considéré qu'il n'existait pas d'exception implicite à l'immunité des Etats liée aux droits de l'homme bien qu'elle eût reconnu la valeur impérative de l'interdiction de la torture en droit international. Sur la base d'une étude comparative, la Cour a affirmé qu'il n'existait aucune preuve d'une pratique étatique pour démontrer que la violation d'une norme de *jus cogens* impliquait la non-application de l'immunité des Etats.¹⁹² De plus, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que, même si le Canada avait l'obligation internationale d'ouvrir un recours civil pour des faits de torture commis en dehors de son territoire – ce dont elle a jugé que ce n'était pas le cas – son droit interne prévaudrait toujours en cas d'incompatibilité. En l'espèce, selon la Cour, le *State Immunity Act* traite de la question de manière exhaustive et, comme il ne prévoit pas d'exception liée aux droits de l'homme et qu'aucune des exceptions énumérées ne s'applique, le principe général de l'immunité des Etats s'applique.¹⁹³

¹⁸⁸ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, supra note 117.

¹⁸⁹ *Id.*, para.44.

¹⁹⁰ *Id.*, 48-55.

¹⁹¹ *Id.*, para. 46-47.

¹⁹² *Id.*, para. 88 (citant la décision du tribunal inférieur, para. 63).

¹⁹³ *Id.*, para. 67.

Par la suite, M. Bouzari n'a pas été autorisé à interjeter appel devant la Cour suprême du Canada. Il a maintenant intenté une nouvelle action civile en Ontario contre les individus allégués responsables de l'avoir torturé. L'assignation nomme Akbar Hashemi Rafsanjani (l'ancien président d'Iran entre 1989 et 1998), son second fils aîné, un ancien procureur et quatre agents des services de renseignements.¹⁹⁴

Royaume Uni

Au Royaume Uni, la question de savoir si une exception liée aux droits de l'homme s'applique à l'immunité des Etats a été traitée dans deux affaires ; l'une est actuellement en appel devant la Chambre des Lords.

Dans l'affaire *Al-Adsani v. Kuwait*¹⁹⁵, le requérant, M. Al-Adsani, un citoyen ayant la double nationalité du Royaume Uni et du Koweït, avait intenté une action civile devant les tribunaux anglais contre l'Etat du Koweït et des fonctionnaires du Koweït pour des allégations de torture dans la Prison de la sécurité d'Etat koweïtienne, avec des méthodes telles que le maintenir sous l'eau dans un bassin plein de cadavres et le placer dans une pièce avec des matelas arrosés d'essence et mis en feu. Sa requête contre l'Etat koweïtien était fondée sur la doctrine de la responsabilité indirecte, qualification que la Cour d'appel a admise et un jugement par défaut fut rendu contre l'individu.

La Cour d'appel a considéré que l'Etat du Koweït bénéficiait de l'immunité, même dans une affaire impliquant des allégations de torture, sur le fondement de la Loi sur l'immunité étatique de 1978 [*State Immunity Act*] qu'elle a qualifiée de « code exhaustif ». Elle a décidé que toute exception au principe général d'immunité devait être énumérée dans l'*Act* lui-même et que, comme la torture alléguée avait eu lieu au Koweït, elle n'entraînait pas dans l'exception de la section 5 qui prévoit que la mort ou l'atteinte personnelle doit être causée par un acte ou une omission à l'intérieur du Royaume Uni. Bien que la Cour eût admis que la torture, « en tant que violation d'un droit de l'homme fondamental, est un crime et un préjudice dont la victime doit être indemnisée », elle a rejeté l'argument présenté par M. Al-Adsani selon lequel le statut de *jus cogens* de la torture entraînait une exception implicite au *State Immunity Act* et que l'immunité ne pouvait être accordée que lorsque l'Etat agissait conformément au droit des Nations.¹⁹⁶ La Cour a également fait référence aux « conséquences pratiques de la requête du requérant »,¹⁹⁷ mentionnant la difficulté que la Cour rencontrerait en essayant d'évaluer la véracité des allégations de torture faites par les demandeurs d'asile et les réfugiés venant au Royaume Uni. La Chambre des Lords n'a pas autorisé M. Al-Adsani à interjeter appel.¹⁹⁸ Il a alors porté l'affaire devant la CEDH. Dans un arrêt de 9-8, la Cour a abouti à la même conclusion que la Cour d'appel anglaise.¹⁹⁹

La majorité a d'abord souligné l'importance de l'interdiction de la torture, qui a valeur de norme impérative en droit international. Elle a indiqué que :

¹⁹⁴ Déposé devant la Cour supérieure de justice de Toronto le 30 mai 2005, voir Tracey Tyler and Khosro Sherimanie, *Top Iranian Candidate Sued: Toronto-area man was tortured, jailed; Cleric among 7 named in \$9m action*, Toronto Star, 15 June 2005.

¹⁹⁵ *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, CA 12 March 1996; 107 ILR 536.

¹⁹⁶ [Notre traduction] arrêt, *id.*, Stuart Smith *LJ* s'exprimant.

¹⁹⁷ [Notre traduction] *Id.*

¹⁹⁸ 27 octobre 1996.

¹⁹⁹ *Al-Adsani c. Royaume Uni*, requête n°35763/97, 2001.

Immunité c. responsabilité

« L'existence de cet ensemble de règles générales et conventionnelles portant prohibition de la torture montre que la communauté internationale, consciente de l'importance qu'il y a à bannir ce phénomène abominable, a décidé d'en supprimer toute manifestation en agissant tant à l'échelon interétatique qu'à celui des individus. Il n'a été laissé aucune échappatoire juridique. »²⁰⁰

Cependant, elle n'a pas mené d'analyse détaillée de la signification de la nature de *jus cogens* de la torture. Au contraire, la majorité a simplement confirmé la décision de la Cour d'appel anglaise d'accorder l'immunité au Koweït, avec un effet général.²⁰¹ Ensemble avec le jugement *Pinochet*, un amendement du *FSIA* au Etats Unis (qui autorise les poursuites à l'encontre des Etats soutenant des actes de terrorisme) a été jugé insuffisant pour établir la cristallisation d'un changement du droit international impliquant que l'immunité ne s'applique plus aux affaires de torture et d'autres graves crimes internationaux.²⁰² La Cour a expliqué que la nécessité-même de l'amendement du *FSIA* démontrait que le principe général du droit international de l'immunité des Etats pouvait être allégué même en cas de violations de normes de *jus cogens* telles que la torture perpétrée par des agents de l'Etat.²⁰³

En traitant de ce conflit, la minorité a considéré qu'il était largement reconnu que l'immunité des Etats ne faisait pas partie de la catégorie des normes impératives, comme l'illustre le fait que les Etats ont parfois choisi de renoncer à leur droit à l'immunité.²⁰⁴ En conséquence, si l'interdiction de la torture entre en conflit avec une prétention à l'immunité des Etats, « l'obstacle procédural que représente l'immunité des Etats se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique. »²⁰⁵

La question de l'immunité des Etats n'a pas atteint son terme avec la décision de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani*. Dans l'affaire *Ron Jones and Ors v. Saudi Arabia*,²⁰⁶ les requêtes de trois citoyens britanniques et d'un individu ayant la double nationalité alléguant avoir été torturés en Arabie Saoudite ont été jointes. M. Jones avait intenté une procédure civile contre les individus allégués responsables de la torture et le Royaume d'Arabie Saoudite même. Les trois autres requérants avaient intenté une procédure civile contre les fonctionnaires saoudiens cités seulement. La Cour d'appel a rejeté la plainte contre le Royaume d'Arabie Saoudite sur le fondement de l'immunité des Etats. La Cour a fait référence aux arrêts *Al-Adsani* de la Cour d'appel et de la CEDH et à l'application postérieure de la décision de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani* à l'affaire *Bouzari* au Canada pour décider que bien que « le droit international soit en continuel développement »,²⁰⁷ « il n'existe pas encore d'éléments établissant que la valeur impérative d'une norme de *jus cogens* implique la non-application de l'immunité. »²⁰⁸ En traitant de l'article 14(1) de la Convention des Nations Unies contre la torture, la Cour a cependant considéré que tant l'individu que l'Etat auteur devraient être tenus responsables

²⁰⁰ [Notre traduction] *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *supra*, note 123, para. 30 (citant *Furundzija*, *supra* note 1, para. 146).

²⁰¹ *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, 107 ILR 536.

²⁰² Arrêt, *supra* note 123, para. 24.

²⁰³ *Id.*, para. 64.

²⁰⁴ Cependant, voir Caplan, *supra* note 55, p. 771 (affirmant qu'il devrait y avoir une présomption de non-application de l'immunité des Etats car l'immunité des Etats est une exception à l'autorité juridictionnelle de principe de l'Etat du for. Cependant, il indique que, par l'ironie du sort, ce sont ceux qui soutiennent la théorie de la hiérarchie des normes qui présument qu'il existe un droit inhérent à l'immunité des Etats.)

²⁰⁵ Opinion dissidente commune des Juges Rozakis et autres, *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *supra*, note 123, para. 3.

²⁰⁶ *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya (The Kingdom of Saudi) and another Mitchell and others v. Al-Dali and others* [2004] All ER (D) 418 (Oct.)

²⁰⁷ [Notre traduction] *id.*, para 16.

²⁰⁸ [Notre traduction] *id.*, para 17.

des actes de torture mais a douté que cela impliquât une obligation de l'Etat du for de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat étranger. Toutefois, la Cour a refusé aux fonctionnaires la protection de l'immunité. L'audience de l'appel des deux parties devant la Chambre des Lords est prévue en avril 2006.

Etats Unis

Bien qu'elle eût décidé dans l'affaire antérieure *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics* que l'immunité ne s'appliquait pas « lorsque l'Etat étranger défendeur a clairement agi en violation du droit international »,²⁰⁹ la Cour suprême des Etats Unis, dans l'affaire *Amerada Hess*²¹⁰, a considéré que le *FSIA* constituait le fondement exclusif de la compétence ; toute exception au principe général d'immunité doit entrer dans celles qui sont énumérées par la législation. L'approche adoptée dans l'affaire *Amerada Hess* a été confirmée dans l'affaire *Siderman de Blake*, dans laquelle la Cour a considéré que :

« Nous ne partons pas de zéro. Nous traitons non seulement du droit international coutumier mais aussi d'une loi claire du Congrès, le *FSIA* (...) la Cour [dans l'affaire *Amerada Hess*], a été si formelle dans son affirmation « que l'immunité est accordée dans les affaires impliquant des allégations de violation du droit international qui n'entrent pas dans l'un des exceptions du *FSIA* » (...) que nous concluons que si les violations du *jus cogens* commises en dehors des Etats Unis doivent être des exceptions à l'immunité, le Congrès doit le prévoir. »²¹¹

Le commentaire des étudiants dans la *California Law Review* (évoqué ci-dessus dans la section sur la renonciation implicite) admit le caractère exhaustif du *FSIA* mais alléguait que selon ses termes, les évolutions du droit international pouvaient être prises en compte dans le cadre de « l'exception de la renonciation implicite » :

« [L]es codifications législatives de la doctrine du droit international devraient réserver une marge pour l'évolution du droit international. Le concept de pouvoir souverain est en constante évolution, comme l'illustrent les limitations substantielles qui y ont été apportées depuis la seconde guerre mondiale. Le fait de geler l'évolution du droit de l'immunité souveraine à un certain moment compromet la réactivité du droit américain à d'autres évolutions dans le domaine du pouvoir souverain. »²¹²

Cependant, comme il a déjà été dit, la *District Court*, dans l'affaire *Princz v. Germany*, a rejeté cet argument. De même, les termes du *FSIA* ont généralement dissuadé toute tentative de recourir à l'argument de « la carte maîtresse ».²¹³

Le point commun à l'approche du Canada, du Royaume Uni et des Etats Unis est que les législations internes sur l'immunité sont considérées comme exhaustives. Les tribunaux des trois pays se sont abstenus d'analyser l'impact des normes de *jus cogens* sur l'immunité des Etats car leur législation interne respective ne traitait pas expressément de la question. Cependant, en droit international, l'exhaustivité ou la clarté des dispositions du droit interne ne

²⁰⁹ [Notre traduction] *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics* 623 F. Supp. (D.C.D.C. 1985), 246.

²¹⁰ *Amerada Hess*, *supra* note 119.

²¹¹ [Notre traduction] *Siderman*, *supra* note 172, pp. 718-719.

²¹² [Notre traduction] *Belsky, Merva and Roht-Arriaza*, *supra* note 66, pp.397-398.

²¹³ *Chuidian v. Philippine National Bank*, 734 F. Supp. 415 (DC 1990); *Boshnjaku v. Federal Republic of Yugoslavia* 2002 WL 1575067 (N.D. Ill. July 18, 2002); *Garb v. Republic of Poland* 207 F.Supp.2d 16 (E.D.N.Y. 2002); *Abrams v. Societe Nationale des Chemins de Fer Français* 175 F.Supp.2d 423 (E.D.N.Y. 2001); *Joo v. Japan* 172 F.Supp.2d 52 (D.D.C. 2001); *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation* 164 F.Supp.2d 1160 (N.D. Cal. 2001).

Immunité c. responsabilité

fournit aucun fondement ni justification pour ne pas prendre en compte le droit international.²¹⁴ En conséquence, même dans les pays dualistes, les tribunaux doivent analyser le lien entre les normes de *jus cogens* et l'immunité des Etats au lieu de se contenter de reconnaître que l'interdiction de la torture, par exemple, constitue une norme de *jus cogens* et ensuite d'invoquer le caractère exhaustif ou exclusif de la législation sur l'immunité des Etats pour ne pas examiner de plus près et résoudre le lien entre les deux questions.

- c) *Les tentatives de distinction de l'applicabilité de l'immunité selon le type de procédure, civile ou pénale*

En dépit du fait que les deux affaires *Préfecture de Voiotia c. République Fédérale d'Allemagne* et *Ferrini c. République Fédérale d'Allemagne* concernaient des procédures civiles, les tribunaux des pays dualistes tels que le Royaume Uni et le Canada ont essayé de distinguer l'applicabilité de l'immunité selon le type de procédure, civile ou pénale, impliquée.

Dans *Al-Adsani c. Royaume Uni*, la majorité de la CEDH a distingué l'affaire en question, en tant que procédure civile, des sources juridiques citées pour établir le statut de norme de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, telles que les affaires *Furundzija* et *Pinochet*, qui étaient relatives à des procédures pénales.²¹⁵ Sur la base de cette distinction, la Cour a conclu que :

« Nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture, la Cour n'aperçoit dans les instruments internationaux, les décisions judiciaires ou les autres documents en sa possession aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un Etat ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre Etat devant lesquels sont formulées des allégations de torture. »²¹⁶

De même, dans l'affaire *Bouzari v. the Islamic Republic of Iran*, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que le texte de la Convention contre la torture « ne fourni[ssai]t pas d'indication claire » sur la portée territoriale de l'article 14 (1). Elle a alors excipé de l'absence de pratique étatique interprétant l'article 14 (1) comme obligeant à prévoir un recours civil pour la torture commise en dehors du territoire pour montrer qu'il n'existe pas de telle obligation.²¹⁷

Cependant, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume Uni*, dans leur opinion dissidente, les juges Rozakis, Cafilish, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic ont contesté la distinction opérée par la majorité entre les procédures civile et pénale. Au contraire, ils ont affirmé que le type de procédure, pénale ou civile, n'est pas pertinent et est incompatible avec la nature des normes de *jus cogens*, laquelle est fondée sur l'acte en question.²¹⁸ La question clé est le conflit entre une norme impérative et une autre norme du droit international.²¹⁹ Il convient de noter que le Comité contre la torture a traité des implications de l'article 14(1) en examinant le système juridique canadien à la suite de l'affaire *Bouzari*. Il a critiqué « l'absence de mesures

²¹⁴ Brownlie, *supra* note 38, p. 34 (« Un Etat ne peut invoquer les dispositions de son propre droit ou les déficiences de ce droit en réponse à une action contre lui pour une violation alléguée de ses obligations en droit international. » [notre traduction]) ; voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, adoptée en mars 2004 (« Dans les cas où il existe des discordances entre le droit interne et le Pacte, l'article 2 exige que la législation et la pratique nationales soient alignées sur les normes imposées au regard des droits garantis par le Pacte. »)

²¹⁵ *Id.*, para. 61.

²¹⁶ *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *supra* note 123, para. 61.

²¹⁷ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, *supra* note 117, para. 68-95.

²¹⁸ Opinion dissidente commune des Juges Rozakis et Cafilish à laquelle déclarent se rallier les Juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić.

²¹⁹ Opinion dissidente du Juge Loucaides, *id.*

effectives pour apporter une réparation civile aux victimes de torture dans toutes les affaires »²²⁰ et recommandé que le Canada « revoie sa position quant à l'article 14(1) de la Convention pour garantir l'offre d'une réparation par ses juridictions civiles à toutes les victimes de torture ». ²²¹

L'histoire, la construction juridique et la pratique relatives aux immunités dans les autres contextes révèlent que l'application de l'immunité n'a jamais été déterminée selon le type de procédure impliquée, administrative, pénale ou civile. Au contraire, les tribunaux se sont fondés sur la nature de l'acte concerné, par exemple les actes commerciaux ou les délits civils. Bien que l'immunité ne soit pas un concept divisible selon le type de procédure impliquée, dans les affaires traditionnelles relatives à l'immunité, l'exception particulière soulevée correspond souvent à une procédure pénale ou civile. Par exemple, dans les affaires impliquant l'exception commerciale, les parties impliquées manifestent une nette préférence pour le recours aux procédures civiles. Cependant, les tribunaux ne déterminent pas l'applicabilité de l'immunité dans ces affaires en fonction du type de procédure impliquée ; au contraire, ils examinent si les actes en question constituent des actes *jure imperii* ou *jure gestionis*.

Dans le contexte de graves crimes internationaux, les procédures civile et pénale offrent des moyens similaires pour mettre en cause la responsabilité. Dans les pays de *Common law*, le type de procédure utilisée est généralement déterminé par la personne ou l'organe officiel qui déclenche l'affaire. Dans les affaires pénales, la capacité de déclencher l'affaire relève généralement de la compétence du Procureur qui a toute discrétion pour déclencher ou non une procédure. En revanche, dans les procédures civiles, la victime ou la famille de la victime est généralement la partie qui déclenche l'action. Dans les pays de tradition romano-germanique, il n'existe pas de distinction claire en raison du système de partie civile qui permet aux victimes et parfois aux autres parties intéressées de participer à la procédure pénale et de présenter des demandes de réparation civiles dans le cadre de la même procédure. En conséquence, les arguments avancés en faveur d'une distinction selon le type de procédure impliquée semblent peu reposer sur les principes juridiques relatifs aux normes de *jus cogens* ou à l'immunité et relèvent plutôt d'une tentative de protéger les Etats, qui, du moins selon la pensée actuelle, ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux d'un Etat étranger que dans les procédures civiles et non pénales.²²²

4. L'immunité et l'accès à la justice

La dernière approche de la relation entre l'interdiction de la torture et des autres graves crimes internationaux et l'immunité des Etats n'examine pas directement leur interaction. Au contraire, elle se concentre sur la relation entre l'immunité et l'accès à la justice. Ce débat a généralement eu lieu dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) mais peut être étendu au delà de sa portée spécifique. L'article 6(1) de la CEDH dispose que :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi,

²²⁰ [Notre traduction] Comité contre la torture, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture*, 34^{ème} session (mai 2005), CAT/C/CO/34/CAN, para. C (4)(g).

²²¹ [Notre traduction] Comité contre la torture, *id.*, para. D(5)(f).

²²² Voir Chapitre III(6) des Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, *supra* note 12, p. 301.

Immunité c. responsabilité

qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

Deux arguments ont été avancés à cet égard : d'abord, les tribunaux doivent trouver un juste équilibre entre les intérêts concurrents du droit d'accès de l'individu à la justice et de l'immunité des Etats. L'autre position, cependant, est qu'aucun équilibre ne peut être trouvé car l'immunité des Etats est nécessairement incompatible avec l'accès à la justice et l'un doit donc prévaloir sur l'autre.

Comme évoqué plus haut, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume Uni*, la CEDH a confirmé la décision de la Cour d'appel anglaise d'accorder l'immunité au Koweït (bien que dans un petit jugement de 9-8), sans analyse ni explication significative. Le Royaume-Uni a allégué que l'article 6(1) ne s'appliquait pas à des « événements survenus en dehors de la juridiction de l'Etat » et que, « comme en l'occurrence le droit international exige[ait] l'immunité, les faits échapp[ai]ent à la juridiction des cours et tribunaux nationaux et donc à l'empire de l'article 6 ». ²²³ La CEDH a rejeté ces arguments et jugé que l'article 6 était applicable :

« Qu'une personne ait, au plan interne, une prétention pouvant donner lieu à une action en justice peut dépendre non seulement du contenu matériel, à proprement parler, du droit de caractère civil en cause tel que le définit le droit national, mais encore de l'existence de barrières procédurales (*procedural bars*) empêchant ou limitant les possibilités de saisir un tribunal de plaintes potentielles. Dans cette dernière catégorie d'affaires, l'article 6 § 1 de la Convention peut trouver à s'appliquer. Certes, les organes de la Convention ne sauraient créer, par voie d'interprétation de l'article 6 § 1, un droit matériel de caractère civil n'ayant aucune base légale dans l'Etat concerné. Toutefois, par exemple, qu'un Etat puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge. » ²²⁴

La Cour a expliqué, cependant, que le droit d'accès à la justice n'était pas absolu mais objet d'une marge d'appréciation. Toute limitation au droit d'accès à la justice doit tendre à un but légitime et, afin de satisfaire à la condition de proportionnalité, ne doit pas porter atteinte à la substance de ce droit. ²²⁵ Elle a alors considéré que l'immunité des Etats poursuivait le but légitime de la courtoisie et des relations internationales « grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat » ²²⁶ et n'imposait pas de « restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal. » ²²⁷ La Cour a jugé que « [d]e même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans les

²²³ *Id.*, para. 44.

²²⁴ *Id.*, para. 47 (citant *Fayed c. Royaume Uni*, 21 septembre 1994).

²²⁵ *Id.*, para 53.

²²⁶ *Id.*, para 54.

²²⁷ *Id.*, para. 56.

limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats. »²²⁸

La décision de la majorité a été critiquée pour ne pas avoir mené d'analyse détaillée des droits qui doivent être confrontés. Au lieu d'examiner les manières de trouver un équilibre entre les droits concurrents, la Cour a simplement endossé ce qui revient effectivement à l'application d'une immunité générale. Dans son opinion dissidente, le juge Loucaides a observé que, comme dans son opinion dans deux autres affaires de la CEDH relatives à l'immunité, *Fogarty c. Royaume Uni* et *McElhinney c. Irlande*, accorder l'immunité générale sans mettre en balance les intérêts concurrents constituait une limitation disproportionnée à l'article 6(1).²²⁹

En ce qui concerne le point de savoir si l'immunité des Etats constitue un « but légitime », un commentateur a souligné que les buts considérés comme légitimes étaient généralement liés à « des objectifs politiques poursuivis par les gouvernements nationaux tels que la sécurité publique, la sécurité nationale, la protection de la santé publique et du bien-être économique du pays ou les droits d'autres individus. »²³⁰ Au contraire, les buts de « la courtoisie internationale et des relations internationales » sont très vagues et larges. De même, la CEDH n'a pas examiné en détail la proportionnalité de la limitation à l'accès à la justice résultant de l'application de l'immunité, ce qui, comme le remarque un commentateur, « soit ôte toute signification aux notions de but légitime et de proportionnalité, soit en fait une mauvaise application. »²³¹

L'approche de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani* contraste avec la jurisprudence générale de la CEDH dans laquelle elle examine normalement une variété de facteurs tels que la nature du droit restreint, si la restriction éteint effectivement le droit et si des mesures alternatives sont disponibles. Par exemple, dans l'affaire *Connors c. Royaume Uni*, la CEDH a considéré que la marge d'appréciation était plus étroite « lorsque le droit en jeu est crucial pour la jouissance effective par l'individu de droits clés ou personnels. »²³² Dans ces affaires, la Cour doit adopter une approche « stricte » et « rigoureuse » « lorsque l'article 6 constitue un moyen d'obtenir réparation de violations de normes de *jus cogens* telles que la torture. »²³³

Dans des affaires qui ont spécifiquement examiné la question d'autres types d'immunité, telle que l'immunité parlementaire et l'immunité des organisations internationales, la CEDH a mené une analyse plus approfondie. Dans l'arrêt récent *Cordova c. Italie (n°1)*²³⁴, M. Cordova, procureur, avait intenté une action en diffamation devant les tribunaux italiens pour des déclarations faites à son sujet par un membre du Parlement italien lors d'une réunion électorale. La Cour italienne de Cassation a considéré que l'immunité parlementaire s'appliquait à ces affirmations et M. Cordova déposa une requête devant la CEDH au motif que ses droits en vertu de l'article 6(1) avaient été violés. La CEDH a jugé que les critères de nécessité et de proportionnalité exigeaient de trouver un « juste équilibre » « entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. »²³⁵

²²⁸ *Id.*, para 56.

²²⁹ *Supra* note 124.

²³⁰ [Notre traduction] Voyiakis, *supra* note 181, p. 310.

²³¹ [Notre traduction] Voyiakis, *supra* note 179, p. 313.

²³² [Notre traduction] *Connors c. Royaume Uni*, requête n°66746, 27 mai 2004, para. 82.

²³³ [Notre traduction] *id.*, para. 82.

²³⁴ *Cordova c. Italie (n°1)*, requête n°40877/98, 2003.

²³⁵ *Id.*, para 64.

La Cour a d'abord observé que les limitations à l'accès à la justice en vertu de l'article 6 « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. »²³⁶ Elle a ajouté :

« Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants, en adoptant l'un ou l'autre des systèmes normalement utilisés pour assurer une immunité aux membres du Parlement, soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs. La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique. Il serait incompatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique et avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1, à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge, qu'un Etat pût, sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention, soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité des catégories de personnes. »²³⁷

Sur les faits de l'espèce, la Cour « a estimé compatible avec la Convention une immunité qui couvrirait les déclarations faites au cours des débats parlementaires au sein des chambres législatives et tendait à la protection des intérêts du Parlement dans son ensemble, par opposition à ceux de ses membres pris individuellement. »²³⁸ Cependant, la Cour a observé que les faits en question n'étaient pas directement liés à la fonction parlementaire.²³⁹ L'absence de lien évident avec la justification avancée pour l'immunité impliquait que la Cour adoptât « une interprétation étroite de la notion de proportionnalité. »²⁴⁰ La cour a conclu que l'immunité ne s'appliquait pas puisque :

« le non-lieu rendu en faveur de M. Cossiga et la décision de paralyser toute autre action tendant à assurer la protection de la réputation du requérant n'ont pas respecté le juste équilibre qui doit exister en la matière entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. »²⁴¹

Un facteur central dans la décision de la CEDH dans l'affaire *Cordova* fut l'impact de l'immunité qui laissait M. Cossiga sans « autres voies raisonnables pour protéger efficacement ses droits garantis par la Convention. »²⁴² Cette idée bat en brèche l'argument évoqué dans la section sur « la carte maîtresse » selon lequel l'immunité ne régit que le tribunal compétent pour connaître de l'affaire, en montrant que l'immunité peut avoir un impact négatif sur la jouissance d'un droit substantiel : l'application de l'immunité éteindrait effectivement le droit de l'individu d'accès à la justice si aucune juridiction compétente alternative n'était disponible en pratique. En effet, comme il sera étudié dans le présent Rapport lors de l'examen de l'immunité des organisations internationales dans l'affaire *Waite et Kennedy*, la question de l'existence de voies alternatives d'accès à la justice est un thème récurrent dans les affaires de la CEDH.²⁴³

²³⁶ *Id.*, para 54.

²³⁷ *Id.*, para 58.

²³⁸ *Id.*, para 61.

²³⁹ *Id.*, para 62.

²⁴⁰ *Id.*, para 63.

²⁴¹ *Id.*, para 64.

²⁴² *Id.*, para 65.

²⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, Requête n°26083/94, 1999.

Lorsque aucune juridiction compétente alternative n'existe, un commentateur considère que même si la CEDH avait essayé de procéder à une étude de l'équilibre, « il est difficile de concevoir comment [la Cour] pouvait éviter de juger que toutes les mesures accordant l'immunité à des Etats étrangers ou à des organisations internationales imposaient potentiellement une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal. »²⁴⁴ Il allègue qu'une approche équilibrée entre l'immunité des Etats et l'accès à la justice est impossible lorsqu'il n'existe aucune juridiction compétente alternative pour connaître de la plainte puisque l'article 6 prévaudrait toujours. Au contraire, il estime que la Cour, dans l'affaire *Al-Adsani*, aurait dû répondre aux arguments des Etats défendeurs selon lesquels ils devraient bénéficier de l'immunité conformément au droit international et les soupeser avec le moyen du requérant du droit d'accès à la justice en vertu de la CEDH.²⁴⁵ La question essentielle qui se pose à la Cour aurait alors été comment résoudre un conflit entre le droit international et l'article 1 de la CEDH.²⁴⁶ Si elle avait adopté une telle approche, il conclut que :

« il était clair que les Etats défendeurs n'auraient pas pu poursuivre le but légitime de respecter leurs obligations internationales [d'accorder l'immunité] – en admettant que ces obligations existaient vraiment – à moins de ne pas exercer leur compétence et donc de priver complètement les requérants de leurs droit d'accès à un tribunal. Si la Cour appliquait les critères habituels de proportionnalité ici, il est difficile de concevoir comment elle pourrait éviter de juger que toutes les mesures accordant l'immunité à des Etats étrangers ou des organisations internationales imposent potentiellement une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal. »²⁴⁷

²⁴⁴ [Notre traduction] Voyiakis, *supra* note 179, p. 312.

²⁴⁵ *Id.*, p. 311.

²⁴⁶ *Id.*, p. 308.

²⁴⁷ [Notre traduction] *id.*, p. 312.

V. CONCLUSION : L'immunité des Etats est-elle un obstacle légitime dans les actions civiles extraterritoriales pour torture et autres graves crimes internationaux ?

L'immunité des Etats n'est pas un concept immuable inextricablement lié à ses origines historiques. Au contraire, il a été caractérisé comme « un sujet classique de droit international en besoin permanent d'ajustement aux notions contemporaines d'Etat et d'état de droit. »²⁴⁸ Comme il a déjà été mis en évidence avec la limitation de l'immunité des Etats dans des domaines comme le commerce, la doctrine est capable de répondre à la conception évolutive de la notion d'Etat. L'« exception commerciale » est née de la constatation de l'inéquité résultant de ce que l'immunité des Etats empêchait la partie contractante avec l'Etat de porter des litiges devant la justice. Dans son examen de la justification du développement de la doctrine restrictive de l'immunité des Etats en droit anglais, Lord Wilberforce a affirmé qu'« il est nécessaire dans l'intérêt de la justice que les individus qui font des transactions avec l'Etat soient autorisés à porter ces transactions devant les tribunaux. »²⁴⁹ Dans les affaires de torture, l'injustice résultant de l'application potentielle de l'immunité des Etats est encore plus évidente : le survivant de la torture ne transige pas volontairement avec l'Etat, le crime est l'un des plus abominables du droit international et, en pratique, il n'existe que très peu d'alternatives, voire aucune. Pourtant, alors que l'« exception commerciale » s'est développée il y a des décennies, les Etats manifestent très peu de motivation ou de volonté pour placer également les affaires de torture hors de la portée de l'immunité des Etats.

Le contraste entre le pouvoir des agents commerciaux et des survivants de la torture conduit à s'interroger sur le point de savoir si la restriction commerciale à l'immunité des Etats a beaucoup à voir avec l'équité, l'accès à la justice et l'état de droit ou si elle ne dépendrait pas plutôt du pouvoir de négociation relatif des deux ensembles d'acteurs. Pour le défendeur, le litige n'est jamais une perspective bienvenue. L'immunité des Etats fournit un moyen d'éviter de répondre à des poursuites. Cependant, contrairement au cas du survivant de la torture, l'application de l'immunité des Etats à des relations contractuelles avec des agents commerciaux peut avoir des conséquences sérieuses pour l'Etat. Un agent commercial peut choisir de ne pas contracter avec l'Etat si l'immunité des Etats présente un obstacle prévisible à la résolution de litiges. Etant donné le pouvoir croissant des sociétés dans le paysage international, les sociétés refuseraient tout simplement d'entrer dans des relations contractuelles avec un Etat si tous les litiges occasionnés par cette relation ne pouvaient être résolus par la voie contentieuse ou arbitrale. En conséquence, afin de protéger sa capacité commerciale, l'Etat n'a d'autre choix que de restreindre l'application de l'immunité en matière commerciale. Comme le fait remarquer le juge Scrutton dans l'affaire *Porto Alexandre*, « si les navires de l'Etat se trouvaient embourbés parce que personne ne voudrait les sauver en raison du refus des Etats d'accorder tout recours juridique en matière de sauvetage, leurs propriétaires changeraient d'avis. »²⁵⁰ Le même degré de motivation ne s'applique pas aux affaires de torture et cela peut expliquer l'absence d'analyse de la justification permanente de l'immunité des Etats dans ces affaires.

²⁴⁸ [Notre traduction] Gavouneli, *supra* note 120, p. 19.

²⁴⁹ [Notre traduction] *I Congreso del Partido* [1983] 1 AC 244, [1981] 2 All ER 1062, p. 1070.

²⁵⁰ *The Porto Alexandre* [1920] P 30, p. 39.

Les tribunaux, comme la CEDH, se contentent d'admettre que l'application de l'immunité des Etats aux affaires de torture et autres graves crimes internationaux correspond au « but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat » sans expliquer pourquoi. Les tribunaux avancent l'argument théorique selon lequel l'immunité n'équivaut pas à l'impunité sans démontrer comment cette affirmation est avérée en pratique. Ils prétendent également que le retrait de l'immunité au stade juridictionnel n'est pas significatif car l'immunité sera toujours applicable au moment de l'exécution, sans prendre en considération la valeur de l'accès à la justice en soi. Enfin, les tribunaux affirment que la restriction de l'immunité dans les affaires limitées de torture et d'autres graves crimes internationaux exposerait les tribunaux à un afflux de requêtes, sans démontrer que cela arriverait vraiment en réalité.

1. L'immunité des Etats peut aboutir à l'impunité de la torture

L'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité des Nations Unies définit l'impunité comme suit :

« L'impunité se définit par l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes. »²⁵¹

Le Principe 1 décrit ce que constitue l'impunité :

« L'impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les États d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour que ceux dont la responsabilité pénale serait engagée soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et de veiller à ce qu'elles reçoivent réparation du préjudice subi, de garantir le droit inaliénable à connaître la vérité sur les violations et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations. »

En dépit de cette définition de l'impunité, la CIJ, dans l'affaire *Mandat d'arrêt*, a considéré que l'immunité n'équivalait pas à l'impunité.²⁵² L'affaire concernait un mandat d'arrêt délivré par un magistrat belge à l'encontre du ministre des affaires étrangères de la RC ; la Cour a expliqué que l'immunité ne s'appliquait que tant que le ministre des affaires étrangères était en fonction. En conséquence, l'immunité ne couvrait que les actes officiels du ministre des affaires étrangères, ce qui, selon la CIJ, ne couvrait pas la commission de crimes internationaux. La Cour a également observé que tant que le ministre des affaires étrangères demeurait en fonction, son gouvernement pouvait lever son immunité devant les tribunaux

²⁵¹ Conseil économique et social, *Protection et promotion des droits de l'homme – Impunité - Rapport de l'Experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher - Additif : *Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005 ; voir aussi les principes initiaux sur l'impunité, *Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annexe II, 1997 (« Principes Joinet ») ; *Les normes du CPT - Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2002) 1- Rev.2004, IX, La lutte contre l'impunité. Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), *1^{ère} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2003 au 31 juillet 2004*, CPT/Inf (2004), 28, Strasbourg, 21 septembre 2004 (observant que : « [l]a crédibilité de la prohibition de la torture et d'autres formes de mauvais traitements est mise à mal chaque fois que des agents publics responsables de telles infractions ne sont pas tenus de répondre de leurs actes. », para. 25).

²⁵² Affaire *Mandat d'arrêt*, *supra*, note 41.

Immunité c. responsabilité

internes étrangers ; il pouvait être jugé dans son propre pays ainsi que par un tribunal international.²⁵³ Des arguments similaires selon lesquels l'immunité n'équivaut pas à l'impunité ont été également avancés à propos des chefs d'Etat.²⁵⁴

En ce qui concerne l'application de l'immunité aux organisations internationales, les tribunaux ont également abordés le point de savoir s'il existait une juridiction compétente alternative devant laquelle l'individu puisse accéder à la justice. Par exemple, dans l'affaire *Waite et Kennedy c. Allemagne*,²⁵⁵ MM. Waite et Kennedy (deux citoyens britanniques) avaient été recrutés par une entreprise britannique pour travailler pour l'Agence spatiale européenne (ASE) en Allemagne. MM. Waite et Kennedy ont alors essayé de porter un litige relatif à leur travail contre l'ASE devant les tribunaux allemands mais leur affaire fut rejetée sur le fondement de l'immunité. Les employés ont ensuite formé une requête devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, alléguant qu'on leur avait refusé l'accès à un tribunal prévu par l'article 6(1) de la CEDH. La CEDH a d'abord observé que, si l'article 6(1) ne prévoyait pas un droit absolu à l'accès à un tribunal, toute limitation à cet accès ne devait pas aboutir à ce que « le droit s'en trouv[ât] atteint dans sa substance même. »²⁵⁶ La Cour a considéré que l'immunité applicable à l'ASE poursuivait le but légitime de protéger le fonctionnement de l'organisation internationale de toute ingérence des gouvernements.²⁵⁷ Cependant, la Cour a observé que la limitation ne serait proportionnelle que si « les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention. »²⁵⁸ A cet égard, la Cour a reconnu que la Commission de recours indépendante au sein de l'ASE constituait une « autre voie raisonnable » d'accès à un tribunal et a donc confirmé la décision du tribunal allemand d'accorder l'immunité à l'ASE.²⁵⁹

Comme dans la décision de la CEDH, un tribunal belge a récemment considéré que si les lois internes d'une organisation internationale ne prévoyaient pas de mécanisme effectif de résolution des litiges avec les employés et d'autres individus, le droit d'accès à un tribunal prévaudrait sur l'immunité de juridiction et d'exécution qui est normalement accordée à l'organisation internationale dans l'Etat hôte.²⁶⁰ Pour aboutir à cette décision, le tribunal s'est demandé si l'individu disposait d'une voie alternative raisonnable pour assurer son droit d'accès à un tribunal, sur le fondement de l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Waite et Kennedy*. Dans une autre affaire relative à l'immunité d'exécution, un tribunal belge a considéré que l'organe interne d'une organisation internationale pour résoudre les litiges était inapproprié parce que les audiences n'étaient pas publiques et que les membres de la commission qui décidaient du résultat de l'examen étaient nommés par le conseil intergouvernemental de l'organisation internationale et n'étaient désignés que pour deux ans. Ces facteurs ont conduit la Cour à conclure que la commission interne n'était ni indépendante ni impartiale.

Pour examiner si l'immunité entraîne l'impunité, confronter la décision de la CIJ dans l'affaire *Mandat d'arrêt* aux affaires contre des organisations internationales fournit une comparaison utile. L'ensemble des affaires relatives à des organisations internationales met en évidence que

²⁵³ *Id.*, para. 61.

²⁵⁴ Voir Salvatore Zappalà, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes, The Ghaddafi Case Before the French Court of Cassation*, 12(3) Eur. J. Int'l L., 595 – 612 (2001).

²⁵⁵ *Waite et Kennedy c. Allemagne, supra*, note 243.

²⁵⁶ *Id.*, para. 59.

²⁵⁷ *Id.*, para. 63.

²⁵⁸ *Id.*, para. 68.

²⁵⁹ *Id.*, para. 68-74.

²⁶⁰ Journal des Tribunaux, n°6110, 18 octobre 2003.

le droit d'accès à un tribunal ne doit pas être théorique ni illusoire, mais concret et effectif.²⁶¹ En revanche, le jugement de la CIJ dans l'affaire *Mandat d'arrêt* fonde son affirmation selon laquelle l'immunité n'équivaut pas à l'impunité sur des voies alternatives d'accès à un tribunal qui sont théoriques : le gouvernement dont fait partie le ministre des affaires étrangères *pourrait* lever l'immunité devant les tribunaux internes étrangers ; le ministres des affaires étrangères *pourrait* être poursuivi dans son propre pays ou devant un tribunal international ; et, une fois qu'il aurait quitté ses fonctions, un tribunal interne étranger *pourrait* le juger pour ses actes non officiels. Le Juge *ad hoc* van dan Wyngaert, dans son opinion dissidente, rejette la position de la CIJ en affirmant qu' « [e]n pratique (...), l'immunité conduit à une impunité de fait. »²⁶² Elle souligne que le gouvernement de RC n'avait pas levé l'immunité et n'avait ni instruit les crimes allégués ni poursuivi le ministre des affaires étrangères. De plus, elle conclut que « [l]a Cour surestime grandement la marge de manoeuvre d'une juridiction pénale internationale »²⁶³ au mandat et à la capacité limités. En conséquence, si l'immunité peut ne pas équivaloir à l'impunité en théorie, en pratique, c'est très souvent le cas. En effet, le Principe 19 de *l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, met en évidence l'importance d'une « répartition des compétences entre les juridictions nationales, étrangères, internationales et internationalisées »²⁶⁴ afin de combattre complètement l'impunité.

En ce qui concerne les Etats, l'application de l'immunité peut bel et bien entraîner l'impunité. Comme il a été dit au début du présent Rapport, en théorie, le survivant d'un crime international doit pouvoir accéder aux tribunaux de l'Etat où les crimes ont été commis. En théorie, les Etats peuvent renoncer à l'immunité devant les tribunaux nationaux étrangers. En théorie, les Etats peuvent tenter une action contre l'Etat fautif devant une juridiction internationale compétente. En pratique, cependant, les tribunaux de l'Etat où les crimes ont été commis sont souvent indisponibles pour diverses raisons pratiques et juridiques. En pratique, les Etats ne renoncent pas à leur immunité dans des affaires relatives à de graves crimes internationaux et le concept de renonciation implicite a rencontré de nombreuses difficultés devant les tribunaux internes. En pratique, les Etats ont rarement tenté d'action à l'encontre de l'Etat fautif devant une juridiction internationale dans une affaire relative à de graves crimes internationaux et les individus ne peuvent accéder qu'à un nombre limité de juridictions au niveau international. Enfin, contrairement aux fonctionnaires qui peuvent quitter leurs fonctions à un certain moment (encore qu'on ne puisse pas présumer que ce soit toujours le cas), les Etats constituent presque toujours des entités permanentes, si bien qu'aucune occasion future d'accéder à un tribunal étranger ne se présentera. Face à cette réalité, l'immunité peut très bien fermer les moyens d'engager la responsabilité d'un Etat, ce qui signifie effectivement que la responsabilité est mise en échec.

2. Les justifications traditionnelles de l'immunité des Etats peuvent-elles s'appliquer à des affaires de graves crimes internationaux ?

²⁶¹ *Waite et Kennedy*, supra, note 243, para. 67.

²⁶² Opinion dissidente du Juge van der Wyngaert dans l'affaire *Mandat d'arrêt*, supra, note 41, para. 34.

²⁶³ *Id.*, para. 37.

²⁶⁴ Conseil économique et social, *Promotion et Protection des droits de l'homme – Impunité - Rapport de l'Experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102,2005.

En dehors de l'Etat en tant que système, d'autres acteurs sont de plus en plus poursuivis devant les tribunaux internes pour torture et autres graves crimes internationaux. Dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain* aux Etats Unis, les gouvernements australien, suisse et britannique avaient présenté une intervention commune contre l'application de la *Alien Tort Claims Act*.²⁶⁵ Ils se sont opposés aux « larges revendications de compétence extraterritoriale à l'égard des étrangers à l'occasion de litiges étrangers au motif qu'un tel contentieux peut interférer avec la souveraineté nationale et générer une incertitude juridique et des coûts. »²⁶⁶ Les gouvernements alléguèrent que « les Etats sont généralement les premiers sujets de droit international public sur lesquels reposent les violations des droits de l'homme. Or, l'immunité souveraine s'applique aux entités gouvernementales poursuivies en vertu de la législation *Alien Tort* (...) Dès lors, les principales cibles de la législation moderne de l'*Alien Tort* sont nécessairement les individus et les entreprises. » Citant l'affaire *South African Apartheid Litigation*, les gouvernements alléguèrent que « le gouvernement d'Afrique du Sud – à bon droit – excipe de son immunité souveraine, tandis que plusieurs sociétés australiennes, britanniques et suisses ainsi que de nombreuses sociétés des Etats Unis ou d'ailleurs doivent, elles, se défendre contre les accusations. »²⁶⁷

Les conclusions communes des gouvernements dans l'affaire *Sosa* mettent en évidence, peut-être par inadvertance, les incohérences de l'application de l'immunité confrontée à la lutte contre l'impunité. La définition de la torture fournit une illustration utile à cet égard. Par définition, la torture doit être commise à titre officiel. Pour poursuivre les entreprises, il faut dès lors qu'elles aient agi conjointement avec des acteurs étatiques, soit en prodiguant aide et assistance, soit à titre de complice. L'octroi de l'immunité à l'Etat dans de telles circonstances impliquerait qu'un complice puisse être poursuivi et non l'auteur principal. Comme l'affaire *Apartheid Litigation* citée par les gouvernements dans leurs conclusions communes dans l'affaire *Sosa*, la récente transaction dans l'affaire *Unocal* illustre les problèmes posés par cette approche. Alors que l'armée myanmar (ex birmane) est soupçonnée d'avoir commis de graves crimes internationaux à l'encontre de villageois vivant le long d'un gazoduc de gaz naturel à Myanmar, l'Etat de Myanmar serait protégé de tout contentieux par l'immunité des Etats. Au contraire, la société Unocal, qui est soupçonnée d'avoir prêté « aide et assistance » à l'armée myanmar, ne jouit pas de la protection de l'immunité et, en conséquence, a récemment transigé après que le contentieux a été porté jusque devant le *Ninth Circuit* (circonscription judiciaire, NdT) aux Etats Unis.²⁶⁸ Une autre affaire est en cours devant les tribunaux belges contre la société pétrolière TotalfinaElf, pour sa complicité alléguée avec l'armée myanmar dans la torture et le travail forcé infligés à des travailleurs construisant un oléoduc à Myanmar.²⁶⁹

Avec une augmentation du recours aux tribunaux nationaux pour poursuivre les auteurs de graves crimes internationaux, les paramètres de l'impunité sont rétrécis. Cependant, l'impunité ne peut jamais être complètement résolue si l'Etat, en tant que système ou structure au cœur de nombreux graves crimes internationaux, n'est pas poursuivi. Un commentateur observe qu'« étant donné le rôle décroissant de l'Etat comme acteur national et international, au moins par rapport à la société transnationale et à l'individu, la question se pose sérieusement de savoir si l'Etat continue de bénéficier d'une protection spéciale à l'égard de la compétence interne d'autres Etats. »²⁷⁰

²⁶⁵ *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004).

²⁶⁶ [Notre traduction] *Brief of the Governments of the Commonwealth of Australia, The Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amici Curiae in Support of the Petitioner* (23 January 2004), p. 2.

²⁶⁷ [Notre traduction] *Id.*, p. 14.

²⁶⁸ Associated Press, *Unocal Reaches Deal to Settle Myanmar Human Rights Suit*, 14 December 2004.

²⁶⁹ Steven R. Ratner, *Editorial Comment: Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem*, 97 Am. J. Int'l L. (2003) 888 – 897, p. 890.

²⁷⁰ [Notre traduction] Richard Garnett, *Should Foreign State Immunity Be Abolished?*, 20 Aus. YBIL 175 – 190 (1999), p. 175.

En conséquence, afin de justifier l'immunité accordée à l'Etat en tant qu'entité, les Etats doivent présenter des arguments solides quant aux raisons pour lesquelles ils devraient être traités différemment des autres acteurs responsables, afin de démontrer en quoi ils devraient bénéficier de la protection de l'immunité au stade juridictionnel d'une affaire. Dans les affaires jugées jusqu'ici, les tribunaux ont eu tendance à se contenter d'admettre l'application de l'immunité des Etats, en particulier dans les pays de *common law* où les tribunaux se réfèrent au caractère « exhaustif » des lois existantes. Ainsi, les justifications traditionnelles de l'immunité des Etats (comme l'égalité souveraine des Etats, le respect de leur dignité, la non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat et la promotion de la courtoisie et des relations internationales) sont énumérées machinalement, sans expliquer pourquoi le raisonnement sous-jacent à l'immunité des Etats constitue une barrière légitime à la possibilité pour le survivant de la torture d'accéder à un tribunal.

La Dignité

Dans l'affaire *Ferrini c. République Fédérale d'Allemagne*, la *Corte di Cassazione* a affirmé que, comme l'immunité *ratione materiae* ne protégeait pas les fonctionnaires dans les affaires de violations de normes de *jus cogens*, ce raisonnement pouvait être également étendu pour refuser l'immunité à l'Etat lui-même. La Cour a assimilé l'immunité de l'Etat à l'immunité fonctionnelle de certains fonctionnaires, concluant à la fin du jugement que « puisque l'immunité fonctionnelle de l'organe de l'Etat sert à protéger la souveraineté de l'Etat, alors « il n'y a pas de raison valable » de maintenir l'immunité de l'Etat dans toutes les affaires où l'immunité fonctionnelle de l'organe est écartée. »²⁷¹

Bien que cette partie de la décision de la *Corte di Cassazione* ait été grandement critiquée,²⁷² la Cour soulève un argument valable selon lequel, en comparaison avec le raisonnement sous-jacent à l'immunité des fonctionnaires, qui est généralement fondé sur des considérations fonctionnelles, afin qu'ils puissent conduire les affaires de l'Etat sans craindre d'être poursuivis ou arrêtés, la justification de l'immunité de l'Etat par son statut et sa dignité semble faible. Etant donné que les Etats ont eux-mêmes promu et mis en avant l'importance du droit international des droits de l'homme, la justification de l'immunité générale dans ces affaires par des considérations de statut semble peu convaincante.

De plus, le Juge Rosalyn Higgins souligne que « la notion de dignité du souverain s'est altérée. Le droit international ne considère plus comme contraire à la dignité des nations de répondre aux plaintes à leur encontre. »²⁷³ Sa position est étayée par l'affirmation de Lord Denning dans l'affaire *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*, selon laquelle :

« Il ressort davantage de la dignité d'un souverain étranger de se soumettre lui-même à l'état de droit plutôt que d'alléguer être au dessus de cela, et son indépendance est mieux garantie en acceptant les décisions des tribunaux reconnus impartiaux plutôt qu'en rejetant arbitrairement leur compétence. »²⁷⁴

Arthur Watts ajoute qu' : « [a]uparavant, il était attaché beaucoup de poids à la dignité des Etats comme une qualité inhérente aux Etats souverains que d'autres Etats étaient en devoir

²⁷¹ [Notre traduction] Andrea Gattini, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 224-242 (2005), p. 230.

²⁷² De Sena and De Vittor, *supra* note 121, p. 105.

²⁷³ [Notre traduction] Higgins, *supra* note 59, p. 271.

²⁷⁴ [Notre traduction] *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] AC 379, p. 609.

Immunité e. responsabilité

de respecter. » Il observe que l'immunité juridictionnelle absolue des Etats était fondée, en partie, sur la dignité mais conclut que : « la dignité (...) est une notion évasive, bien qu'elle soit toujours une étiquette commode. » Il allègue que la dignité n'est applicable qu' « en matière de protocole et de cérémonial étatique. C'est là, plutôt que dans les règles du droit internationale, qu'elle a toujours de l'importance. »²⁷⁵

La souveraineté de l'Etat et la non-intervention dans les affaires internes d'un Etat

Comme il a été vu au début du présent Rapport, la souveraineté de l'Etat et la notion corollaire de la non-intervention dans les affaires internes d'un Etat constituent les principes fondateurs du droit international. Cela dit, ces concepts se sont ajustés aux évolutions modernes du droit international comme le droit international des droits de l'homme. Dans cette perspective, si la souveraineté de l'Etat s'est ajustée, le poids accordé à l'immunité des Etats, en tant que doctrine dérivée, dans les affaires de graves crimes internationaux, doit être examiné.

La souveraineté étatique formait la base du droit international et des relations internationales. Dans leur conception d'origine, les Etats étaient, dans leurs relations externes, considérés, au moins formellement, comme indépendants et égaux et, au niveau interne, chaque Etat était considéré comme ayant un contrôle et une compétence exclusifs sur son propre territoire. Afin de protéger la souveraineté de chaque Etat, le principe de non-intervention dans les affaires internes d'un Etat s'appliquait. En bref, dès lors, chaque Etat pouvait faire ce que bon lui semblait à l'intérieur de son propre territoire et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle par d'autres Etat ou d'autres organes.

Dans leur ensemble, la souveraineté étatique et le principe de non-intervention ne sont pas obsolètes ; ils demeurent des éléments importants du droit international et sont respectivement incarnés dans les articles 2(1) et 2(7) de la Charte des Nations Unies. Bien que les Etats ne soient égaux que formellement, ces principes peuvent apporter une protection importante aux Etats les plus faibles contre les Etats puissants.²⁷⁶ Cependant, à la suite de la seconde guerre mondiale, un ensemble solide de droit international sur les droits de l'homme et les crimes internationaux commença à émerger. Ces normes s'incarnèrent dans des documents tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux, et se sont développées de manière croissante dans une pléthore de traités, de coutumes et de jurisprudence. En 1992, le Secrétaire général des Nations Unies, Boutros-Boutros Ghali a déclaré que « [l]a pierre angulaire de l'édifice est et doit demeurer l'Etat, dont le respect de la souveraineté et de l'intégrité constitue des conditions de tout progrès international. La souveraineté absolue et exclusive n'est cependant plus de mise, si la pratique a jamais égalé la théorie. »²⁷⁷ Cette position a été étayée par le successeur de Boutros-Boutros Ghali, Kofi Annan, en 1999.²⁷⁸

En conséquence, la reconnaissance grandissante des normes relatives aux droits de l'homme s'est confrontée directement aux principes du droit international traditionnel de la souveraineté étatique et de la non-intervention ; le droit international régule maintenant la manière dont laquelle les Etats se comportent à l'égard de leurs propres citoyens à l'intérieur de leur propres

²⁷⁵ [Notre traduction] Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, Recueil Des Cours 1994 III (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers), pp. 40-41.

²⁷⁶ Cependant, certains commentateurs comme Louis Henkin, *INTERNATIONAL LAW: POLITICS AND VALUES* (1995), p. 10, allèguent que la souveraineté étatique devrait être éliminée du droit international moderne.

²⁷⁷ *Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix. Rapport du Secrétaire général*, Doc. NU A/47/277-S/24111. (cité dans John H. Jackson, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, 97(4) *Amer. J. Int'l L.* 782-802 (2003), p. 787).

²⁷⁸ *Rapport annuel du Secrétaire général à l'Assemblée générale*, Communiqué de presse des Nations Unies, 20 septembre 1999.

frontières territoriales. Ces évolutions du droit international ont également eu un impact sur la conception et le fondement du principe de la souveraineté étatique, évoluant des notions traditionnelles de pouvoir et d'autorité absolus des Etats, vers le principe de l'Etat représentatif de ces citoyens.²⁷⁹

En droit international, les graves crimes internationaux ne sont pas considérés comme relevant du domaine interne d'un Etat, mais de la préoccupation et de la responsabilité de la communauté internationale dans son ensemble. La CIJ, dans l'affaire *Barcelona Traction Light and Power Company Limited*,²⁸⁰ a considéré que les Etats étaient débiteurs de certaines obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, telles que les droits de l'homme. Ces obligations sont qualifiées de *erga omnes* et reflètent souvent des règles ayant valeur de *jus cogens*, comme l'interdiction de la torture. Les obligations *erga omnes* tempèrent les principes de la souveraineté étatique et de la non-intervention car les Etats ne peuvent se cacher derrière ces principes lorsqu'une action est intentée à leur encontre sur la base de la violation d'une obligation.²⁸¹

A la suite des évolutions du droit international, les Etats ne pouvaient pas alléguer qu'ils avaient le droit juridique de commettre de graves crimes internationaux sur le fondement de la souveraineté étatique. La souveraineté étatique et la non-ingérence figurent parmi les premières justifications avancées à l'appui du maintien de l'immunité des Etats. Cependant, les tribunaux n'ont pas pris en compte les évolutions relatives à la souveraineté étatique lorsqu'ils ont traité de l'applicabilité de l'immunité des Etats à des affaires de graves crimes internationaux. Au contraire, les tribunaux ont généralement commencé par une description de l'évolution de l'immunité des Etats sur le fondement des principes de la souveraineté étatique et de la non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat. Les tribunaux n'examinent ni n'analysent la portée actuelle de ces deux principes et la manière dont ils influent sur l'application actuelle de l'immunité des Etats. D'une part, la souveraineté étatique et la non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat sont tempérées par les exigences du droit international des droits de l'homme. D'autre part, l'immunité des Etats – qui ne jouit pas du même statut en droit international mais qui n'est qu'une doctrine dérivée – continue d'être fondée sur les notions traditionnelles de pouvoir et d'autorité absolus de l'Etat. A cet égard, l'évolution de l'immunité de l'Etat devrait être parallèle à la reconnaissance de l'évolution de la notion d'Etat souverain en matière de graves crimes internationaux. Sans cette évolution, l'immunité des Etats ne peut étayer les acceptions contemporaines de la souveraineté étatique si elle demeure fondée sur les conceptions historiques de la doctrine.

La courtoisie et les relations internationales

²⁷⁹ L'article 21(3) de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « [l]a volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote. » Voir aussi W. Michael Reisman, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84(4) *Amer. J. Int'l L.* 866-876 (1990), p. 872 (affirmant : « Le droit international est toujours préoccupé par la protection de la souveraineté mais, dans un sens moderne, l'objet de la protection n'est pas la base du pouvoir du tyran qui gouverne directement par pouvoir personnel ou à travers l'*apparatus* d'un ordre politique totalitaire, mais la capacité permanente de la population d'exprimer et de faire des choix librement sur ses gouvernants et leurs politiques. » [notre traduction]).

²⁸⁰ *Supra* note 29.

²⁸¹ La qualification de la souveraineté étatique et de la non-intervention dans les affaires internes d'un Etat devrait être distinguée des particularités du débat sur le concept d'« intervention humanitaire », notamment la discussion sur le point de savoir si les Etats ont recours aux évolutions de la souveraineté étatique et des droits de l'homme pour poursuivre des objectifs politiques. Pour une présentation plus détaillée de cette question, voir Karima Bennouna, *'Sovereignty vs. Suffering?' Re-examining Sovereignty and Human Rights through the Lens of Iraq*, 13(1) *Eur. J. Int'l L.* 243 – 262 (2002).

La dernière justification avancée à l'appui de l'application de l'immunité réside dans la courtoisie et les relations internationales. La courtoisie est un terme multiforme revêtant plusieurs significations. Entre les Etats en particulier²⁸², la courtoisie a été caractérisée comme « des règles de politesse, de convenance et de bonne volonté. Ces règles de conduite internationale ne sont pas des règles de droit international, contrairement au Droit des Nations. »²⁸³

Dans des affaires relatives à de graves crimes internationaux, comme l'interdiction de la torture qui a valeur impérative en droit international, les tribunaux justifient souvent leur décision d'appliquer l'immunité des Etats sur le fondement de la courtoisie et des relations internationales, sans procéder à aucune analyse. Pourtant, contrairement à la souveraineté étatique et à la non-intervention dans les affaires internes d'un autre Etat, la courtoisie et les relations internationales ne sont même pas des règles de droit international.²⁸⁴ Selon cette définition, « les règles de politesse, de convenance et de bonne volonté » ne devraient pas constituer un empiètement légitime au respect des règles de *jus cogens*.

En effet, le fait que la protection des droits de l'homme puisse altérer des « règles de politesse, de convenance et de bonne volonté » apparaît incertain au vu du soutien massif des Etats eux-mêmes pour des traités tels que la Convention contre la torture. Cela est illustré par une décision récente de la CIJ. Une plainte avait été déposée par un groupe d'organisations des droits de l'homme en France en ayant recours au système de constitution de partie civile pour réclamer une enquête relative aux actions du Président de la République du Congo, du ministre congolais de l'intérieur, de la sécurité publique et de l'administration territoriale et d'autres fonctionnaires dans des allégations de torture, de disparitions forcées et de crimes contre l'humanité commis au Congo contre des citoyens congolais ; le Congo intenta une action contre la France devant la CIJ, alléguant, entre autres, que la France devrait respecter l'immunité du chef d'Etat en droit international. Il a allégué que les procédures en France « troublaient les relations internationales de la République du Congo par la publicité qu[elles] reçoivent », qu'elles « port[ai]ent atteinte à l'honneur et à [la] considération du chef de l'Etat (...) et, par là, au crédit international du Congo » et qu'elles nuiraient aux « relations traditionnelles d'amitié franco-congolaise. Si cette procédure délétère devait se poursuivre, le dommage deviendrait irréparable. »²⁸⁵ Le Congo a demandé que la CIJ prenne des mesures provisoires pour faire cesser les procédures en France pendant que l'affaire était entendue par la CIJ. Cependant, la CIJ a refusé les mesures provisoires au motif qu'il n'était pas établi que les procédures avaient eu un impact sur le Congo de la manière alléguée.

3. L'étude des barrières au stade de l'application altère la valeur de l'accès à la justice elle-même et en elle-même

²⁸² Au contraire de la « courtoisie judiciaire » (à laquelle les tribunaux ne se réfèrent pas lors de l'examen de l'immunité), ce qui signifie qu'un tribunal décline l'exercice de sa compétence au motif qu'il serait plus approprié que l'affaire soit traitée ailleurs : ce type de courtoisie est relative à la détermination de la juridiction compétente.

²⁸³ [notre traduction] Brownlie, *supra* note 38, p. 28 (citant Oppenheim) (Brownlie caractérise également la courtoisie comme « une espèce de compromis non sans lien avec la moralité mais qui en est distincte cependant. Le voisinage, le respect mutuel et la renonciation amicale à des techniques sont impliqués et la pratique est illustrée par l'exemption des droits de douane des représentants diplomatiques. » [notre traduction])

²⁸⁴ A moins que, comme l'affirme Oppenheim, la règle de la courtoisie soit devenue une règle de droit international coutumier, ce qui, comme il a été dit au début, est une évolution controversée. Même si elle était devenue une coutume, la question serait alors un problème de relation entre deux normes juridiques (coutume et *jus cogens*) et n'aurait donc pas d'impact sur son affirmation.

²⁸⁵ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), Requête et demande d'indication de mesure provisoire*, Cour internationale de justice, juin 2003, p. 12 (citant la Cour, para. 22-40).

Dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume Uni*, les juges Pellonpää et Bratza ont affirmé, dans leur opinion concordante, qu'« [i]l est de jurisprudence constante que le simple accès à un tribunal sans possibilité de voir exécuter les jugements ne suffit pas au regard de l'article 6. »²⁸⁶ Les juges ont considéré que si la Cour avait jugé que l'immunité juridictionnelle ne s'appliquait pas aux affaires de torture :

« pour ne pas se contredire, la Cour aurait été contrainte de déclarer que la prohibition de la torture doit l'emporter aussi sur l'immunité dont jouissent les biens d'un Etat étranger, tels que les comptes bancaires à vocation publique, le patrimoine foncier à l'usage des instituts culturels et autres établissements d'un Etat à l'étranger (y inclus même, semblerait-il, les locaux des ambassades), etc., puisque l'idée n'a pas été émise que l'immunité d'exécution de ces biens publics fait partie du jus cogens. Même s'il peut paraître à première vue très « progressiste » d'accorder la priorité absolue à la prohibition de la torture, un examen plus approfondi tend à confirmer que cette attitude risquerait de se révéler elle aussi une « victoire à la Pyrrhus ». La coopération internationale, y compris celle visant à éradiquer l'abomination qu'est la torture, présuppose que l'on préserve certains éléments du cadre essentiel à la conduite de relations internationales. Les principes en matière d'immunité des Etats participent de ce cadre de régulation et, selon moi, on favorise davantage une coopération internationale bien comprise en laissant ce cadre tel quel plutôt qu'en y changeant quelque chose. »²⁸⁷

Les juges ont, à raison, mis en évidence les réelles difficultés posées par l'immunité au moment de l'exécution, question qui requiert également une analyse et une réflexion renouvelée considérables dans les affaires de graves crimes internationaux. Cependant, en examinant l'article 6, les juges ont rassemblé l'immunité de juridiction et d'exécution. Cette approche contredit la manière dont l'immunité est traitée au niveau national et international, où l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution sont présentées comme deux régimes distincts. Si le présent Rapport a exploré la tendance à s'écarter de l'immunité absolue au niveau juridictionnel d'une affaire, l'immunité d'exécution demeure une barrière bien plus difficile à surmonter. En effet, pendant la rédaction de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, l'immunité d'exécution fut désignée comme « le dernier bastion de l'immunité des Etats. »²⁸⁸ En conséquence, si la difficulté de l'immunité d'exécution dans les affaires de graves crimes internationaux doit être examinée, son application plus restrictive ne peut être utilisée pour faire obstacle à la clarification de la relation entre l'immunité juridictionnelle et les graves crimes internationaux.

De plus, faire dépendre la levée de l'immunité juridictionnelle de celle de l'immunité d'exécution sape la valeur de l'accès à un tribunal. Les juges, dans l'affaire *Al-Adsani*, expriment le fait qu'à moins que tout jugement rendu soit bien exécuté, le contentieux n'a pas de raison d'être. Il est vrai que les survivants accordent de l'importance à l'exécution des jugements et que la possibilité d'obtenir une indemnisation financière joue presque toujours un rôle dans la décision de poursuivre un Etat ou ses fonctionnaires. A la suite des violations des droits de l'homme endurées, les survivants peuvent être incapables de travailler physiquement, mentalement ou émotionnellement. L'indemnisation financière peut remédier aux circonstances économiques difficiles, notamment lorsque le survivant doit entretenir sa famille ou nécessite des soins médicaux importants.²⁸⁹ Cependant, comme il a été vu au début du présent Rapport, le droit à

²⁸⁶ *Al-Adsani c. Royaume Uni, supra*, note 123 (Opinion concordante des Juges Pellonpää et Bratza) (citant *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997).

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ Commentaires du Projet d'articles de la CDI, C/AN.4/L/452/Add.3, Article 18(1).

²⁸⁹ Voir Beth van Schaack, *In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention*, 42 Harv. Int'l L.J. 141 – 200 (2001), p. 157.

réparation contient des éléments plus larges que l'indemnisation financière, notamment la restitution, la réadaptation ainsi que la satisfaction et la garantie de non-renouvellement.²⁹⁰

L'accès à un tribunal peut conférer des pouvoirs aux survivants par la possibilité de déclencher et de participer à la procédure contre l'Etat responsable,²⁹¹ contrairement aux autres moyens de réparation où la victime peut devoir dépendre de la discrétion de l'Etat. L'accès à un tribunal peut aussi offrir un lieu pour la mise en cause de la responsabilité et permettre d'exposer la vérité de ce qui est arrivé au survivant de la torture par des moyens officiels. Cela peut agir comme une mesure de sanction et contribuer à la lutte contre l'impunité.²⁹² Le contentieux peut aussi générer un discours public, une réforme sociale et un militantisme, assistant ainsi les survivants tout en influant sur la société.²⁹³ Aux Etats Unis, par exemple, malgré les dommages-intérêts importants accordés dans les affaires contre les fonctionnaires étrangers en vertu du *Alien Tort Claim Act* et du *Torture Victim Protection Act*, très peu de jugements ont été exécutés.²⁹⁴ Cependant, des ONG allèguent que les survivants ont été satisfaits d'avoir pu porter une affaire devant les tribunaux des Etats Unis.²⁹⁵ Si, au moment de déterminer l'application de l'immunité juridictionnelle à des affaires de graves crimes internationaux, l'on accorde de l'importance à l'application potentielle de l'immunité au stade de l'exécution, ces buts et ces valeurs plus larges seront, comme la réparation, également mis à mal.

4. L'argument de « la porte ouverte » est-il vraiment de poids, surtout au regard d'autres obstacles à la compétence ?

²⁹⁰ Pour un examen plus détaillé des différentes formes de réparation, voir REDRESS, *TORTURE SURVIVORS' PERCEPTIONS OF REPARATION: PRELIMINARY SURVEY* (2001).

²⁹¹ A moins que la procédure pénale ne prévoie la constitution de partie civile par laquelle un survivant peut déclencher ou participer à la procédure pénale, le déclenchement et la participation à l'action sont généralement limités aux procédures civiles. Par exemple, en France, la victime peut se joindre aux poursuites en tant que partie à l'affaire, avec un droit d'accès à la procédure ; en Espagne, les poursuites pénales traitent automatiquement de l'indemnisation de la victime. Les parties privées peuvent également porter plainte ou déclencher l'action comme un procureur privé. Notamment, dans le système de partie civile, les dommages-intérêts peuvent n'être que symboliques. Par exemple, aux Pays Bas, les dommages-intérêts sont limités à 600 dollars. La constitution de partie civile est une caractéristique du droit romano-germanique ; dans les pays de *common law*, les procédures pénales sont généralement réservées aux autorités publiques avec une fonction exécutive. Voir Daniel D. Ntanda Nsereko, *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 124-144, (2005), p. 126. De plus, dans le contexte de l'examen de la responsabilité d'un Etat étranger, les actions civiles constitueront généralement la seule voie pour obtenir réparation en raison de la conviction générale que les Etats ne peuvent pas être poursuivis. Les plaintes civiles sont souvent présentées comme individualistes et seulement motivées par le gain pécuniaire et donc, inappropriées pour traiter de crimes internationaux comme la torture. Par exemple, pendant la phase de négociation de l'établissement de la Cour pénale internationale, certaines représentations des Etats se sont opposés à la possibilité d'une indemnisation financière au motif que la réparation financière ne rendait pas compte de la nature du crime. *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale*, Doc. Off. AGNU 51ème session, supp. n°22A, vol. I (travaux du Comité préparatoire, mars-avril et août 1996), Doc. NU A/51/22 (1996), art. 47, p. 63.

²⁹² Voir Hegarty, *supra* note 19, p. 1187 ; Priscilla B. Hayner, *UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY* (Routledge, New York and London, 2001) (sur l'importance de la communication publique).

²⁹³ B. Stephens, *Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, 27 *Yale J. Int'l L.* 1 – 57 (2002), pp. 3 et 13.

²⁹⁴ William Aceves, *Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation*, 41 *Harv. Int'l L.J.* 129 – 184 (2000), p. 145 et note de bas de page 81 (citant l'un des rares exemples dans lesquels une indemnisation financière a été versée, comme la transaction de 150 dollars dans l'affaire Marcos) ; voir aussi van Schaack, *supra*, note 289, p. 170 (« Aucun jugement rendu dans des affaires visant l'application de normes des droits de l'homme aux Etats Unis n'a jamais été exécuté, à l'exception d'une somme dérisoire confisquée au Général Suarez-Mason d'Argentine. » [notre traduction]) ; voir aussi R.B. Lillich, *Damages for Gross Violations of International Human Rights Awarded by US Courts*, 15 *Human Rts Q.* 207 (1993).

²⁹⁵ *Brief for the Centre for Justice and Accountability, National Consortium of Torture Treatment Programs, and Individual ATCA Plaintiffs as Amici Curiae in Support of Respondents* (27 February 2004).

Dans un certain nombre d'affaires récentes, les tribunaux ont soulevé ce qui est désigné comme l'argument de « la porte ouverte » comme l'une des principales raisons pour continuer d'accorder l'immunité des Etats. Par exemple, dans *Al-Adsani c. Royaume Uni*, les juges Pellopää et Bratza, dans leur opinion concordante, ont allégué qu'écarter l'immunité risquait de déclencher un afflux d'actions civiles en réparation intentées par des réfugiés ou des demandeurs d'asile. Ils ont déduit que cela « punirait » en quelque sorte, « précisément les Etats qui se sont montrés les plus libéraux dans l'accueil des réfugiés et demandeurs d'asile, qui se seraient vu imposer la charge supplémentaire de garantir l'accès aux tribunaux à peut-être des centaines des réfugiés afin qu'ils obtiennent une décision sur leurs actions civiles en réparation des tortures qu'ils allégueraient. »²⁹⁶

A première vue, l'argument de « la porte ouverte » semble logique en raison des limites des ressources judiciaires et du coût du contentieux.²⁹⁷ D'un autre côté, cette affirmation judiciaire n'est étayée que par très peu d'éléments établissant un risque réel que les tribunaux nationaux soient submergés d'un afflux de plaintes. Comme le Juge van den Wyngaert fit remarquer dans son opinion dissidente dans l'affaire *Mandat d'arrêt*, l'argument de « la porte ouverte » est motivé par la « crainte du chaos et des abus ».²⁹⁸ Sans une évaluation certaine des risques réellement impliqués, la justification de l'immunité dans des affaires de torture ou de graves crimes internationaux sur le fondement de l'argument de « la porte ouverte » est remise en question, notamment au regard de l'intérêt et de l'engagement fondamentaux des Etats dans la lutte contre l'impunité des graves crimes internationaux.²⁹⁹

En ce qui concerne les immunités en particulier, les tribunaux se contentent de mentionner l'argument de « la porte ouverte » sans démontrer comment la levée explicite de la barrière de l'immunité résulterait en un torrent de plaintes. Il faudrait procéder à une analyse plus fine de la façon dont l'accès aux tribunaux dans des affaires relatives à des violations graves du droit international pèse effectivement sur le système juridique concerné, en examinant des points tels que le pourcentage du contentieux total représenté par les affaires impliquant de graves crimes internationaux et si ces affaires occupent une portion des ressources disproportionnée en termes de coût, de temps et de personnel, par rapport aux autres affaires. Un examen approfondi de l'argument de « la porte ouverte » peut mettre en évidence que des considérations pratiques, comme le coût d'une action civile, peuvent endiguer les affaires infondées ou excessives. Même lorsque l'aide juridique est applicable, les clients ont toujours à payer certains frais juridiques. De plus, lorsqu'une part importante des preuves se trouve à l'étranger, les requérants rencontrent des difficultés pour fournir des preuves suffisantes à l'appui de leur dossier, notamment si les témoins doivent venir de l'étranger. Au contraire des poursuites, où l'implication de l'Etat signifie que l'Etat supporte la charge de recueillir – et donc de financer – les preuves, une telle assistance n'est pas applicable aux procédures civiles.

Il est peu probable que le refus explicite de l'application de l'immunité juridictionnelle dans les affaires relatives à de graves crimes internationaux entraîne un afflux de plaintes. En le limitant aux graves crimes internationaux, l'immunité ne serait explicitement inapplicable que dans un nombre très limité d'affaires. Puisque la préoccupation sous-jacente à l'argument de « la porte ouverte » est la résistance des tribunaux nationaux appelés à régler les affaires, ce qui a peu, voire pas de lien avec la compétence, le Juge Rosalyn Higgins explique pourquoi ce

²⁹⁶ *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *supra*, note 123 (Opinion concordante des Juges Pellonpää et Bratza (citant *Lord Justice Stuart Smith*, au nom de la Cour d'appel anglaise).

²⁹⁷ Damrosch *supra* note 70, p. 191.

²⁹⁸ Opinion dissidente du Juge van den Wyngaert dans l'affaire *Mandat d'arrêt*, *supra* note 41, p. 42.

²⁹⁹ Voir Belsky, Merva and Roht-Arriaza, *supra* note 66, p. 367.

problème n'est pas lié à la question des immunités mais devrait plutôt être traité carrément dans le cadre de la question de la compétence du tribunal :

« Le maintien de la protection de l'immunité accordée à un Etat étranger pour des actes sans lien territorial avec l'Etat du for, n'est pas du tout, du point de vue de l'auteur, à proprement parler une question d'immunité souveraine. Cette condition de connexité traduit l'opinion que les tribunaux ne devraient pas se prononcer sur les actes d'un souverain étranger qui sont éloignés de leurs propres préoccupations. Mais il s'agit en réalité d'une question de compétence, pas d'immunité. C'est aux pays de formuler les circonstances dans lesquelles ils seront disposés à exercer leur compétence sur des événements qui se sont produits à l'étranger. »³⁰⁰

Au niveau juridictionnel, la levée très limitée de l'immunité dans les affaires relatives à de graves crimes internationaux n'aurait qu'un faible impact sur l'exposition du tribunal à un afflux de plaintes – à supposer que ce risque existe – en raison de l'existence d'autres obstacles juridictionnels et procéduraux et des difficultés qui peuvent restreindre l'accès à un tribunal, comme la doctrine du *forum non conveniens* et les délais de prescription.³⁰¹ De plus, au delà du stade juridictionnel, il existe de nombreux autres obstacles, notamment au moment de l'examen de l'affaire au fond et, comme il a déjà été vu, au moment de l'exécution.

³⁰⁰ [Notre traduction] Higgins, *supra* note 59, p. 273.

³⁰¹ Voir REDRESS et FIDH, *Recours Juridiques pour les victimes de "crimes internationaux" Favoriser une approche européenne de la compétence extraterritoriale (Rapport final)*, mars 2004.

RECOMMANDATIONS

Le débat sur le point de savoir si l'immunité devrait s'appliquer aux affaires relatives à de graves crimes internationaux n'est pas nouveau : depuis la décision de la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire *Amerada Hess* en 1989, les tribunaux ont rencontré cette question. Cependant, quinze ans plus tard, la situation n'est pas plus claire, avec les tribunaux grecs et italiens écartant l'application de l'immunité, les tribunaux canadiens et américains accueillant l'immunité et la Chambre des Lords au Royaume Uni, actuellement aux prises avec la question dans un appel en cours dans l'affaire *Ron Jone and others v. Saudi Arabia*. De plus, la discussion et l'analyse de l'application de l'immunité des Etats dans des affaires relatives à de graves crimes internationaux n'a pas progressé ni évolué de manière significative depuis 1989. En conséquence, les mêmes arguments répétitifs sont avancés par les partisans et les ennemis de l'application de l'immunité. Bien que récurrente, la discussion souffre ainsi d'une saturation et d'un manque de créativité dans le développement de voies pour résoudre les questions concernées.

Au niveau du travail de REDRESS, l'immunité des Etats a constitué un obstacle significatif dans l'accomplissement de son mandat d'agir en réparation pour les survivants de la torture, quel que soit le lieu où la torture a été commise et quels qu'en soient les auteurs allégués. Pourtant, en dépit de l'actualité croissante de la question, il n'existait aucun document complet établissant l'histoire et la pratique de l'application de l'immunité des Etats dans les affaires de graves crimes internationaux. De plus, si de nombreux articles avaient été écrits en ce qui concerne les Etats Unis, des éléments sur la jurisprudence d'autres Etats faisaient défaut. En conséquence, les praticiens et les juges se sont souvent contentés de citer et d'interpréter certaines affaires sans prendre en considération des jugements contraires rendus ailleurs. Lors des consultations et des ateliers de REDRESS, il est apparu que de nombreux décideurs, individus ou organisations, trouveraient très utile pour leur propre travail sur ces questions qu'un document retrace de manière exhaustive l'histoire et la pratique de l'immunité des Etats et la relie aux graves crimes internationaux. Comme REDRESS espère que le présent Rapport formera un point de départ pour de nombreux acteurs travaillant sur l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux, le corps principal de ce Rapport essaie de présenter les idées et la pratique actuelles d'un point de vue aussi objectif que possible.

Cependant, la recherche a aussi clarifié et documenté le point de vue de REDRESS sur l'état actuel du droit dans ce domaine. Après avoir analysé de près la question, REDRESS croit qu'il n'y a pas de fondement justifiant le maintien ou l'application de l'immunité des Etats dans le cas très spécifique des affaires relatives à de graves crimes internationaux comme la torture. C'est particulièrement le cas lorsque le survivant de la torture ne dispose pas de recours effectif devant les tribunaux de l'Etat où le crime allégué s'est produit et/ou devant une juridiction internationale compétente. Les Etats ne peuvent être autorisés à se cacher derrière la doctrine de l'immunité des Etats afin d'échapper à leur propre responsabilité en droit international. Si les Etats veulent favoriser les intérêts des sociétés et restreindre l'immunité dans des contextes commerciaux, ils ne peuvent pas raisonnablement alléguer que l'immunité devrait toujours s'appliquer dans les affaires relatives aux crimes internationaux les plus graves, dont l'interdiction et la poursuite ont fait l'objet du soutien et de l'engagement de la majorité des Etats et qui ne concernent pas simplement les actes internes d'un Etat mais qui relèvent de la préoccupation et de l'intérêt juridique de la communauté internationale toute entière.

Sur la base de cette recherche et de ces consultations, REDRESS formule les recommandations suivantes :

1. Soutien des réformes du droit national excluant expressément l'application de l'immunité des Etats pour les graves crimes internationaux

Idéalement, une exception claire à l'immunité des Etats dans les affaires de graves crimes internationaux devrait être reconnue explicitement au niveau multilatéral. Par exemple, en Europe, l'adoption par l'Union européenne d'une décision-cadre sur l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux constituerait un moyen concret et direct de clarifier sa position et réduirait les incohérences entre les Etats membres sur des questions comme la définition d'un grave crime international et les conditions de la compétence telle que la présence de la personne déclenchant l'affaire.³⁰² Une approche multilatérale réduirait également la préoccupation de certains gouvernements, comme celle exprimée par le Bureau du *Lord Chancellor* [principal conseiller juridique de la Couronne – *NdT*] au Royaume Uni, à propos d'une réforme législative unilatérale.³⁰³

Pour atteindre la reconnaissance explicite d'une exception certaine à l'immunité des Etats dans les affaires de graves crimes internationaux, il faut beaucoup plus d'information et de discussion sur les formes possibles que pourrait prendre une telle approche coordonnée. Parallèlement, certains projets de réforme législative nationale comme le *Redress for Torture Bill* introduit comme une proposition de loi en 1999,³⁰⁴ et les projets canadiens d'amender le *State Immunity Act* devraient suivre leurs cours.³⁰⁵

2. REDRESS s'oppose à la ratification de la Convention des Nations Unies sans l'adoption d'un protocole excluant expressément les graves crimes internationaux du champ de la Convention

Lors de la rédaction de la Convention, les Etats parties ont noté l'existence d'un conflit entre la Convention et les obligations internationales des Etats en droit international des droits de l'homme et humanitaire. En conséquence, les procédures pénales sont expressément exclues du champ de la Convention. Cependant les procédures civiles ne le sont pas. Dans les pays de droit romano-germanique, une demande en réparation peut être introduite dans le cadre de la procédure pénale, si bien que les immunités ne vont pas s'appliquer à l'intégralité de la procédure. En revanche, dans les pays de *common law*, où les procédures pénales et les actions civiles en réparation sont menées séparément, la Convention constituera un obstacle aux procédures civiles. Cette différence substantielle entre les pays de *common law* et les pays de droit romano-germanique est inquiétante et devrait être clarifiée avant toute signature ou ratification.

³⁰² REDRESS/FIDH *supra* note 301.

³⁰³ REDRESS, *THE IMPACT OF AL-ADSANI v. THE UNITED KINGDOM* (November 2002), p. 5.

³⁰⁴ Présentée au Parlement du Royaume Uni comme une proposition de loi en 1999.

³⁰⁵ Une conférence a été organisée sur cette question à l'Université de Toronto en octobre 2004 ; voir aussi questions de Mme Francine Lalonde, parlementaire de Pointe de l'Île, Bloc québécois à la Chambre des communes canadienne, Edited Hansard, No. 122, 38th Parliament, 1st Session (Thursday, 23 June 2005) sur la possibilité de recours civils pour les survivants de la torture au Canada à la suite des commentaires du Comité contre la torture, *supra*, note 20.

De plus, malgré la reconnaissance par le Groupe de travail de la Commission du droit international et de la Sixième Commission de l'évolution de la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux, l'Assemblée générale n'en a pas traité et les rédacteurs de la Convention ont également supprimé la clause soumettant la Convention aux futures évolutions du droit international.

A la suite de la décision du Gouvernement du Royaume Uni de signer la Convention des Nations Unies après un débat minimal,³⁰⁶ lors d'une audience récente à la Chambre des Lords sur les obligations du Royaume Uni en vertu de la Convention contre la torture, le *Rt. Hon. Lord Archer of Sandwell QC* a demandé au *Lord Chancellor* l'assurance qu'aucune démarche ni décision, comme la ratification, ne serait adoptée en ce qui concerne la Convention, en l'absence d'un débat public complet. Bien que le *Lord Chancellor* n'ait pas précisé où et quand aurait lieu ce débat, il a soutenu la position de Lord Archer selon laquelle la question devrait être débattue.³⁰⁷ Le gouvernement du Royaume Uni devrait maintenant adopter des mesures transparentes, rapides et globales pour organiser ce débat public. Des débats similaires devraient avoir lieu dans les Etats qui songent à signer la Convention.

3. REDRESS réclame l'adoption d'une Observation générale sur la portée de l'article 14 par le Comité contre la torture

Dans les Etats monistes qui ont une législation nationale sur l'immunité des Etats, les tribunaux internes ont visiblement été en proie à des difficultés en examinant la question de l'applicabilité de l'immunité des Etats dans les affaires relatives à de graves crimes internationaux. Dans des affaires comme *Bouzari v. the Islamic Republic of Iran*, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que :

« Le choix de la juridiction compétente la plus commode ne se pose pas puisqu'il semble qu'il n'y ait aucune autre juridiction que celle de l'Ontario qui soit capable de se reconnaître compétente (...) le requérant ne peut agir en Iran, notamment parce qu'il est établi qu'il pourrait être tué par les agents de l'Etat s'il y retournait. Il n'y a pas d'autre suggestion de juridiction autre que l'Ontario devant laquelle le requérant puisse porter son action. »³⁰⁸

Pourtant, la Cour a quand même accueilli l'exception d'immunité fondée sur la législation nationale. A la suite de l'affaire *Bouzari*, le Comité contre la torture, dans son examen du dernier rapport d'Etat partie du Canada, a mis en évidence le double problème posé par l'immunité des Etats et le fait que le Canada n'offre pas d'accès à la justice dans les procédures civiles. Notamment dans les affaires où il n'existe pas de juridiction compétente alternative, l'immunité des Etats est certainement contraire au but et à l'intention de la Convention contre la torture en refusant aux survivants de la torture l'accès à un recours effectif et en contribuant à la pratique et à l'impunité de la torture. Afin d'ôter toute ambiguïté de la Convention contre la torture, l'organe interprétatif de la Convention, le Comité contre la

³⁰⁶ Le Ministère des affaires étrangères et du Commonwealth [*Foreign and Commonwealth Office*] a accepté des conclusions écrites sur la Convention dans le cadre d'une consultation. Cependant, nous n'avons reçu aucun retour à la suite des conclusions écrites contrairement à la consultation lancée par le *Foreign and Commonwealth Office* concernant la décision de signer ou non le Statut de Rome, laquelle a donné lieu à une discussion entre de nombreux acteurs.

³⁰⁷ The Lords Hansard Text, 12 October 2005.

³⁰⁸ [Notre traduction] *Bouzari v. the Islamic Republic of Iran*, *supra* note 117, para. 24.

torture, devrait adopter une Observation générale sur l'application de l'immunité des Etats dans les affaires de torture et clarifier la portée et les obligations de l'article 14.

4. REDRESS s'inscrit en faveur d'évolutions parallèles dans les domaines connexes

La question de la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux ne se pose pas dans le vide mais se situe dans le cadre du problème plus large de la persistance de l'impunité des graves crimes internationaux. Dans ce contexte, des mesures doivent être prises pour traiter de questions telles que l'absence de volonté politique de la part des Etats de se poursuivre mutuellement pour la commission de graves crimes internationaux, la nature discrétionnaire de la protection diplomatique qui entraîne très souvent les Etats à ne pas soutenir les plaintes de leurs citoyens et l'absence de juridictions compétentes appropriées devant lesquelles les survivants de la torture puissent porter leurs actions contre les Etats au niveau international et participer pleinement et effectivement. Si la relation entre l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux est traitée en pratique dans le contexte plus large de l'impunité des graves crimes internationaux, les tribunaux internes ne vont vraisemblablement pas être submergés et il en résultera de meilleures perspectives pour la lutte contre l'impunité.

5. Pour une information accessible sur l'immunité des Etats dans les affaires relatives à de graves crimes internationaux

A la suite de l'atelier de Berlin et des réunions plus générales de REDRESS tout au long de l'année, nous nous sommes rendus compte que l'application de l'immunité des Etats dans les affaires relatives à de graves crimes internationaux constituait un domaine sous-exploré par les universitaires, les juristes et les militants qui travaillent dans des domaines connexes impliquant de graves crimes internationaux. De plus, même entre les acteurs qui travaillent sur les affaires spécifiques relatives à l'immunité et aux graves crimes internationaux ou qui les suivent, il n'y a que très peu de partage d'information et de coordination, problème aggravé par le manque de connaissance des systèmes juridiques dans les pays dualistes et monistes. Comme il a déjà été dit, étant donné l'absence d'étude exhaustive sur l'immunité des Etats et les graves crimes internationaux, l'objectif du présent Rapport était de produire un document avec des ressources pour les individus et les organisations qui travaillent sur des questions connexes. REDRESS a également créé un réseau d'individus et d'organisations intéressées pour améliorer le partage d'information.

Comme une évolution plus importante de la question de l'immunité des Etats et des graves crimes internationaux est toujours bloquée par l'absence d'accès facilité à des documents juridiques internationaux et comparatifs plus ou moins importants, nous pensons que la création d'un site internet contenant la jurisprudence internationale et interne applicable, les documents des Nations Unies, les législations internes, les accords internationaux et les commentaires serait d'une grande assistance. Tous les acteurs intéressés pourraient apporter des documents afin de mettre le site internet à jour des dernières évolutions.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Code de Bustamente, Convention sur le droit international privé, 1928, adopté par l'Acte final de la sixième conférence des Etats américains en 1928 à la Havane (traduction en anglais du Code dans 22 Am. J. Int'l L. 273 (1928))

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984, Rés. AG 39/46, annexe, Doc. Off. AGNU 39^{ème} session, supp. n° 51, Doc. NU A/39/51 (1984), entrée en vigueur le 26 juin 1987

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 31, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 85, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 135, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 U.N.T.S. 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Résolution A/RES/59/38 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, cinquante-neuvième session, 2 décembre 2004

Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 1155 U.N.T.S. 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, adoptée le 17 avril 1961 par la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques, Autriche

Convention européenne sur l'immunité des Etats, Bâle, 16 mai 1972, STE n°74

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, 1 U.N.T.S. 15 (13 février 1946)

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217A (III), Doc. NU A/810 (1948)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. Off. AGNU, supp. n°16, Doc. NU A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrée en vigueur le 23 mars 1976

Organisation des Etats américains, Projet de convention interaméricaine sur l'immunité juridictionnelle des Etats, adopté par le Comité juridique interaméricain le 21 janvier 1983

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 3, entrée en vigueur le 7 décembre 1978

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 U.N.T.S. 609, entrée en vigueur le 7 décembre 1978

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. AG 2200A (XXI), Doc. Off. AGNU, supp. n°16, Doc. NU A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrée en vigueur le 23 mars 1976

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2187 U.N.T.S. 3, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, disponible à : <[http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf)>

Statut du Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, Doc. NU S/25704, annexe (1993) et S/25704/Add.1 (1993), adopté par le Conseil de sécurité le 25 mai 1993, Doc. NU S/RES/827 (1993), disponible à : <<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm>>

Immunité c. responsabilité

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté par la Résolution du Conseil de Sécurité Rés. 955, Doc. Off. CSNU, 49^{ème} session, Doc. NU S/RES/955 (1994), , disponible à :
<http://65.18.216.88/FRENCH/basicdocs/statute_f.html>

LEGISLATIONS NATIONALES

Foreign Sovereign Immunities Act, 1985 (Australie)

Foreign Sovereign Immunities Act, 1985 (Afrique du Sud)

Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, 1995 (Argentine)

Loi portant des dispositions relatives à la loi du 16 juin 1993 (modifiée par les lois des 10 février 1999 et 23 avril 2003) relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire (Belgique)

State Immunity Act, 1985 (Canada)

State Immunity Act, 1985 (Singapour)

State Immunity Act, 1978 (Royaume Uni)

RESOLUTIONS ET DOCUMENTS DES NATIONS UNIES

Secrétaire général, *Stratégie mondiale de lutte contre le terrorisme*, Allocution à la séance plénière de clôture du Sommet international sur la démocratie, le terrorisme et la sécurité à Madrid, 10 mars 2005.

Agenda pour la paix. Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix. Rapport du Secrétaire général, Doc. NU A/47/277-S/24111.

Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Doc. Off. AGNU 51^{ème} session, supp. n°22A, vol. I (travaux du Comité préparatoire, mars-avril et août 1996), Doc. NU A/51/22 (1996).

Commission des droits de l'homme

Torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté lors de la 61^{ème} session de la Commission des droits de l'homme, 20 avril 2005 Résolution E/CN.4/RES/2005/39.

Déclaration du Rapporteur spécial sur la torture, Manfred Nowak, à la 61^{ème} session de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 4 avril 2005.

Comité contre la torture, *Agiza c. Suède*, CAT/C/34/D/233/2003, mai 2005.

Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, M. Robert K. Goldman, février 2005.

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, CDH, rés. 2005/35, Doc. NU E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 avril 2005, Doc. NU E/CN.4/RES/2005/35, annexe, 20 avril 2005.

Comité contre la torture, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture*, 34th Session, (May 2005) CAT/C/CO/34/CAN.

Comité contre la torture, *Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting*, May 6, 2005. CAT/C/SR.646/Add.1

Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, adoptée lors de la 60^{ème} session de la Commission des droits de l'homme, 21 avril 2004, Résolution E/CN.4/RES/2004/87.

Droits de l'homme et terrorisme, adoptée lors de la 60^{ème} session de la Commission des droits de l'homme, 19 avril 2004, Résolution E/CN.4/RES/2004/44.

Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, E/CN.4/2005/100, 16 décembre 2004.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n°31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (adoptée en mars 2004).

Droits de l'homme et terrorisme, adoptée à la 59^{ème} session de la Commission des droits de l'homme, 23 avril 2003, Résolution E/CN.4/RES/2003/37.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (cinquante-deuxième session, 1994).*

Conseil économique et social

Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annexe II, 1997 (« Principes Joinet »).

Conseil économique et social, *Promotion et protection des droits de l'homme – Impunité - Rapport de l'Experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102, 2005.*

Conseil économique et social, *Promotion et protection des droits de l'homme – Impunité - Rapport de l'Experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher - Additif - Ensemble de principes actualisé de l'ONU pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, E/CN.4/2005/102/Add.1, 2005.*

Conseil économique et social, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Terrorisme et droits de l'homme, 27 juin 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/31.*

Assemblée générale

Assemblée générale, *Défendre les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme (Rapport du Secrétaire général), A/60/374, 22 septembre 2005.*

Assemblée générale, *Défendre les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme : Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/60/370, 21 septembre 2005.*

Résolution de l'Assemblée générale, *Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, A/RES/59/191, 1^{er} mars 2005.*

Assemblée générale, *Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens - Rapport de la Sixième Commission, A/59/508, 30 novembre 2004.*

Assemblée générale, *Protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales tout en luttant contre le terrorisme - Rapport du Secrétaire général, A/59/404, 1^{er} octobre 2004.*

Résolution de l'Assemblée générale, *Droits de l'homme et terrorisme, A/RES/58/174, 10 mars 2004.*

Assemblée générale, *Rapport du Comité spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (1^{er}-5 mars 2004), A/59/22.*

Assemblée générale, *Rapport du Comité Spécial sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (4-15 février 2002), A/57/22.*

Assemblée générale, Sixième commission, *Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens : rapport du Président du groupe de travail, 1999 (A/C.6/54/L.12).*

Assemblée générale, Trente-neuvième session, Point 99 de l'ordre du jour, A/Res/39/46, 17 décembre 1984.

Immunité c. responsabilité

Commission du droit international

Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Rapport de la Commission du droit international cinquante-troisième session, AG, Doc. Off., cinquante-sixième session, supp. n°10 (A/56/10), novembre 2001.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Rapport de la Commission du droit international cinquante-troisième session, AG, Doc. Off., cinquante-sixième session, supp. n°10 (A/56/10), novembre 2001, disponible à : < <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/82/IMG/N0155782.pdf?OpenElement> >

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante et unième session, 1999, (A/54/10), Annexe : Rapport du Groupe de travail de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

DECISIONS JUDICIAIRES ET ARBITRALES

Cours internationales et régionales

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, Recueil CIJ, 1986

Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République du Congo c. Belgique), CIJ, 2002

Al-Adsani c. Royaume Uni (35763/97) 2001 CEDH 752

Appel contre une sentence rendue le 3 février 1933 par le Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque, CPJI séries A/B, n°61, 1933

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Deuxième Phase, arrêt, Recueil CIJ, 1970

Beer and Regan c. Allemagne, requête n°28934/95, 1999, Cour européenne des droits de l'homme

Affaire Caïre, Commission des réclamations France/Mexique, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929

Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France) Requête et demande d'indication de mesure provisoire, Cour internationale de justice, juin 2003

Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, CPJI, séries A/B, n°76, 1939

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ, 2004

Cordova c. Italie (n°1), requête n°40877/98, 2003, CEDH

Décision relative aux exceptions préjudicielles, "Kosovo", IT-02-54, 8 novembre 2001, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Fogarty c. Royaume Uni, Requête n°37112/97, 2001, CEDH

Kalogeropoulou et. al. c. Grèce et Allemagne, Requête n°59021/00, CEDH

LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, Recueil CIJ, 2001

Le Procureur c. Blaskic (Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum), Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II, 18 juillet 1997

Le Procureur c. Furundzija, Affaire n°IT-95-17/1-T, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998

McElhinney c. Irlande, Requête n°31253/96, 2001, CEDH

Affaire Oscar Chinn, CPJI, séries A/B, n°63, 1934

Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), Recueil CIJ, 1969

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Case Number SCSL-2003-01-I (3014 – 3039) 31 May 2004 (Appeals Chamber) (Cour spéciale pour la Sierra Léone)

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951

Sud-Ouest africain (Deuxième phase) Recueil CIJ, 1966

Usine de Chorzow (Pologne c. RFA), 1927, série A, n°17

Waite et Kennedy c. Allemagne, Requête n°26083/94, 1999, CEDH

Tribunaux nationaux

I Congreso del Partido [1983] 1 AC 244, [1981] 2 All ER 1062

Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others, 107 ILR 536 (1996) (Angleterre)

Al-Skeini & Ors, R (On the Application of) v. Secretary of State for Defence [2004] EWHC 2911 (Admin) (14 December 2004)

(REDRESS est intervenu comme tierce partie dans cette affaire. Ses écritures sont disponibles en anglais à : <http://www.redress.org/case_submissions.html> (Angleterre)

Alcom Ltd. v. Republic of Colombia and Others [1984] AC 580, [1984] 2 WLR 750, [1984] 2 All ER 6 (Angleterre)

Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp. 109 S Ct. 683 (1989) (Etats Unis)

BCCI (Overseas) Ltd. v. Price Waterhouse (No. 1) [1997] 4 All ER 108

Bouzari v. Iran (Islamic Republic) Ont. C.A. (2004) (Canada)

Cabiri v. Assasie 921 F. Supp. 1189 (S.D.N.Y. 1996) (Etats Unis)

Chuidian v. Philippine National Bank, 912 F. 2d. 1095 (9th Cir., 1990) (Etats Unis)

Distomo, Bundesgerichtshof (BGH), décision du 26 juin 2003, III ZR 245/98, publiée dans NJW 2003 (Allemagne)

Attorney-General of Israel v. Eichmann 361 ILR 5 (D.C.Jm., 1961) (Israël)

Ex parte Pinochet R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No. 3) [2000] I AC 147 (Angleterre)

Ferrini, Bundesgesverfassungsgericht, 2 BVR 1379/01 vom 28.6.2004, Absatz-Nr. (1-45) Chambre de la Cour constitutionnelle (Allemagne)

Ferrini c. République Fédérale d'Allemagne, (Cass. Sez. Un. 5044/04) (reproduite dans le texte original italien dans 87 Rivista di diritto internazionale (2004) 539 (Italie)

Filartiga v. Pena Irala 630 F. 2d. 876 (2d. Cir. 1980) (Etats Unis)

Forti v. Suarez-Mason, 672 F. Supp. 1531 (ND Cal 1987) (Etats Unis)

Ghadaffi, Cour de cassation, Chambre criminelle, arrêt n°1414 du 13 mars 2001, publié au bulletin OR 00-87.215. Le texte intégral de la décision est disponible à :

http://www.cap-office.net/_zfiles0/sos-attentats/8C785CD4C98141F2B2E4EC6E127389F5.pdf (France)

Hwang Geum Joo, et. al v. Japan, Minister Yohei Kono, Minister of Foreign Affairs (C.A.D.C., June 27, 2005) (Etats Unis)

Jaffe v. Miller (Ontario Court of Appeal 17 June) [1993] 13 OR (3d) 745 (Canada)

Immunité c. responsabilité

Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain, 124 S. Ct. 2739 (2004) (Etats Unis)

- *Brief of the Governments of the Commonwealth of Australia, The Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amici Curiae in Support of the Petitioner* (January 23, 2004)
- *Brief for the Centre for Justice and Accountability, National Consortium of Torture Treatment Programs, and Individual ATCA Plaintiffs as Amici Curiae in Support of Respondents* (February 27, 2004)

Kadic v. Karadzic, 70 F.3d. 232 (1995) (Etats Unis)

Lafontant v. Aristide, 844 F. Supp. 128 (1994) (Etats Unis)

Letelier v. Republic of Chile 488 F. Supp. 665 (DDC 1980) 63 ILR 378 (Etats Unis)

Martin v. Republic of South Africa, 836 F. 2d 91 (2d Cir. 1987) (Etats Unis)

Paul v. Avril 812 F. Supp. 207 (1994) (Etats Unis)

The Porto Alexandre [1920] P 30

Préfecture de Voiotia c. République Fédérale d'Allemagne, affaire n°137/1997, Tribunal de première instance de Leivadia, 30 octobre 1997 (Grèce)

Préfecture de Voiotia c. RFA, affaire n°11/2000, *Areios Pagos* (Maria Gavouneli and Ilias Bantekas, *Sovereign Immunity – Tort Exception – Jus Cogens Violations – World War II Reparations – International Humanitarian Law*, Amer. J. Int'l L. 198 - 204 (2001), p. 200 (traduisant l'arrêt en anglais) (Grèce)

Décision de la Cour suprême grecque dans l'affaire *Préfecture de Voiotia c. RFA*, n°36/2002, 51 Nomiko Vima 856 (2003) (Grèce)

Presidenza del Consiglio dei Ministri / Markovic e al., ordonnance n°8157, 5 juin 2002, 85 *Rivista di diritto internazionale*, 2002 (Italie)

Presidenza del Consiglio dei Ministri e al. / Federazione italiana lavoratori trasporti e al ; Stati Uniti d'America / Federazione italiana lavoratori trasporti e al., Cour de cassation italienne, 3 août 2000, 530/2000 (Italie)

Princz v. Federal Republic of Germany 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994) (Etats Unis)

Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad [1958] AC 379 (Royaume Uni)

Re: Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation (25 F. 3d. 1467, 9th Cir., 1994) (Etats Unis)

Republic of Austria v. Altmann, 124 S. Ct. 2240 (2004) (Etats Unis)

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya (The Kingdom of Saudi) and another Mitchell and others v. Al-Dali and others [2004] All ER (D) 418 (Oct.) (Royaume Uni)

The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 US 116 (1812); 7 Cranch. 116 (Etats Unis)

Saudi Arabia, King Faisl Specialist Hospital and Rovspec, Petitioners v. Scott Nelson et ux, 507 U.S. 349, 113 S.Ct. 1471, (U.S.Fla.,1993) (Etats Unis)

Siderman de Blake v. the Republic of Argentina, 965 F. 2d 688 (9th Cir. 1992) (Etats Unis)

Tachiona v. Mugabe 169 F. Supp. 2d 259 (SDNY 2001) (Etats Unis)

Trendtex Trading Corp v Central Bank of Nigeria [1977] 1 All ER 881, [1977] 1 QB 529 (Royaume Uni)

Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics 623 F. Supp. 246 (1985) (Etats Unis)

Wei Ye v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, 383 F. 3d 620 (7th Cir. 2004) (Etats Unis)

Xuncax v. Gramajo (886 F. Supp. 162, D. Mass. 1995) (Etats Unis)

RAPPORTS DANS LA PRESSE

Central Figure in Iraq Abuse Goes on Trial, Kate Zernike, New York Times, 11 January 2005, disponible à : <<http://www.nytimes.com/2005/01/11/national/11abuse.html?th>> (dernière visite le 12 septembre 2005)

Iran MPs cry "Down with America", approve lawsuits against United States, (1 November 2000) Wednesday, Agence France Presse

New War Crimes Suits Filed Against Bush, Blair in Belgium, DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR, (20 June 2003)

Preferred Charges Against Spc. Charles Graner, 14 May 2004, disponible à : <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/iraq/graner51404chrg.html>> (dernière visite le 21 septembre 2005)

Rapport annuel du Secrétaire général à l'Assemblée générale, Communiqué de presse des Nations Unies, 20 septembre 1999

Top Iranian Candidate Sued: Toronto-area man was tortured, jailed; Cleric among 7 named in \$9m action, Tracey Tyler and Khosro Sherimanie, Toronto Star, 15 June, 2005

Unocal Reaches Deal to Settle Myanmar Human Rights Suit, Associated Press, 14 December 2004

RAPPORTS D'ORGANISATIONS NON-GOUVERNEMENTALES ET D'ORGANES REGIONAUX

Amnesty International, *Letter to the Foreign and Commonwealth on the UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Properties*, 5 May 2005

Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CADHI), *Projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des Etats concernant les immunités des Etats - Rapport analytique*, (CADHI, 30ème réunion, Strasbourg, 19-20 septembre 2005). Rapport actuellement restreint.

Matt Eisenbrandt (Centre for Justice and Accountability) *Recent Accomplishments Fighting Impunity*, International Civil Liberties Report 1 – 6 (2004)

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)

- *15^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2004 au 31 juillet 2005*, CPT/Inf (2005) 17, 22 septembre 2005
- *14^{ème} rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er août 2003 au 31 juillet 2004*, CPT/Inf (2004), 28, Strasbourg, 21 septembre 2004
- *Les normes du CPT - Chapitres des rapports généraux du CPT consacrés à des questions de fond*, CPT/Inf/E (2002) 1- Rev.2004, IX

Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, *Rapport de M. Alvaro Gil-Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite au Royaume-Uni du 4 au 12 novembre 2004 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire*, CommDH (2005) 6

EarthRights International, *Legal Manual: Volume 1: A How-To for Non-Lawyers* (June, 2003)

Harvard Research, *Competence of Courts in regard to Foreign States*, 26 Amer. J. Int'l L. (1932) Supplement, 455

International Law Association (British Branch), Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences*, 2000 (London Conference) 1–29

International Law Association, *International Committee on State Immunity: Final Report*, Report of the Sixty-Sixth Conference, Buenos Aires, Argentina (1994) 452 – 508

International Law Association's Draft Convention on State Immunity 1982, 22 ILM 287 (1983)

Institut de Droit International

- *Les obligations et les droits erga omnes en droit international*, (Session de Cracovie, 2005)
- *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux "anti-suit injunctions" : principes directeurs*, (Session de Bruges, 2003)

Immunité e. responsabilité

- *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international*, (Session de Vancouver, 2001)
- *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États*, (Session de Bâle, 1991)
- *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États*, (Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989)

PUBLICATIONS DE REDRESS

REDRESS and Freshfields Bruckhaus Deringer, *CONFERENCE ON ENFORCEMENT OF AWARDS FOR VICTIMS OF TORTURE AND OTHER INTERNATIONAL CRIMES*, (June 2005)

REDRESS, *The Protection of British Nationals Detained Abroad: A Discussion Paper Concerning Consular Diplomatic Protection* (February 2005)

REDRESS, *LE TERRORISME, LA LUTTE ANTITERRORISTE ET LA TORTURE DROIT INTERNATIONAL ET LUTTE CONTRE LE TERRORISME*, juillet 2004

REDRESS et FIDH, *Recours Juridiques pour les victimes de "crimes internationaux" Favoriser une approche européenne de la compétence extraterritoriale (Rapport final)*, mars 2004

REDRESS, *Reparation: A Sourcebook for Victims of Torture and Other Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*, (March 2003)

REDRESS, *Torture Survivors Perceptions of Reparation: Preliminary Study* (June 2001)

REDRESS, *Promoting the Right to Reparation for Survivors of Torture: What Role for a Permanent International Criminal Court?*, (London, June 1997)

OUVRAGES

Asad, Talal., *On Torture or Cruel, Inhuman and Degrading Treatment* in *SOCIAL SUFFERING* (Kleinman, Das, Lock, eds, Oxford University Press, New Delhi, 2000)

Badr, Gamal Moursi, *STATE IMMUNITY: AN ANALYTICAL AND PROGNOSTIC VIEW* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/Lancaster 1984)

Borneman, John, *SETTLING ACCOUNTS: VIOLENCE, JUSTICE AND ACCOUNTABILITY IN POST-COLONIAL EUROPE*, (Princeton University Press: Princeton, 1997)

Brownlie, Ian, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (Sixth Edition) (Oxford University Press, 2003)

Cassese, Antonio, *INTERNATIONAL LAW*, (Oxford University Press, 2001)

Cohen, Stanley, *STATES OF DENIAL: KNOWING ABOUT ATROCITIES AND SUFFERING*, (Polity, 2001)

Danieli, Yael, *Preliminary Reflections from a Psychological Perspective*, in *1 TRANSITIONAL JUSTICE: HOW EMERGING DEMOCRACIES RECKON WITH FORMER REGIMES: GENERAL CONSIDERATIONS* (Neil Kritz, ed., United States Institute for Peace Press, Washington DC, 1995)

Fox Hazel, QC, *THE LAW OF STATE IMMUNITY* (The Oxford International Law Library, 2002)

Gavouneli, Maria, *STATE IMMUNITY AND THE RULE OF LAW*, (Ant. N. Sakkoulas Publishers, Athens – Komotini 2001)

Hayner Priscilla B., *UNSPEAKABLE TRUTHS: CONFRONTING STATE TERROR AND ATROCITY* (Routledge, New York and London, 2001)

Henkin, Louis, *INTERNATIONAL LAW: POLITICS AND VALUES* (1995)

Herman Judith, *TRAUMA AND RECOVERY* (Basic Books, New York, 1997)

INTERNATIONAL LAW (Malcolm D. Evans, ed., Oxford University Press, 2003)

- Akande, Dapo, *International* 269 -297
- Crawford James, and Simon Olleson, *The Nature and Forms of International Responsibility* 445 – 472
- McCorquodale, Robert, *The Individual and the International Legal System*, 299 – 328
- Steiner, Henry, *International Protection of Human Rights* 757 – 788

Jennings, Sir Robert, *THE PLACE OF THE JURISDICTIONAL IMMUNITY OF STATES IN INTERNATIONAL AND MUNICIPAL LAW* (Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes No. 108, 1987)

Ratner, Steven R. and Jason S. Abrams, *ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ATROCITIES IN INTERNATIONAL LAW: BEYOND THE NUREMBERG LEGACY* (Clarendon Press, Oxford, 1997)

Rozakis, Christos L., *THE CONCEPT OF JUS COGENS IN THE LAW OF TREATIES* (Amsterdam; Oxford; North-Holland Publishing Co., 1976)

Rosenne, Shabtai, *THE LEAGUE OF NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS FOR THE PROGRESSIVE CODIFICATION OF INTERNATIONAL LAW* (1925-1928) (Dobbs Ferry, NY, Oceana Publications, 1972)

Shaw, Malcolm N. Shaw, *INTERNATIONAL LAW*, (Fourth Edition, Cambridge University Press, 1997)

Whiteman, Marjorie, 9 *DIGEST OF INTERNATIONAL LAW*, (Washington D.C. United States Government Printing Office, 1968)

ARTICLES

Aceves, William J.

- *Relative Normativity: Challenging the Sovereignty Norm Through Human Rights Litigation*, 25 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 261 – 278 (2001 – 02)
- *Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation*, 41 Harv. Int'l L.J. 129 – 184 (2000)

Akande, Dapo, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, 98(2) Amer. J. Int'l L. 407-433 (2004)

Akehurst, Michael, *Jurisdiction in International Law*, 46 Brit. Y.B. Int'l L. 145 – 257 (1972 – 3)

Aldana-Pindell, Raquel, *In Vindication of Justiciable Victims' Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes*, 35 Vand. J. Transnat'l L. 1399 – 1501 (2002)

Alvarez, Jose E., *Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment*, 96 Mich. L. Rev. 2031 – 2112 (1998)

Aukerman, Miriam J., *Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice*, 15 Harv. Hum. Rts. J. 39 – 97 (2002)

Bartsch, Kerstin and Björn Elberling, *Jus Cogens vs State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision*, 4(5) German Law Journal (May 2003)

Bassiouni, M. Cherif,

- *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, 42 Vir. J. Int'l L., 81 – 157 (2001)
- *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, 59 Law & Contemp. Prob. 63 – 74 (1996)

Belsky, Adam C. and Mark Merva and Naomi Roht-Arriaza, *Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, 77 Calif. L. Rev. 365 – 415 (1989)

Bennoune, Karima, *'Sovereignty vs. Suffering?' Re-examining Sovereignty and Human Rights through the Lens of Iraq*, 13(1) Eur. J. Int'l L. 243 – 262 (2002)

Bianchi, Andrea, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, 10(2) Euro. J. Int'l L. 237 – 277 (1999)

Bohannon, Christina, *Beyond Abrogation of Sovereign Immunity: State Waivers, Private Contracts, and Federal Incentives*, 77 N.Y.U.L. Rev. 273 – 345 (2002)

Immunité c. responsabilité

- Braithwaite, John and Stephen Mugford, *Conditions of Successful Reintegration Ceremonies: Dealing with Juvenile Offenders*, in 34(2) *British Journal of Criminology*, 139-171 (1994)
- Brown, Jonathon, *Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 37 *Int'l & Comp. L.Q.* 53 - 88 (1988)
- Caplan, Lee, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, 97 *Amer. J. Int'l L.* 741 - 781 (2003)
- Cappelletti, Marco, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, 73 *Mich. Law Rev.* 793 - 884 (1975)
- Cassese, Antonio, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Thoughts on the Congo v. Belgium Case*, 13(4) *Eur. J. Int'l L.* 853 - 876 (2002)
- Charney, Jonathon I., *Editorial Comment: Progress in International Criminal Law?*, 93 *Amer. J. Int'l L.* 452 - 464 (1999)
- Christenson, Gordon A., *Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society*, 28 *Vir. J. Int'l L.*, 585 - 648 (1988)
- Crawford, James, *Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity*, 75 *Amer. J. Int'l L.* 820 - 869 (1981)
- Damrosch, Lori F., *Enforcing International Law*, 269 *Recueil Des Cours* 9 - 250 (1997)
- Day, Adam, *Crimes Against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got Belgium v. Congo Wrong*, 22 *Berkeley J. Int'l L.* 489 - 512 (2004)
- De Sena, Pasquale and Francesca de Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, 16 *Eur. J. Int'l L.* 89 - 112 (2005)
- Dinstein Yoram, *Diplomatic Immunity From Jurisdiction Ratione Materiae*, 15 *Int'l & Comp. L.Q.* 76 - 89 (1966)
- DuCaine, Danielle, *Expectations of Immunity: Removing the Barrier to Retroactive Application of the Foreign Sovereign Immunities Act to Pre-1952 Events*, 25 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 697 - 723 (2003)
- Fischer-Lescano, Andreas, *Torture in Abu Ghraib. The Complaint against Donald Rumsfeld under the German Code against Crimes under International Law (Völkerstrafgesetzbuch)*, 6(3) *German Law Journal* (1 March 2005)
- Fox, Hazel, *Where Does the Buck Stop? State Immunity from Civil Jurisdiction and Torture*, 121 *L.Q.R.* 353 - 359 (2005)
- Garnett, Richard,
 - *Should Foreign State Immunity Be Abolished?*, 20 *Aus. YBIL* 175 - 190 (1999)
 - *The Defence of State Immunity for Acts of Torture*, 18 *Aust. YBIL* 97 - 133 (1997)
- Gattini, Andrea, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, 3 *Journal of International Criminal Justice*, 224-242 (2005)
- Maria Gavouneli, *War reparation claims and state immunity*, 50 *Revue hellénique de droit international* 595 (1997)
- Gibney, Mark, Katerina Tomasevski and Jens Vedsted-Hansen, *Transnational State Responsibility for Violations of Human Rights*, 12 *Harv. Hum. Rts. J.* 267 - 295 (1999)
- Greer, Jed, *Plaintiff Pseudonymity and the Alien Tort Claims Act: Questions and Challenges*, 32 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 517 - 563 (2001)
- Gurr, Roger and José Quiroga, *Approaches to Torture Rehabilitation: A Desk Study Covering Effects, Cost-effectiveness, participation and sustainability*, in 11(1) *Torture, Quarterly journal on rehabilitation of torture victims and prevention of torture*, 3-35 (2000)
- Handl, Elizabeth C., *Introductory Note to the German Supreme Court: Judgment in the Distomo Massacre Case*, 42 *ILM* 1027 - 1029 (2003)

- Hegarty, Angela, *Dealing with the Past: The Government of Memory: Public Inquiries and the Limits of Justice in Northern Ireland*, 26 Ford. Int'l L.J. 1148 – 1192 (2003)
- Higgins, Rosalyn, *Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity*, 29 Neth. Int'l L. Rev 266 – 272 (1982)
- Hill, Thomas, H., *A Policy Analysis of the American Law of Foreign State Immunity*, 50 Ford. L. Rev. 155 – 238 (1981-1982)
- Jackson, John H., *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, 97(4) Amer. J. Int'l L. 782-802 (2003)
- Joutsen, Matti, *Listening to the Victim: The Victim's Role in European Criminal Justice Systems*, 34 Wayne Law Review, 95 – 124 (1987)
- Joyner, Christopher C., *Redressing Impunity for Human Rights Violations: The Universal Declaration and the Search for Accountability*, 26 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 591 – 624 (1998)
- Koh, Harold Hongju, *International Law: Transnational Public Law Litigation*, 100 Yale L.J. 2347 – 2402 (1991)
- Larguier Jean, *The Civil Action for Damages in French Criminal Procedure*, XXXIX Tulane Law Review 687- 700 (1965)
- Lauterpacht, Hersch, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, 28 Brit. Y.B. Int'l L. 220 - 272 (1951)
- Lillich, Richard B., *Damages for Gross Violations of International Human Rights Awarded by US Courts*, 15 Human Rts Q. 207 – 229 (1993)
- Lutz, Ellen and Kathryn Sikkink, *International Human Rights Law in Practice: The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America*, 2 Chi. J. Int'l L. 1 – 33 (2001)
- Morris, Madeline H., *Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks*, 35 New Eng. L. Rev. 337 – 361 (2001)
- Murphy, John F., *Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution*, 12 Harv. Hum. Rts. J. 1 - 56 (1999)
- Murphy, Sean D. (ed.), *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: International Criminal Law: U.S. Reaction to Belgian Universal Jurisdiction Law*, 97 Amer. J. Int'l L. 984 – 987 (2003)
- Ntanda Nsereko, Daniel D., *Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals*, 3 Journal of International Criminal Justice, 124 – 144 (2005)
- Maria Panezi, *Sovereign immunity and violation of ius cogens norms*. AED 6/2002, 56 RHDI 199 (2003)
- Roger O'Keefe, *European Convention on State Immunity and International Crimes*, 2 Cam. YB of Euro. Legal Studies 507 – 520 (1999)
- Onuf, N.G. and Richard K. Birney, *Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future*, 4 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 187 – 198 (1974)
- Orakhelashvili, Alexander,
- *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, 16 Eur. J. Int'l L. 59 – 88 (2005)
 - *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, 15 Leiden Journal of Intl Law, 703 – 714 (2002)
 - *State Immunity and International Public Order*, 45 German YB of Intl Law, 227 – 267 (2002)
- Orentlicher, Diane F., *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, 100 Yale L.J. 2537 – 2675 (1991)
- Bernard H. Oxman, Maria Gavouneli, and Ilias Bantekas, *Sovereign Immunity – Tort Exception – Jus Cogens Violations – World War II Reparations – International Humanitarian Law*, Amer. J. Int'l L. 198 - 204 (2001)

Immunité e. responsabilité

Ostrander, Jeremy, *The Last Bastion of Sovereign Immunity: A Comparative Look at Immunity from Execution of Judgments*, 22 Berkeley J. Int'l L. 541 – 582 (2004)

Oxman, Bernard H., Maria Gavouneli, and Ilias Bantekas, *Sovereign Immunity – Tort Exception – Jus Cogens Violations – World War II Reparations – International Humanitarian Law*, Amer. J. Int'l L. 765 – 768 (2001)

Parker, Karen and Lyn Beth Neylon, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, 12 Hastings Int'l & Comp L.R. 411 – 463 (1988 – 89)

Penrose, Mary Margaret, *Impunity – Inertia, Inaction and Invalidity: A Literature Review*, 17 B.U. Int'l L.J. 269 – 310 (1999)

Pittroff, Sabine, *Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case*, 5(1) German Law Journal (January 2004)

Randall, Kenneth C., *Universal Jurisdiction under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 785 – 841 (1987 - 88)

Ratner, Steven R., *Editorial Comment: Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem*, 97 Amer. J. Int'l L. 888 – 897 (2003)

Reece-Thomas, Katherine and Joan Small, *Human Rights and State Immunity: Is there Immunity from Civil Liability for Torture*, Neth. Int'l L.R. 1 – 30 (2003)

Reimann, Mathias, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, 16 Mich J. Int'l L. 403 – 432 (1994 – 1995)

Reisman, Michael W., *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84(4) Amer. J. Int'l L. 866-876 (1990)

Reydams, Luc, *International Decision: Belgian Tribunal of First Instance of Brussels (Investigating Magistrate), November 8, 1998*, 93 Amer. J. Int'l L. 700 - 703 (1999)

Roberts, Anthea Elizabeth, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, 95 Amer. J. Int'l L. 757 – 791 (2001)

Roht-Arriaza, Naomi,

- *Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward*, 59 Law & Contemp. Prob. 93 – 102 (1996)
- *Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back*, 17 Leiden Journal of International Law, 375 – 389 (2004)

Russell-Brown, Sherrie L., *Out of the Crooked Timber of Humanity: The Conflict Between South Africa's Truth and Reconciliation Commission and International Human Rights Norms Regarding "Effective Remedies"*, 26 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 227 – 263 (2003)

Sarooshi, Danesh, *Decisions of International Tribunals II: Command Responsibility and the Blaskic Case*, 50(2) Int'l & Comp. L.Q., 452 – 465 (2001)

Sealing, Keith, *"State Sponsors of Terrorism" Is a Question, Not an Answer: The Terrorism Amendment to the FSIA Makes Less Sense Now Than It Did Before 9/11*, 38 Tex. Int'l L.J. 119 – 144 (2003)

Seyersted, Finn, *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, 14 Int'l & Comp. L.Q. 31 - 82 (1965)

R.C.R. Siekmann, R.C.R., *Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1981 – 1982*, 14 Neth. Y.B. Int'l L. 245 – 339 (1983)

Sinclair, Ian, *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*, 167 Recueil des Cours 113 – 284 (1980 – II)

Smis, Stefaan, and Kim van der Borght, *Introductory Note to Belgium's Amendment to the Law of June 16, 1993 (As Amended by the Law of February 10, 1999) Concerning the Punishment of Grave Breaches of Humanitarian Law*, 42 I.L.M. 740 (2003)

Spinedi, Marina, *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur*, 13(4) Euro. J. Int'l L. 895 – 899 (2002)

Stephens, Beth, :

- *Upsetting Checks and Balances: The Bush Administration's Effort to Limit Human Rights Litigation*, 17 Harv. Hum. Rts. J. 169 – 205 (2004)
- *Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, 27 Yale J. In'tl L. 1 – 57 (2002)

Sucharitkul, Sompong, *Developments and Prospects of the Doctrine of State Immunity: Some Aspects of Codification and Progressive Development*, XXIX NILR (Asser Institute Lectures on International Law) 252 – 264 (1982)

Sveaass, Nora & Nils Johan Lavik, *Psychological Aspects of Human Rights Violations: The Importance of Justice and Reconciliation*, 69 Nordic J. Int'l L. 35-52 (2000)

Trooboff, Peter D., *Foreign State Immunity: Emerging Consensus of Principles*, 200 Recueil Des Cours 235 – 432 (1986)

Tyler, R. Tom and Hulda Thorisdottir, *A Psychological Perspective on Compensation for Harm: Examining the September 11th Victim Compensation Fund*, 53 DePaul L. Rev. 355 – 391 (2003)

Van Panhuys, H.F., *In the Borderland between Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunity*, 13 Int'l & Comp. L.Q. 1193 – 1213 (1964)

Van Schaack, Beth, *In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention*, 42 Harv. Int'l L.J. 141 – 200 (2001)

Vázquez, Carlos M., *Altmann v. Austria and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act*, 3 International Journal of Criminal Justice, 207 – 223 (2005)

Verdross, Alfred, *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*, 60 Amer. J. Int'l L. 55 – 63 (1966)

Voyiakis, Emmanuel, *Access to Court v. State Immunity*, 52 Int'l & Comp. L.Q. 297 – 332 (2003)

Watts, Arthur, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, 247 Recueil Des Cours 9 – 130 (1994) III (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers)

Xiaodong Yang, *State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions*, 74 B.Y.B. Int'l L. 333 – 408 (2003)

Zappalà, Salvatore, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes, The Ghaddafi Case Before the French Court of Cassation*, 12(3) Eur. J. Int'l L., 595 – 612 (2001)

Andreas Zimmerman, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens – Some Critical Remarks*, 16 Mich. J. Int'l L. 433 – 440 (1994 – 1995)