

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**AFFAIRE RELATIVE AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLE DE L'ÉTAT
(ALLEMAGNE c. ITALIE ; GRÈCE (INTERVENANT))**

**OBSERVATIONS ÉCRITES DE L'ALLEMAGNE SUR LA DÉCLARATION ÉCRITE
DE LA RÉPUBLIQUE HELLÉNIQUE DU 3 AOÛT 2011**

26 août 2011

[TRADUCTION DU GREFFE]

Sommaire

I. Observations générales	(Section 1)
II. Immunités	(Sections 2-4)
III. Existe t il en droit international humanitaire un droit individuel à réparation ?	(Sections 5-16)
IV. Conclusion	(Section 17)

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'Allemagne a pris note de la déclaration écrite que la Grèce a présentée le 3 août 2011 conformément à l'ordonnance du 4 juillet 2011 par laquelle la Cour l'avait autorisée à intervenir dans l'instance. Elle considère que la Grèce n'a pas été en mesure de produire le moindre élément nouveau pertinent pour le différend entre l'Allemagne et l'Italie soumis à la Cour, pas davantage qu'elle n'a apporté un éclairage nouveau sur la question de l'immunité, ni soumis d'éléments de preuve qui permettraient d'établir que le droit international coutumier garantit aux personnes victimes de violations du droit international humanitaire un droit individuel à réparation. En revanche, l'Allemagne se félicite que la Cour ait ainsi désormais en sa possession toutes les informations voulues relatives à l'affaire *Distomo* (déclaration écrite de la Grèce, par. 8-13 et 20-30). L'Allemagne ne conteste pas les faits tels que présentés par la Grèce.

II. IMMUNITÉS

2. En ce qui concerne la question de l'immunité, qui est au cœur du différend, la Grèce a peu à ajouter. Elle reconnaît, certes, qu'il n'existe pour l'instant aucune règle qui limiterait la portée de l'immunité juridictionnelle des Etats lorsque sont en cause de graves violations du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, mais évoque une évolution qui serait en cours («mutation») (par. 31) et une «rénovation de l'architecture juridique globale» (par. 33), sans toutefois avancer la moindre preuve que cette transformation soit parvenue à son terme. Dans ses écritures, la pratique internationale fait remarquablement défaut. Il est vrai que nombre de traités internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme — tous très nettement postérieurs aux faits ici en cause — prévoient pour les victimes un mécanisme de recours, mais ces recours doivent invariablement être soumis aux organes internationaux chargés de l'application de ces instruments, et l'on ne trouve, dans la pratique récente, nulle trace d'un droit qu'auraient les personnes privées de poursuivre un Etat étranger devant la justice de leur propre pays lorsque le comportement incriminé consiste en *acta jure imperii*, autrement dit en actes souverains de cet Etat.

3. L'article 40 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites¹ ne vient en rien étayer la thèse de la Grèce. L'article 40 tendrait à indiquer que l'immunité souveraine ne joue plus dès lors qu'il y a violation de normes de *jus cogens* (par. 59) ; or, cette conclusion ne peut nullement être inférée du libellé de cette disposition. La CDI s'est délibérément montrée très prudente dans sa façon d'exposer les conséquences de la violation d'une règle de *jus cogens*. L'on comprend immédiatement, à la lecture du texte, qu'elle s'est abstenue d'attacher aux violations de normes impératives du droit international général la moindre conséquence d'ordre procédural. Même lorsqu'une telle violation est alléguée, les règles procédurales normales trouvent à s'appliquer. L'Etat auquel est imputée une grave violation n'est privé d'aucun de ses droits souverains, mais se trouve sur un pied d'égalité avec les autres membres de la communauté des nations vis-à-vis de toute procédure qui pourrait être engagée en vue d'examiner le comportement qui lui est reproché.

4. Lorsqu'elle renvoie (par. 46) à l'arrêt rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Tadić*², la Grèce commet la même erreur que la cour de cassation (*Corte di Cassazione*) italienne en l'affaire *Ferrini* : elle méconnaît le fait que l'immunité de l'Etat doit être soigneusement distinguée de l'immunité de la personne. De nos jours, la communauté internationale tend dans sa grande majorité à accepter, voire à exiger, que les auteurs de graves

¹ Dont l'Assemblée générale a pris note dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

² Du 2 octobre 1995, *ILM* 35 (1996), p. 32.

crimes du droit des gens soient traduits devant des juridictions pénales, et l'Allemagne figure d'ailleurs parmi les Etats ayant œuvré en faveur de l'élaboration et de la conclusion du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Toutefois, si la justice veut que toute personne inculpée de crimes de cette nature soit jugée, réfléchir, à l'issue d'un conflit armé, au meilleur moyen de réparer les torts causés relève de toute autre chose. Il est cependant inutile de s'attarder sur cet aspect du différend, nombre d'observations ayant déjà été présentées à la Cour à cet égard.

Si les individus auteurs de graves crimes du droit des gens peuvent incontestablement être traduits devant des juridictions internationales ou, dans certaines limites, devant un juge national en application du principe de la compétence universelle³, l'on ne saurait en déduire que des personnes privées sont en droit de former devant la justice de leur propre pays des demandes de réparation contre un Etat auteur de faits illicites.

III. EXISTE-T-IL EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE UN DROIT INDIVIDUEL À RÉPARATION ?

5. La Grèce s'efforce de démontrer que toute personne privée victime de violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire possède un droit individuel à réparation (par. 34), mais ne fournit aucun élément de preuve convaincant à l'appui de cette thèse. De fait, c'est bien malgré elle, sans doute, qu'elle expose au paragraphe 35 la véritable situation juridique, à savoir qu'il n'existe aucun droit de cette nature.

6. L'Allemagne reconnaît que certains auteurs ont cru pouvoir déduire des travaux préparatoires de la quatrième convention de La Haye de 1907 que l'article 3 de cette convention était destiné à établir un droit individuel à réparation (voir la note de bas de page 24)⁴. Or, l'article 3 (qui se lit comme suit : «La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.») ne précise pas à qui est due la réparation.

Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle les Etats parties présents à La Haye entendaient garantir des droits individuels se concilie mal avec le contexte historique.

Avant la première guerre mondiale, en effet, le droit international était, de manière générale, conçu comme un régime de droits et de devoirs exclusivement applicable entre les Etats. Il aurait été pour le moins singulier, dans ce cadre de pensée, d'accorder aux victimes du droit international humanitaire des droits individuels. Du reste, la pratique ultérieure n'est jamais venue confirmer une vision si révolutionnaire de l'ordre juridique international. A l'issue de la première guerre mondiale, le règlement opéré par le traité de Versailles était un arrangement entre Etats — les puissances victorieuses, d'une part, et l'Allemagne, de l'autre. Le traité ne prévoyait pas de droits individuels à réparation à raison de violations du droit international humanitaire — réparation qui aurait, bien sûr, dû être accordée aux victimes des deux camps.

7. En outre, l'analyse des travaux de la conférence de la paix de 1907 dressée par Kalshoven est loin d'être convaincante — si elle n'est pas tout bonnement erronée —, ainsi que le montreront les observations ci-après.

³ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 24.

⁴ Voir, notamment, Fritz Kalshoven, «State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces», *ICLQ* 40 (1991), p. 827, p. 830-832 ; repris dans : «Some Comments on the International Responsibility of States», in Wolff Heintschel von Heinegg et Volker Epping (sous la dir. de), *International Humanitarian Law Facing New Challenges* (Berlin et al.: Springer, 2007), p. 207, p. 212.

8. Lors de la conférence, le Gouvernement allemand présenta des amendements dans le cadre de l'une des commissions créées dans le cadre de celle-ci⁵. L'un d'eux mentionnait l'indemnisation de «personnes». Le texte proposé se limitait toutefois aux «personnes neutres», autrement dit aux ressortissants de pays neutres, lesquels constituent une exception en temps de guerre. L'autre proposition prévoyait en des termes très généraux que, en cas de préjudice à la partie adverse, «la *question* de l'indemnisation sera[it] réglée lors de la conclusion de la paix». Autrement dit, il ne fut nullement avancé que les victimes de guerre devaient, de manière générale, être indemnisées à titre individuel ; bien au contraire, l'Allemagne partait du principe qu'il convenait de s'en tenir au mode traditionnel de réparation des dommages de guerre causés à la «partie adverse», qui passait par la conclusion de traités interétatiques. Dans la suite de la discussion, la possibilité d'établir une distinction entre personnes neutres et ressortissants de la partie adverse divisa les intervenants. Il est vrai que ceux-ci faisaient pour l'essentiel référence aux *personnes* lésées. Mais le délégué britannique, lord Reay, déclara également que le dédommagement de ressortissants de la partie adverse «dépend[ait] des conditions qui ser[aient] insérées dans le traité de paix et qui ser[aient] le résultat de négociations entre les belligérants»⁶. Au final, les deux textes furent réunis et remaniés, et le texte définitif ne mentionne pas le bénéficiaire de l'éventuelle demande de réparations. Une lecture objective des documents cités ne révèle rien qui tendrait concrètement à indiquer que, à l'issue de leurs délibérations, les rédacteurs aient entendu mettre en avant des droits individuels. Ces documents semblent au contraire conforter la conclusion selon laquelle ils renoncèrent à insérer une clause spéciale en faveur des ressortissants de pays neutres⁷.

9. Il est vrai, ainsi que l'a relevé la Grèce dans sa déclaration (par. 38), que, dans le cadre de la codification des règles coutumières du droit international humanitaire qu'il réalisa, le Comité international de la Croix-Rouge a indiqué que «[l]a tendance [était] de plus en plus à autoriser les personnes victimes de violations du droit international humanitaire à demander directement réparation à l'Etat responsable»⁸. La circonspection dont ont fait preuve les auteurs de l'étude en formulant cette phrase n'en est pas moins éminemment significative. Une «tendance» n'est pas une règle. De plus, il va de soi que les données synthétisées par le CICR correspondent à des évolutions récentes et sont sans pertinence aucune à l'égard d'événements survenus voici plus de soixante ans.

10. Cette critique vaut également en ce qui concerne la référence faite au paragraphe 2 de l'article 33 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites. La CDI a simplement complété le texte de son article en ajoutant une clause de sauvegarde. Elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les personnes privées jouissent de droits individuels lorsqu'un Etat viole les obligations qui sont les siennes en vertu du droit international. Là encore, l'élément déterminant réside en ceci que, dans le cadre du droit international «classique» tel qu'il existait au cours de la Seconde guerre mondiale, les demandes individuelles de réparation en vertu du droit international général étaient en pratique inconnues. Dans cet esprit, la CDI a circonscrit sa codification du droit relatif à la responsabilité étatique aux relations entre Etats en tant que sujets traditionnels du droit des gens.

⁵ *Deuxième Conférence Internationale de la paix, La Haye 15 Juin-18 Octobre 1907, Actes et Documents*, Tome III, La Haye 1907, p. 247, annexe 1. Voir, pour la version anglaise, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences, The Conference of 1907. Acts and Documents* (Vol. III, New York: Oxford University Press, 1921), p. 139 ; annexe 2.

⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁷ Voir aussi l'analyse minutieuse des travaux préparatoires réalisée par le tribunal de district de Tokyo dans sa décision du 7 décembre 1963, 32 *ILR* 627.

⁸ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (sous la dir. de), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : règles, CICR, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 713.

11. Au paragraphe 41, la Grèce mentionne une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande en date du 28 juin 2004. Elle reconnaît ouvertement que cette décision ne vient pas à l'appui de la thèse selon laquelle des violations du droit international humanitaire généreraient des droits individuels. Le passage pertinent mérite cependant d'être cité :

«L'article 3 de la convention de La Haye de 1907 n'institue pas, en principe, de droit individuel à la réparation, mais codifie seulement le principe général de droit international d'une responsabilité entre les parties contractantes. Or, une telle demande de réparation secondaire n'existe que dans le rapport de droit international entre les Etats concernés. La demande de réparation diffère à cet égard du droit substantiel de l'intéressé au respect des interdictions prévues par le droit international humanitaire applicable entre l'Etat occupant un territoire et la population vivant sur celui-ci.» [Traduction du Greffe]⁹

La Cour constitutionnelle fédérale allemande est donc attentive à faire la distinction entre règles primaires et règles secondaires. Des particuliers peuvent être détenteurs de droits en vertu de règles primaires, sans pour autant acquérir automatiquement des droits en vertu des règles secondaires régissant les conséquences d'un manquement aux règles primaires.

12. La Grèce a également invoqué (en note de bas de page 35) un récent arrêt de la Cour d'appel de La Haye, en date du 5 juillet 2011 (dont elle n'a fourni ni le texte ni, *a fortiori*, une traduction dans l'une des langues officielles de la Cour). L'Allemagne en a néanmoins pris connaissance dans sa version néerlandaise. Ce faisant, il lui est apparu que l'arrêt ne dit pas ce que la Grèce, dans sa déclaration, voudrait lui faire dire. A l'évidence, dans une instance relative aux manquements imputés au «Dutchbat» (contingent militaire néerlandais) déployé à Srebrenica en 1995, la Cour d'appel de La Haye n'avait pas à se pencher sur les questions d'immunité. Les fondements juridiques d'une demande de réparation devaient néanmoins être abordés ; or, aux paragraphes 6.3 et 6.20, la cour indique qu'elle considère cette demande comme fondée sur le droit de la Bosnie en matière d'obligations — et non sur le droit international humanitaire.

13. L'Allemagne appelle également l'attention sur une décision récemment rendue par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Sfountouris et autres*¹⁰. Le premier requérant était l'une des victimes du massacre de Distomo, ayant perdu ses parents alors qu'il était enfant. La cour de Strasbourg a pris note, sans soulever la moindre objection, de l'avis des tribunaux allemands saisis contestant «l'existence d'un droit individuel des requérants à être indemnisés fondé directement sur le droit international public, en particulier sur l'article 3 de la Convention de La Haye et de l'article 23 lit. g) du règlement annexe». Elle a, en conséquence, conclu que les demandeurs n'étaient pas fondés à «prétendre qu'ils avaient une espérance légitime de pouvoir bénéficier d'une indemnisation pour le préjudice subi» et déclaré la requête irrecevable.

14. Au paragraphe 56, la Grèce soutient que l'application de la règle de l'immunité ainsi que le déni du droit individuel à réparation aboutiraient, en dernière analyse, à «l'irresponsabilité des Etats ayant commis des atrocités». Cette affirmation ne laisse pas de surprendre, puisqu'elle

⁹ «Art. 3 des Haager Abkommens von 1907 begründet grundsätzlich keinen individuellen Entschädigungsanspruch, sondern positiviert nur den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz ... einer Haftungsverpflichtung zwischen den Vertragsparteien. Dieser sekundärrechtliche Schadensersatzanspruch besteht jedoch nur in dem Völkerrechtsverhältnis zwischen den betroffenen Staaten. Der Schadensersatzanspruch unterscheidet sich insoweit von dem primärrechtlichen Anspruch der betroffenen Personen auf Einhaltung der Verbote des humanitären Völkerrechts, der in dem Völkerrechtsverhältnis zwischen dem ein Territorium besetzenden Staat und der in diesem Gebiet lebenden Bevölkerung besteht.» *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 31 (2004), p. 439, p. 441.

¹⁰ Requête n° 24120/6, 31 mai 2011.

méconnaît le fait que tout l'édifice du droit international repose sur une claire distinction entre, d'une part, le droit matériel, qui établit des règles de conduite et, d'autre part, les procédures visant à l'application de ces règles. En droit international, l'accès à un juge est plus limité qu'en droit national. Mais il existe bien d'autres procédures, en particulier diplomatiques, qui peuvent se révéler aussi efficaces que les procédures judiciaires. Il est donc faux de penser que l'absence de remède judiciaire remettrait en cause l'importance des règles substantielles de droit international au point d'abolir toute responsabilité. Rappelons que les articles de la CDI, en particulier, ne comprennent pas de partie consacrée aux aspects procéduraux. Il a été jugé suffisant de déterminer la teneur des règles secondaires pertinentes en matière de responsabilité des Etats sans tenter, en parallèle, de les compléter par des dispositions relatives aux mécanismes et procédures d'exécution.

15. L'Allemagne note que la Grèce hésite plutôt à reconnaître que, dans l'affaire *Margellos*, l'instance suprême grecque établie en vertu de l'article 100 de sa constitution a infirmé l'arrêt rendu par l'Areios Pagos dans l'affaire *Distomo*, indiquant que la règle traditionnelle de l'immunité demeurait en vigueur (par. 57-59). La Grèce ne saurait toutefois contester que sa plus haute instance judiciaire, expressément chargée du «règlement des contestations sur le caractère de règles de droit international comme généralement reconnues» (article 100 1) f)), a choisi de s'en tenir à la règle traditionnelle, dont la raison d'être n'est en rien affectée. D'après les informations dont dispose l'Allemagne, les arrêts de cette juridiction suprême en matière d'existence et de portée des règles générales de droit international sont applicables *erga omnes*, notamment par l'ensemble des institutions gouvernementales¹¹.

16. Puisque la Grèce donne à entendre que le droit international est en perpétuelle évolution et que la situation juridique a pu changer depuis l'arrêt rendu par la cour spéciale établie en vertu de l'article 100 de sa constitution, l'Allemagne présentera trois décisions de justice récentes, qui émanent de différentes parties du monde et qui, toutes, confirment sans la moindre ambiguïté la règle traditionnelle de l'immunité. Dans les trois cas, l'Allemagne était la partie défenderesse, et l'affaire s'inscrivait également dans le contexte de la Seconde guerre mondiale. Ces trois décisions sont les suivantes :

- a) décision rendue par le juge de la justice fédérale de l'Etat de Rio de Janeiro le 9 juillet 2008¹² ;
- b) décision succincte du tribunal de grande instance de Tel Aviv-Jaffa en date du 31 décembre 2008¹³ ;
- c) arrêt de la Cour suprême de Pologne en date du 29 Octobre 2010¹⁴.

Ces trois décisions de justice montrent qu'il ne saurait être question d'une «tendance» dont pourrait se déduire une limitation de la portée de l'immunité juridictionnelle des Etats en cas de grave violation du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire. L'Allemagne s'abstiendra ici d'examiner ces décisions en détail. Elle les commentera de manière exhaustive au cours des audiences qui doivent se tenir prochainement.

¹¹ Article 54 1) de la loi n° 345 (1976).

¹² Annexe 3.

¹³ Annexe 4.

¹⁴ Annexe 5.

IV. CONCLUSION

17. L'Allemagne se félicite de ce que l'occasion soit donnée à la Grèce de s'exprimer sur certaines des questions d'ordre juridique que soulève le présent différend, et ne doute pas qu'à l'audience, la Grèce saura circonscrire son propos aux limites fixées par la Cour dans son ordonnance du 4 juillet 2011.

Berlin, le 26 août 2011

L'agent du Gouvernement de la République
fédérale d'Allemagne,

Christian TOMUSCHAT.

Le Directeur général des affaires juridiques et
Agent du Gouvernement de la République
fédérale d'Allemagne,

Susanne WASUM-RAINER.

LISTE DES ANNEXES

- Annexe 1 Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, Actes et documents, tome III, La Haye, 1907, p. 247.
- Annexe 2 The Proceedings of The Hague Peace Conferences, The Conference of 1907, Acts and Documents, Volume III, New York, 1921, p. 139.
- Annexe 3 Décision rendue par le juge de la justice fédérale de l'Etat de Rio de Janeiro le 9 juillet 2008, procédure ordinaire n° 2006.5101016944-1, *Barreto c. République fédérale d'Allemagne*.
- Annexe 4 Tribunal de grande instance de Tel Aviv-Jaffa, décision du 31 décembre 2009, affaire 2143-07, *Orith Zemach et autres c. République fédérale d'Allemagne*.
- Annexe 5 Cour suprême de Pologne, arrêt du 29 octobre 2010, réf. dossier : IV CSK 465/09, *Natoniewski c. République fédérale d'Allemagne*.
-