

**DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE
FACE AUX VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE
L'HOMME : L'AFFAIRE DES IMMUNITES
JURIDICTIONNELLES DE L'ALLEMAGNE DEVANT
LES TRIBUNAUX ITALIENS**

Charlotte Beaucillon, Massimo Iovane, Ioannis Prezas, Giuliana Marino

► **To cite this version:**

Charlotte Beaucillon, Massimo Iovane, Ioannis Prezas, Giuliana Marino. DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE FACE AUX VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME : L'AFFAIRE DES IMMUNITES JURIDICTIONNELLES DE L'ALLEMAGNE DEVANT LES TRIBUNAUX ITALIENS. 2016. hal-01597652

HAL Id: hal-01597652

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01597652>

Submitted on 28 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



*Conférences de l'IREDIES /
IREDIES Conference Papers
n°1/2017*

**DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE FACE AUX VIOLATIONS
GRAVES DES DROITS DE L'HOMME : L'AFFAIRE DES IMMUNITES
JURIDICTIONNELLES DE L'ALLEMAGNE DEVANT LES TRIBUNAUX
ITALIENS**

Conférence du 5 décembre 2016

Charlotte BEAUCILLON (DIR.)

Ces textes peuvent être téléchargés à des fins de recherche uniquement.
Toute reproduction additionnelle à d'autres fins, sur format papier ou électronique, requiert le consentement des auteurs et des éditeurs.
En cas de référence ou citation, les auteurs, éditeurs, le titre, l'année et le numéro des *Conférences* de l'IREDIÉS doivent être mentionnés.

This text may be downloaded for personal research purposes only.
Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the authors.
If cited or quoted, reference should be made to the full name of the authors, the title, the IREDIES *Conference papers* series, the year, the issue number and the publisher.

Sommaire

Introduction p. 4

*Charlotte BEAUCILLON, Maître de conférences à l'Ecole de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

*L'affaire de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne devant le
tribunaux italiens : une tentative extrême d'assurer le respect du droit
international des droits de l'homme ou une question macroscopique
de protection diplomatique..... p. 7*

Massimo IOVANE, Professeur à l'Università Federico II de Naples

Discussion p. 12

*Ioannis PREZAS, Maître de conférences HDR à l'Ecole de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Débats avec la salle p. 15

*Giuliana MARINO, Doctorante contractuelle à l'Ecole de doctorale de comparé,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Bibliographie sélective p. 17

Introduction

*Charlotte BEAUCILLON, Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Le 8 septembre 1943 marqua officiellement la reddition de l'Italie à l'Allemagne. L'annonce publique de cet armistice signé secrètement cinq jours plus tôt à Cassibile prit au dépourvu les forces armées italiennes. Certaines choisirent de rallier les forces Alliées, comme ce fut le cas en Corse. D'autres décidèrent de combattre aux côtés de l'armée nazie et contribuèrent à l'établissement de la république fasciste dite de Salò. L'armée nazie lança quant à elle l'opération *Asche* et prit le contrôle de la quasi-totalité du territoire italien, alors même que la Campagne d'Italie était lancée par les forces Alliées.

Durant l'occupation, les troupes allemandes se rendirent coupables de multiples violations du droit de la guerre dont des massacres et la soumission de civils et de militaires à la déportation et au travail forcé. Les victimes, puis leurs ayants droit, cherchèrent à obtenir réparation des dommages subis, tant par la condamnation personnelle des criminels de guerre, que par la condamnation de l'Etat allemand devant les juridictions italiennes (Ronzitti, *AFDI*, 2014).

1. Les affaires *Ferrini*, *Distomo* et *Margellos*

Luigi Ferrini est un ressortissant italien ayant été soumis à la déportation et au travail forcé en Allemagne après avoir été arrêté en 1944. Ce n'est qu'en 1998 qu'il chercha réparation. Débouté par le Tribunal d'Arezzo (*3 novembre 2000, n° 1403/98*) puis par la Cour d'appel de Florence (*14 janvier 2002, n° 41/02*), il saisit la Cour de cassation italienne de la question de savoir si les juridictions italiennes étaient compétentes pour examiner sa requête, nonobstant l'immunité juridictionnelle dont bénéficiait l'Allemagne, comme tout autre Etat souverain, en Italie. Rendue le 11 mars 2004, la décision de la Cour de cassation italienne tranche en faveur du requérant et reconnaît le principe de la compétence des juridictions du fond. Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Florence fit droit à sa requête (*21 octobre 2008*). L'affaire *Ferrini* n'est pas la seule sur laquelle la Cour de cassation italienne ait été amenée à se prononcer au cours de l'année 2008, la solution retenue ayant été confirmée dans non moins de douze autres ordonnances dans des affaires similaires cette année-là (A. Ciampi, *AFDI*, 2008).

Deux autres décisions de la Cour de cassation italienne entrent en ligne de compte. Elles concernent deux massacres de civils par les forces armées nazies, l'une à Kalavrita en Grèce et l'autre à Civitella en Italie. Dans son arrêt *Distomo* (29 mai 2008, n° 14199), la Cour de cassation italienne accorda l'*exequatur* en Italie à une décision de la Cour suprême grecque, l'*Aerios pagos*, condamnant l'Etat allemand. Cela conduisit à l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur la villa Vigoni, un centre culturel germano-italien appartenant à la République fédérale d'Allemagne. La même année, la Cour de cassation italienne confirma la condamnation du criminel de guerre Franz Josef Milde à la réclusion criminelle à perpétuité et la condamnation solidaire de l'Allemagne à la réparation des dommages subis (21 octobre 2008, n° 1079).

L'année 2008 fut ainsi marquée par non moins que quinze décisions de la Cour de cassation italienne autorisant la mise en cause de la République Fédérale d'Allemagne devant les juridictions internes italiennes.

2. La confirmation de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne devant la CIJ

La République Fédérale d'Allemagne ne tarda pas à saisir la Cour internationale de Justice (CIJ), le 23 décembre 2008, alléguant en substance les violations de son immunité de juridiction commises dans le cadre des procédures juridictionnelles italiennes qui viennent d'être présentées.

Nul besoin de le rappeler, la Cour internationale de Justice se prononça le 3 février 2012 en faveur de l'Allemagne (*Immunités juridictionnelles de l'Etat, Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)*).

Après avoir souligné que « *l'Allemagne a pleinement reconnu 'les souffrances indicibles infligées aux hommes et aux femmes d'Italie, en particulier lors des massacres, ainsi qu'aux anciens internés militaires italiens'* » (§ 52), la Cour internationale de Justice note que le différend qui lui est soumis ne consiste pas à contester l'illicéité et la criminalité des faits au cœur des affaires mentionnées. La question soumise était de savoir si l'Allemagne devait bénéficier de l'immunité juridictionnelle devant les tribunaux italiens, qui auraient dû, par conséquent, se déclarer incompétents.

On note avec intérêt que l'Allemagne et l'Italie s'accordaient tant sur l'existence de la règle coutumière relative aux immunités juridictionnelles de l'Etat (§ 58), que sur la distinction entre les actes *jure imperii* d'une part, adoptés par l'Etat dans le cadre de ses activités de nature régaliennne et pour lesquels l'immunité juridictionnelle est acquise, et les actes *jure gestionis* d'autre part, adoptés par l'Etat dans le cadre de ses autres activités et

qui peuvent être jugés par les tribunaux d'un autre Etat sans remettre en cause sa souveraineté (§ 60). Par ailleurs, l'Allemagne et l'Italie concordait sur l'appartenance des actes de l'armée nazie à la première catégorie des actes *jure imperii* (§ 61). La défense de l'Italie consistait à avancer deux arguments ayant pour objectif de faire exception aux immunités juridictionnelles. Le premier consistait à nier « *l'immunité juridictionnelle des actes jure imperii, aux actes dommageables ou délictueux ayant entraîné la mort, un préjudice corporel ou un préjudice matériel commis sur le territoire de l'Etat du for* ». Elle fut rejetée par la Cour après examen de la pratique des différents Etats en la matière, qui montre que tous à l'exception de l'Italie avaient reconnu l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne dans des hypothèses similaires (§§ 73-78). La seconde exception avancée par l'Italie consistait à nier l'immunité juridictionnelle pour les actes « *constitutifs de violations les plus graves de règles de droit international à caractère impératif, [lorsqu'il] n'existait, pour y remédier, aucune autre voie de recours* » (§ 61). La Cour rejeta ce second argument en considérant que malgré la gravité des violations, quand bien même il s'agirait de violations de règles de *jus cogens*, il ne pouvait être fait échec à l'immunité juridictionnelle de l'Etat qui est une règle de nature procédurale permettant de délimiter la compétence des tribunaux sans préjuger de la licéité du comportement leur étant soumis (§ 93).

3. Vers une opposition des pouvoirs en Italie ?

Les suites immédiates de l'arrêt de la CJJ en Italie sont connues et feront l'objet de développements plus amples de la part du Professeur Iovane. Il suffit ici de rappeler que la Cour de cassation italienne a très rapidement déclaré que la décision dans l'affaire *Ferrini* était isolée (9 août 2012, n°32139/12 et 21 février 2013, n°4284/13).

Cette position de principe du juge italien ne permettait ni de garantir les décisions à venir, ni de priver de leur autorité les arrêts adoptés antérieurement se trouvant en contradiction avec la vision de la CJJ. Elle poussa le législateur italien à intervenir, en introduisant dans la loi du 14 janvier 2013 qui donne exécution à la Convention des Nations Unies sur les immunités des Etats et de leurs biens (adhésion en 2014), une disposition spécifique (art. 3) obligeant d'une part les juridictions italiennes à décliner leur compétence en cas de recours contre un Etat étranger que la CJJ aurait déclaré ne pas être justiciable, et permettant d'autre part la révision des décisions antérieures adoptées contrairement à ce principe.

La Cour constitutionnelle italienne résista à cette solution par l'adoption le 22 octobre 2014 de la décision n° 238. Elle affirma en substance que l'arrêt de la CJJ était contraire à

la Constitution italienne et ne pouvait par conséquent produire ses effets dans l'ordre juridique interne. C'est de cette décision dont il sera question dans la communication du professeur Iovane.

4. Trois pistes de réflexion ouvertes par l'affaire des immunités juridictionnelles de l'Allemagne devant les tribunaux italiens

Tout d'abord, la Cour internationale de Justice adopte une approche fort conservatrice de la souveraineté des Etats, qui demeurent ses premiers « *clients* » (*Bianchi, EJIL talk !, 2012*). Il est ensuite assez clair que la Cour internationale de Justice adopte également une position raisonnée par rapport au contentieux que sa décision pourrait faire naître. Ce regard est peu prometteur quant à la marge de manœuvre dont le juge international veut bien se doter devant des questions si fondamentales pour le droit international contemporain. On pense ainsi particulièrement à l'opinion dissidente du Juge Cançao Trindade dans cette affaire, qui s'inscrit dans son plaidoyer constant pour humaniser ce qui deviendrait un *nouveau jus gentium*. Dans le cas d'espèce, on peut par ailleurs s'interroger sur les options de plaidoirie de l'Italie, qui aurait peut-être dû contester la qualification des mesures en cause comme actes *jure imperii*, précisément sur le fondement de leur grave contrariété aux droits de l'homme. Ainsi, il ne se serait pas agi de faire exception à l'immunité de l'Etat, mais d'en contester l'effet tout court.

Ensuite, on connaît trop bien les critiques formulées à l'égard des contorsions conceptuelles auxquelles s'est astreinte la Cour internationale de Justice, notamment dans l'articulation du couple procédure et substance. Cette distinction d'apparence simple contribue encore aujourd'hui à alimenter la réflexion en sciences juridiques, comme l'illustre la journée d'études de l'IREDIIES organisée par Ioannis Prezas le 12 décembre 2016 [dont les actes seront publiés prochainement].

Enfin, vient le phénomène de résistance des juridictions internes à l'encontre des décisions internationales qu'elles contestent au regard de leur ordre constitutionnel. Assiste-t-on, même de manière isolée, à une forme d'exception de constitutionnalité ? A un *So Lange* à l'italienne ?

L'affaire de l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne devant les tribunaux italiens: tentative extrême d'assurer le respect du droit international des droits de l'homme, ou question macroscopique de protection diplomatique ?

Massimo IOVANE, Professeur à l'Università Federico II de Naples

INTRODUCTION

Le thème que je dois aborder aujourd'hui n'est pas des plus faciles. Il comporte l'examen d'une affaire qui est devenue très complexe, impliquant non seulement l'interprétation de la norme coutumière relative aux immunités juridictionnelles des Etats, mais aussi de nombreuses questions générales de droit international contemporain, telles que les rapports entre le droit interne et le droit international, l'unité du droit international, la question du *jus cogens* et de la hiérarchie des normes internationales, la responsabilité internationale des Etats du point de vue des conséquences du fait illicite et des causes d'exclusion de l'illicéité, et enfin, le dialogue entre cours internes et internationales.

Pour en venir au fond, je pense que la contribution la plus importante de la jurisprudence italienne dans cette affaire concerne la notion de normes impératives du droit international général et leur application à un cas concret. C'est en effet peut-être la première fois que cette notion, après être essentiellement demeurée l'objet de spéculations doctrinales, a finalement été prise en considération dans la pratique pour résoudre le conflit entre deux normes internationales incompatibles.

Par ailleurs, en examinant de plus près les arguments des juges italiens, je me suis trouvé face à un phénomène très curieux que je voudrais soumettre à votre réflexion. Les juges italiens, depuis les juridictions du fond jusqu'à la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, ont tous ensemble cherché à exercer une fonction que j'oserais qualifier de « quasi protection diplomatique » par les juges. Ils se situent délibérément en réaction au fait internationalement illicite qui serait normalement du ressort du pouvoir exécutif. De la même manière, les juges du fond ont essayé de négocier directement avec l'Allemagne une solution au litige.

I - LE CONCEPT DE *JUS COGENS* ET LE POUVOIR INTERPRÉTATIF DES JUGES NATIONAUX

Le différend entre l'Allemagne et l'Italie constitue le banc d'essai de beaucoup d'idées et théories sur les transformations du droit international après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies. Paradoxalement, le différend entre l'Allemagne et l'Italie représente un épisode de division et de contraste sur des questions qui auraient justement dû signer l'unité entre droit international et droit interne, notamment entre deux Etats appartenant à un sous-système européen visant la réalisation des principes de la prééminence du droit et du respect des droits de l'homme.

Faute d'un système formel d'annulation des normes de rang inférieur, il appartient aux juges de droit commun de résoudre un conflit entre normes incompatibles en attribuant la priorité à la norme qui, du point de vue substantiel, protège une valeur fondamentale. Le rôle essentiel du juge dans cette appréciation est confirmé par certaines dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats. L'article 66 prévoit expressément le recours unilatéral à la CIJ en relation aux différends relatifs à la nullité des traités « *en conflit avec une norme impérative du droit international général* ». Cela implique à mon avis que seule une interprétation par les juges est de nature à clarifier l'existence et la portée des normes impératives.

1. Les arrêts *Ferrini et Milde*

Tout d'abord, la Cour de cassation revendique son droit de procéder à une interprétation systématique du droit international afin de résoudre la question juridique qui lui avait été posée : « *les normes internationales ne peuvent pas être interprétées séparément. Elles sont interdépendantes et liées entre elles quand il est question de leur application à un cas concret. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé la pertinence de ce concept dans de nombreux arrêts concernant les rapports entre la CEDH et d'autres traités internationaux. Le même principe est aussi applicable dans les rapports entre différentes normes coutumières. Les normes ne peuvent être correctement comprises que si elles sont toutes considérées comme appartenant au même ordre juridique* » (traduction libre).

Après avoir annoncé son projet argumentatif, la Cour procéda à l'identification des normes de *jus cogens* impliquées dans l'affaire, précisément par l'intermédiaire de certains principes généraux dont la nature fondamentale ou impérative est exprimée par des notions imprégnées de références éthiques. Pour la Cour, enfin, l'intervention des juges

nationaux en faveur du droit à la réparation des victimes de crimes internationaux ferait partie intégrante du régime spécial de protection prévu par le droit international.

Les mêmes concepts ont été réaffirmés dans d'autres arrêts émanant de la Cour de cassation, dont l'arrêt *Milde* du 13 janvier 2009 (n° 1079) : « *La différente valeur des normes coutumières est confirmée par leur différente force juridique dans l'ordre juridique international. En effet, une norme conventionnelle spécifique pourrait déroger à la norme relative à l'immunité de juridiction, mais les normes coutumières protégeant les droits inviolables de l'homme sont indérogeables parce qu'elles sont des normes impératives du droit international, des normes de jus cogens* » (traduction libre).

2. L'arrêt de la CIJ

Cette richesse argumentative a été tout à fait ignorée par l'arrêt de la CIJ du 3 février 2012. Ironiquement, la Cour ne semble pas renoncer par principe à la possibilité de concilier immunité et respect du *jus cogens*, mais elle souligne plutôt la nature fondamentale de la règle de l'immunité de l'Etat. Selon la Cour cette règle « *procède du principe de l'égalité souveraine des Etats [...]. Les exceptions à l'immunité de l'Etat constituent une dérogation au principe de l'égalité souveraine. L'immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle* ».

Curieusement, un des arguments avancés par la Cour pour éviter une interprétation systématique des règles évoquées dans cette affaire est celui de la nature procédurale de la norme relative à l'immunité des Etats. Le paragraphe 82 de l'arrêt est explicite : « *La Cour se doit toutefois d'observer d'emblée que l'idée de subordonner, dans une certaine mesure, le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite en cause pose un problème de logique. L'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même. Elle revêt donc nécessairement un caractère préliminaire. C'est par conséquent avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire portée devant lui et avant que les faits aient été établis que le tribunal national saisi doit déterminer si, au regard du droit international, un Etat peut ou non prétendre à l'immunité. Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'Etat a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'Etat d'avoir commis des actes illicites de*

cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité ».

3. La résistance de la Cour constitutionnelle italienne

C'est précisément cet argument que la Cour constitutionnelle italienne a contesté en premier dans sa décision n° 238 du 22 octobre 2014, par ailleurs discutable en d'autres points. En effet, les normes relatives à l'immunité juridictionnelle ne sont pas de simples dispositifs procéduraux, mais visent la protection de certains intérêts matériels aussi bien en droit international qu'en droit constitutionnel. Les immunités des membres du Parlement ont pour but d'assurer l'indépendance de leurs fonctions ; les immunités des agents diplomatiques sont justifiées par l'ancienne maxime *ne impediatur legatio* ; l'immunité des Etats sert, à son tour, à protéger l'exercice sans entrave de leur pouvoir gouvernemental. Pour ce motif, il est toujours possible de trouver un équilibre entre d'une part les normes internationales relatives à l'immunité, et d'autre part les normes protégeant d'autres intérêts qui méritent également d'être pris en considération.

II - LE JUGE NATIONAL ET LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

Si l'on observe cette jurisprudence en filigrane, on peut apercevoir le rôle tout à fait particulier joué par les juges italiens, notamment par la Cour de cassation et les juges du fond dans l'affaire en question, avant et après la décision n° 238 de la Cour constitutionnelle. En effet, ces juges ne se sont pas limités à exercer leur fonction institutionnelle de « dire » le droit, mais ils sont intervenus directement dans le contentieux entre l'Italie et l'Allemagne pour favoriser une solution diplomatique qui soit la plus conforme possible aux règles du droit international invoquées par les deux Etats. A son tour, ce phénomène n'est qu'une autre modalité d'interprétation systémique du droit international dans ses rapports avec le droit interne.

1. Le juge interne, un stimulateur de l'Exécutif ?

Il me semble que les juges italiens ont fini par exercer une sorte de fonction de protection diplomatique des ressortissants italiens. Cette fonction est traditionnellement du ressort du pouvoir exécutif, considéré depuis des siècles comme le représentant exclusif de l'Etat dans ses relations internationales. Dans l'exercice de cette activité *sui generis*, les

juges se mettent parfois en compétition avec les organes normatifs et administratifs nationaux et cherchent à stimuler l'exercice par l'Exécutif de ses compétences. A mon avis, cette démarche se justifie sur la base de l'idée, propre aux principes du constitutionalisme libéral, selon laquelle le juge est un intermédiaire entre l'individu et le pouvoir politique ; il est notamment conçu comme l'organe étatique se situant à la charnière entre la liberté et l'autorité.

En ce qui concerne la jurisprudence qui a suivi l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il est intéressant de signaler une série d'ordonnances du Tribunal de Florence - cette même juridiction qui avait posé la question de la constitutionnalité de l'immunité juridictionnelle au regard du droit d'action en tant que droit fondamental. Il s'agissait alors de revenir au fond de l'affaire et d'appliquer au cas d'espèce la conclusion retenue par la Cour constitutionnelle. Le cas dont nous parlons concerne une demande de dommages intérêts introduite par les héritiers d'une personne internée et tuée dans un lager nazi. L'ordonnance du Tribunal de Florence du 23 mars 2015 (n° 1300/2012), qui devait trancher le différend, contient des considérations qui sont à mon avis particulièrement intéressantes et révélatrices de l'attitude des juges italiens.

Le Tribunal commença par rappeler les passages où la CIJ avait exprimé son regret que l'Allemagne ait pris la décision de ne pas indemniser les internés italiens auxquels les autorités du Reich n'avaient pas reconnu le statut de prisonniers de guerre auquel ils auraient eu droit. Mais en même temps, le Tribunal était conscient que l'application rigoureuse de l'arrêt de la Cour constitutionnelle aurait comporté une violation des obligations internationales de l'Italie et, en particulier, une violation de l'arrêt de la CIJ décidant que les activités *jure imperii* de l'armée allemande sont couvertes par l'immunité de juridiction. Au lieu d'appliquer aveuglement l'arrêt de la Cour constitutionnelle, le Tribunal fit un usage intelligent de l'outil de résolution extrajudiciaire du différend prévu par les articles 185 and 185 bis du Code de procédure civile, dénommé « *tentative approfondie de conciliation* ». En pratique, le Tribunal soumit aux parties la proposition suivante : la renonciation à la demande d'indemnisation par les parents des victimes, contre le paiement par l'Allemagne d'une contribution financière de 15000 euros en faveur de chaque demandeur pour effectuer un séjour culturel ou d'étude en Allemagne. En cas de refus, le juge renverrait les parties à la procédure de médiation conformément à l'article 5 al. 2 du décret législatif 28/2010. Il n'est pas difficile de voir dans cette proposition de conciliation une sorte de tentative *in extremis* pour éviter la méconnaissance des immunités de juridiction, au regard de l'arrêt de la CIJ. En outre, le fait que le Tribunal ait fait plusieurs fois référence au regret manifesté par la Cour de la Haye au regard de

l'inactivité des deux Etats impliqués qui n'ont pas entrepris de négociations pour assurer l'indemnisation des victimes constitue également, à mon avis, un appel au gouvernement italien afin qu'il prenne enfin l'initiative et trouve un accord avec l'Allemagne pour résoudre la question des indemnisations.

2. Le juge interne, un médiateur ?

Dans un arrêt du 6 juillet 2015 (n° 8879/11), le même Tribunal continua à revendiquer sa fonction de médiation dans le conflit normatif entre droit interne et droit international, en tentant de mettre en balance les différentes conclusions de la CIJ et de la Cour constitutionnelle italienne et en cherchant une conciliation. Le but du Tribunal était de trouver l'interprétation la moins préjudiciable au principe de la coopération internationale et de l'application du droit international, qui est considéré en soi comme une réalisation du principe de la prééminence du droit.

Il chercha d'abord à situer le conflit dans le cadre du droit européen et de ses valeurs fondamentales en rappelant que l'Italie et l'Allemagne ont toutes les deux contribué à la construction d'un nouvel ordre européen, plus restreint par rapport à l'ordre international, mais solidement ancré sur une base constitutionnelle dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est le principal pilier. Selon les juges, l'existence de ce contexte normatif entre les deux Etats conditionne la façon de résoudre le conflit normatif en donnant la priorité aux normes relatives à la protection des droits de l'homme. En deuxième lieu, le Tribunal confirme notre impression que l'attitude du juge italien dans cette affaire a été guidée par une volonté de réaction aux comportements illicites de l'Allemagne. Il affirme clairement que la non-reconnaissance de l'immunité à l'Allemagne est liée à son refus d'indemniser les victimes des conséquences de son comportement internationalement illicite : elle a admis sa responsabilité tout en invoquant l'immunité de juridiction, mais sans effectuer aucune démarche pour indemniser les victimes ni directement, ni par l'intermédiaire de l'Etat italien. Le Tribunal rappelle en outre que l'Allemagne avait également ignoré les propositions de conciliation qui lui avaient été adressées par le Tribunal lui-même, dans une ordonnance antérieure. Il décide par conséquent de passer à l'examen du fond de la question en condamnant l'Allemagne à payer une somme d'environ 7000 euros.

CONCLUSION

Quelles conclusions ou enseignements est-il possible de tirer de cette longue affaire judiciaire et diplomatique qui, par ailleurs, n'est pas encore terminée ? Du point de vue du développement de la notion de *jus cogens* et de la hiérarchie des normes internationales, on peut louer les efforts de la jurisprudence italienne, mais il s'agit d'une position qui reste isolée pour l'instant. Il faut tout de même saluer la vivacité et la créativité de cette jurisprudence, sa capacité à absorber les idées les plus novatrices et problématiques du droit international contemporain, la richesse de l'argumentation qu'elle a démontrée, sauf peut-être dans le cas de la Cour constitutionnelle. L'on peut aussi saluer sa défense passionnée de la cause des droits de l'homme sans pour autant abandonner l'idée de l'importance de la légalité internationale - un compromis qui l'a certainement amenée à commettre erreurs et naïvetés dans l'interprétation de certaines normes internationales.

Mais face à cet activisme judiciaire, on a pu noter l'inactivité des Exécutifs sur les mêmes questions, qui illustre combien l'avancée ou le recul du droit international, même des droits de l'homme, demeure encore aujourd'hui strictement entre les mains des gouvernements nationaux.

Discussion

*Ioannis PREZAS, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Je tiens à remercier le professeur Massimo Iovane pour son exposé très riche et stimulant.

Je voudrais principalement réagir sur la question, fort complexe, des rapports entre les normes impératives (*jus cogens*) et la norme internationale relative à l'immunité. Comme le professeur Iovane l'a montré, la contribution majeure de la jurisprudence italienne dans l'affaire des immunités de l'Allemagne réside précisément dans la mobilisation de la notion de *jus cogens*. Le conflit entre la norme, voire les normes, de *jus cogens* violées par l'Allemagne et la norme coutumière qui faisait obligation aux juridictions italiennes de lui accorder l'immunité ne pourrait donc être tranchée qu'en faveur de la première, puisque la seconde ne relève à l'évidence pas du *jus cogens* comme l'atteste, si besoin en était, la possibilité de son bénéficiaire d'y renoncer. Comme on le sait, la Cour internationale de Justice fut loin d'être convaincue par une telle argumentation. En particulier, pour l'organe judiciaire principal des Nations Unies : « À supposer (...) que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'État. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l'immunité de l'État sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l'égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite (...) » (*Immunités juridictionnelles*, § 93). Il s'ensuit qu'« [u]ne décision tendant à reconnaître l'immunité à un État n'entre donc pas davantage en conflit avec l'obligation de réparation qu'avec la règle interdisant le fait illicite commis à l'origine » et que « les règles qui déterminent la portée et l'étendue de la juridiction, ainsi que les conditions dans lesquelles cette juridiction peut être exercée, ne dérogent pas aux règles de nature matérielle ayant valeur de *jus cogens* (...)» (*ibid.*, §§ 94 et 95).

On le voit : à la faveur d'une distinction rigide reposant sur la nature et l'objet des normes en question, à savoir entre une norme procédurale et une norme substantielle impérative, la Cour conclut à l'absence d'un tel conflit. La solution a été vivement critiquée

par certains (voy. *ex multis* Francioni, *EJIL*, 2012), mais saluée par d'autres au motif que la suprématie de la norme impérative sur toute autre norme internationale, indépendamment de son objet ou de sa nature, est loin d'être évidente (voy. par exemple Verhoeven, 2014).

La position de la Cour internationale de Justice appelle quelques brèves remarques. Un tel conflit n'existe pas me semble-t-il, mais pour des raisons probablement différentes de celles que la Cour a retenues.

En effet, si l'on peut être d'accord avec la Cour lorsqu'elle affirme que la norme procédurale relative à l'immunité est sans incidence sur la licéité ou l'illicéité du comportement, y compris sur la responsabilité éventuelle en résultant, de l'Etat qui oppose son immunité aux juridictions d'un autre Etat, le fait demeure que la norme immunitaire ne saurait se réduire à une logique purement procédurale, ne serait-ce que parce que son application passe par l'appréciation de certains éléments substantiels. La Cour étend en particulier ici sa jurisprudence antérieure relative aux rapports entre normes *erga omnes* et *jus cogens* et l'établissement de sa propre compétence (juridiction), à la question des rapports entre ces mêmes normes et la juridiction des tribunaux nationaux. S'il est évident toutefois que la nature de la norme internationale en cause ne saurait fonder la compétence de la Cour qui repose toujours sur le consentement des États (voy. not. *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, 30 juin 1995, § 29 et *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006, § 64), transposer la même logique à la juridiction des tribunaux nationaux saisis d'un litige impliquant un Etat étranger ne paraît pas évident. Il est vrai, bien entendu, que le principe consensuel, sur lequel se fonde la compétence de la Cour elle-même, et la norme relative à l'immunité de juridiction des États devant les tribunaux de leurs pairs, partagent une finalité commune, à savoir le respect de l'égalité souveraine des États qui ne devraient pas être jugés par des juridictions qui leur sont « étrangères » sans leur consentement. À ce titre, aussi bien le principe consensuel que l'immunité, questions procédurales et préliminaires car concernant avant tout la juridiction d'un tribunal, visent à protéger un intérêt des plus « substantiels » dans l'ordre juridique international.

Cependant, la norme immunitaire opère d'une manière sensiblement différente du principe consensuel dans le contentieux interétatique qui, lui, est à juste titre, en règle générale, complètement dissocié de la substance du litige. Bien que préliminaire et procédurale par rapport au fond du litige, il est en effet plutôt évident que la juridiction nationale devant laquelle l'immunité est invoquée par un Etat étranger « *est dans la nécessité d'en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige* » (voy. *Cass. 1^{re} civ.*,

16 déc. 2003, n° 02-45.961, *Bucheron c/ République fédérale d'Allemagne*, Bull. civ. 2003, I, n° 258 ; *RGDIP* 2004, p. 259, note F. Poirat). Ainsi, le juge du for doit vérifier si le litige au fond est de ceux pour lesquels l'immunité devrait être accordée ou refusée, ce qui suffit à démontrer le côté « substantiel » de la norme internationale relative à l'immunité. La doctrine restrictive de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger tire d'ailleurs historiquement son origine d'un tel exercice consistant pour les tribunaux nationaux à départager les comportements « matériels » du défendeur étatique, à savoir souverains ou non, afin de lui octroyer ou de lui refuser respectivement de l'immunité. Dans cet ordre d'idées, comme le relève fort bien le professeur Iovane, il pourrait effectivement y avoir un conflit entre des intérêts substantiels protégés par deux normes internationales opérant *a priori* à des niveaux différents : celle de l'immunité, d'une part, visant à protéger la souveraineté de l'Etat étranger, et celle de nature impérative, d'autre part, insistant sur la protection des victimes de sa violation. La question serait donc de savoir s'il faut protéger la souveraineté de l'Etat étranger entendue comme sa non soumission soit à la juridiction de la Cour, soit à celle de l'un de ses pairs, même pour des violations de normes impératives.

Le problème est pourtant qu'un tel conflit, même précisé de la sorte, paraît plutôt difficile à concevoir. Non pas tant à cause de la nature différente, procédurale et substantielle respectivement, des normes potentiellement en concurrence, comme cela a déjà été souligné, mais du fait qu'un conflit de normes n'existe normalement que lorsque celles-ci s'imposent au même sujet. Faut-il préciser toutefois que la norme impérative « substantielle » interdisant un comportement et créant à la charge de l'Etat responsable l'obligation de réparer ses conséquences ne pèse manifestement pas sur l'Etat du for agissant en cette qualité et devant respecter son obligation « procédurale » d'accorder l'immunité ? En d'autres termes, le juge italien n'avait pas en réalité un conflit à trancher entre la norme de l'immunité, obligatoire pour lui, et la norme impérative violée par l'Allemagne, à moins bien sûr de considérer que toute juridiction nationale, et donc aussi le juge italien, se voit opposer une obligation impérative « par ricochet » d'écarter l'immunité d'un Etat étranger qui n'aurait pas honoré son obligation d'indemniser les victimes de la violation d'une norme de *jus cogens*, ce qui est pour le moins discutable.

La véritable question n'est dès lors pas celle de l'existence d'un conflit de normes, mais plutôt celle de la nature des actes en question et partant du champ d'application de l'immunité souveraine. L'Italie aurait en effet pu avancer plus clairement qu'elle ne l'a fait, que les violations de normes impératives ne sont purement et simplement pas couvertes par la règle relative à l'immunité en ce que, matériellement, ces actes ne sont pas de

nature « souveraine ». Mais même cet argument, plus classique, n'aurait probablement pas pu prospérer. Le droit international positif en la matière, tel que la Cour le dégage à partir de la pratique judiciaire nationale, va en effet dans le sens de la reconnaissance de l'immunité à un Etat étranger même pour des actes constitutifs de violation de normes impératives. La jurisprudence de la Cour européenne va d'ailleurs dans le même sens (voy. en dernier lieu *CEDH, 4^e sect., 14 janv. 2014, n° 34356/06 et n° 40528/06, Jones et a. c/ Royaume-Uni*), à tel point que la norme relative à l'immunité de l'Etat étranger paraît en ce domaine, qu'on le veuille ou non, bien établie. Et il ne semble pas que la pratique italienne, condamnée par la Cour et par ailleurs plutôt marginale, puisse changer cet état de choses en conduisant à la formation d'une nouvelle « exception », ou plutôt d'un nouveau cas d'inapplicabilité de l'immunité, lorsque des violations des normes de *jus cogens* sont imputables à l'Etat défendeur. Car pareille évolution exigerait que la « communauté internationale dans son ensemble », dont la reconnaissance donne naissance aux normes impératives, se mette d'accord sur telle solution, ce qui est évidemment loin d'être le cas.

En définitive, ce qui paraît être le droit international positif des immunités étatiques soulève un paradoxe foncièrement « substantiel » qui n'est toutefois peut-être qu'apparent. Est-il légitime de reconnaître l'immunité à un Etat étranger responsable de la commission d'atrocités *jure imperii*, alors qu'il n'en bénéficie pas pour des actes de moindre gravité accomplis *jure gestionis* comme le licenciement d'un salarié travaillant dans son ambassade?

Débats avec la salle

Giuliana MARINO, Doctorante contractuelle à l'Ecole de doctorale de droit comparé, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Le contenu du débat suscité par l'exposé du Professeur Iovane et dont les protagonistes furent autant des professeurs que des doctorants et étudiants, est un témoignage concret de la complexité et de la richesse du sujet traité. En effet, grâce aux questions soulevées, les participants ont été amenés à réfléchir à la pluralité des enjeux liés à l'affrontement entre les immunités juridictionnelles des Etats et les violations massives des droits de l'homme, d'une part, ainsi qu'à la lecture innovante fournie par les juges italiens de ce rapport, d'autre part. Parmi les nombreuses problématiques apparues à l'occasion de cet échange d'observations et de points de vue, les trois propositions suivantes semblent mériter d'être isolées.

En premier lieu, la question de l'alternative entre la non application des immunités en raison de la nature non *jure imperii* des actes concernés et l'exception à leur invocabilité en cas de violation de normes impératives a été soulevée. Le Professeur Iovane a notamment été confronté à l'observation relative au refus des plaideurs italiens d'avoir recours à la première construction. Il a ainsi eu l'occasion de relever que tout l'intérêt de la jurisprudence interne (notamment de la Cour de cassation) réside dans le fait de ne pas avoir fondé ses décisions sur cet argument. En effet, l'admissibilité de l'exclusion de la nature *jure imperii* pour les crimes serait à l'heure actuelle controversée, car insuffisamment retenue dans la pratique interne des Etats. Elle a par conséquent procédé à une interprétation systématique des normes de droit international concernées, d'ailleurs selon la démarche classique de toute juridiction supérieure, à l'issue de laquelle le recul des immunités lui est finalement apparu légitime.

En deuxième lieu, c'est par le biais d'une critique sévère de la jurisprudence italienne, que le débat a été amené sur les théories doctrinales concernant le droit international d'après-guerre au sein duquel la protection de l'individu est censée primer sur les intérêts étatiques. Les juges italiens semblent avoir adhéré à cette vision du droit international qui apparaît, aux yeux des plus positivistes non moins trompeuse que dangereuse pour la cohérence de l'ordre international, lors de son application concrète. D'ailleurs, dans cette

logique de pensée, les dérives de l'adhésion à cette construction semblent être incarnées par la décision 238/2014 de la Cour constitutionnelle, qui marque un retour à la représentation dualiste du rapport entre droit interne et droit international dans le but de limiter les effets de ce dernier dans l'ordre juridique national. Si un consensus général a pu ressortir quant à l'appréciation négative de la prise de position de la jurisprudence constitutionnelle italienne, l'appréciation de l'attitude des juges du fond et de cassation apparaît plus nuancée. Ces derniers, dans leur difficile tentative de concilier déférence envers le droit international et protection des droits de l'homme, auraient mis à l'épreuve une construction de l'ordre international, certainement théorique, mais de laquelle semblent directement s'inspirer les dispositions de la Constitution italienne consacrées au droit international.

En troisième lieu, c'est la place et le rôle du juge national dans l'application du droit international qui a attiré l'attention des participants à la conférence. La constatation du recours par les juges italiens au droit international dans le but de mettre en place une forme de « protection diplomatique par les juges » (selon l'innovante formule du professeur Iovane) a suscité des questionnements quant à l'opportunité et aux dangers de l'application des normes internationales par les juges nationaux, ainsi qu'à la légitimité interne et internationale d'une telle tendance protectrice. Premièrement c'est à travers l'argument de la décentralisation naturelle du droit international qu'a pu être contestée l'idée selon laquelle les juridictions internes ne seraient pas les plus aptes à résoudre les conflits entre normes internationales. De plus, le fait que la Constitution, source suprême de l'ordre interne, renvoie au droit international, semble fournir aux juges nationaux le titre suffisant pour qu'ils puissent se pencher sur des questions relevant de ce dernier. Deuxièmement, c'est par le renvoi au rôle « naturel » du juge dans les démocraties libérales modernes, en tant qu'intermédiaire entre le pouvoir politique et les individus (d'ailleurs reconnu par le droit international), qu'une réponse a été apportée aux doutes quant à la légitimité de l'action protectrice mise en place par les juges italiens.

Bibliographie sélective (sources utilisées ou mentionnées)

ARTICLES

- A. BIANCHI, « On Certainty », *EJIL talk!*, 16 février 2012, < <https://www.ejiltalk.org/on-certainty/>>
- M. BOTHE, « The Decision of the Italian Constitutional Court Concerning the Jurisdictional Immunities of Germany », *Italian Yearbook of International Law*, 2014, pp. 25-35.
- A. CIAMPI, « L'immunité de l'Etat responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes », *Annuaire français de droit international*, 2008, n° 54/1, pp. 45-76.
- B. CONFORTI, « La Cour constitutionnelle italienne et les droits de l'homme méconnus sur le plan international », *Revue générale de droit international public*, 2015, pp. 353-359.
- P. DE SENA, F. DE VITTOR, « State Immunity and Human Rights : the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case », *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n°1, pp. 89-112.
- F. DE VITTOR, « Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali », *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 573-617.
- F. FRANCONI, « From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of « Moderate Monism » in the ICJ Judgment on the Jurisdictional Immunities of the State », *European Journal of International Law*, 2012, Vol. 23, n° 4, pp. 1125–1132.
- M. FRULLI, « La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali : la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana », *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, vol. 3n n° 2, pp. 442-448.
- M. IOVANE, « Italian Constitutional Court judgement n° 238 and the Myth of the Constitutionalism of International Law », *Law Journal of International Criminal Justice*, 2016, pp. 595-607.
- M. IOVANE, « Domestic Courts Should Embrace Sound Interpretative Strategies in the Development of Human Rights Oriented International Law », in A. Cassese (dir.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, 2012, 724 p., pp. 607-625.
- M. IOVANE, « Criminal Proceedings Against Josef Milde », *Italian Yearbook of International Law*, 2009, pp. 327-366.

- M. IOVANE, « The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court : Opening-Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights », *Italian Yearbook of International Law*, 2005, pp. 165-193.
- P. -F. LAVAL, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice sur les immunités juridictionnelles des Etats », *Annuaire français de droit international*, 2012, pp. 178-180.
- A. PETERS, « Let not Triepel Triumph - How to Make the Best out of the Sentenza n° 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Law Order », *Verfassungsblog*, 23 décembre 2014, <<http://verfassungsblog.de/let-not-triepel-triumph-make-best-sentenza-no-238-italian-constitutional-court-global-legal-order-2/>>
- R. PISILLO MAZZESCHI « Acces to Justice in Constitutional and International Law : the Recent Judgement of the Italian Constitutional Court », *Italian Yearbook of International Law*, 2014, pp. 9-23.
- F. POIRAT, *Jurisprudence française en matière de droit international public*, note, *RGDIP*, 2004, p. 259.
- I. PREZAS, « Immunités internationales », *JurisClasseur Droit international*, fasc. 409-50, LexisNexis, 2014, 62 p.
- N. RONZITTI, « La Cour constitutionnelle italienne et l'immunité juridictionnelle des Etats », *Annuaire français de droit international*, 2014, n° 60, pp. 3-15.
- Ch. TOMUSCHAT, « The National Constitution Trumps International Law », *Italian Journal of Public Law*, 2/2014, pp. 189-196.
- J. VERHOEVEN, « Sur les relations entre immunités et *jus cogens*, à la lumière de l'arrêt Allemagne-Italie du 3 février 2012 », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville, J. E. Viñuales (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Brill / Nijhoff, 2014, pp. 527-538.

JURISPRUDENCE

Cour internationale de Justice

Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, 30 juin 1995.

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006.

Immunités juridictionnelles des Etats (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant), arrêt, 3 février 2012.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 4^e sect., 14 janv. 2014, n°34356/06 et n°40528/06, *Jones et a. c. Royaume-Uni*.

Italie (*N.B.* : dans les commentaires et articles de doctrine, la date des arrêts peut varier selon que l'auteur s'attache au dépôt ou à l'adoption de la décision. Il est recommandé de se référer de préférence au n° de l'affaire).

Tribunal d'Arezzo, arrêt, 3 novembre 2000, n° 1403/98 (affaire Ferrini).

Cour d'appel de Florence, arrêt, 14 janvier 2002, n° 41/02 (affaire Ferrini)

Cass. S.U. civ., arrêt, 11 mars 2004, n° 5044/04, *Rivista di diritto internazionale*, 2004 p. 539 (affaire Ferrini).

Cour d'appel de Florence, arrêt, 21 octobre 2008 (affaire Ferrini).

Cass. sez. I pen., arrêt, 21 octobre 2008, n°1072/08, *Rivista di diritto internazionale*, 2009 p. 618 et ss. (affaire Milde).

Cass. S.U. civ., arrêt, 29 mai 2008, n° 14199, *Rivista di diritto internazionale*, 2009 p. 594 et ss. (affaire Distomo).

Cass. S.U. civ., ordonnances, 29 mai 2008, n° 14200-14212, *Rivista di diritto internazionale*, 2008 pp. 896 et ss.

Cass. sez. I pen., arrêt, 9 août 2012, n° 32139/12.

Cass. S.U. civ., arrêt 21 février 2013, n° 4284/13.

Cour const., 22 octobre 2014 n° 238, Gazzetta Ufficiale - Corte costituzionale, 29 octobre 2014, n° 45, publié aussi sur <www.cortecostituzionale.it>

Tribunal de Florence, ordonnance, 23 mars 2015, n° 1300/2012 (affaire Alessi).

Tribunal de Florence, arrêt, 6 juillet 2015, n° 8879/11 (affaire Simoncini).

Tribunal de Florence, arrêt, 6 juillet 2015, n° 14049/11 (affaire Bergamini).

France

Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2003, n° 02-45.961, *Bucheron c. République fédérale d'Allemagne*, Bull. civ. 2003, I, n° 258.

© Charlotte Beaucillon, Massimo Iovane, Giuliana Marino, Ioannis Prezas

IREDIES

12 place du Panthéon

75231 Paris Cedex 05

Site web : <<https://www.univ-paris1.fr/unites-de-recherche/iredies/>>